

**EXCELENTÍSSIMA MINISTRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ROSA
WEBER, RELATORA DA ADPF N. 442**

ADPF n. 442
Audiência pública

A **Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ** (“UERJ Direitos”) vem, por sua representante abaixo assinada, em cumprimento à decisão proferida por V. Exa. em 28.06.2018, apresentar

MEMORIAL

com o resumo da apresentação elaborada para exposição oral na audiência pública convocada para os dias 03 e 06 de agosto deste ano no âmbito da ADPF n. 442, tendo por objeto o debate acerca da (in)constitucionalidade da criminalização do aborto nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação¹.

¹ Sabe-se que, em rigor, por a criminalização do aborto constar de norma anterior à CF/1988, o debate a seu respeito tem natureza de recepção ou não dos dispositivos do Código Penal pelo novo ordenamento constitucional. Apesar disso, para fins de simplificação da exposição do tema, nesta peça, irá se referir à matéria como (in)constitucionalidade da criminalização – o que, embora menos preciso tecnicamente, transmite com maior clareza o cerne a controvérsia analisada

I – Da importância da presente ADPF e da audiência pública convocada pela Exma. Min. Relatora Rosa Weber

Aborto não é um tema fácil. Tabu social, historicamente atrelado a preceitos religiosos e morais arraigados em nossa cultura, costuma causar desconforto tanto em convictos – favoráveis ou contrários à criminalização – como em desinteressados. Comparativamente à incidência que possui no país², é um assunto pouquíssimo falado e estudado, inclusive no meio médico³ e nada obstante (já) ser lícito, em nosso ordenamento jurídico, em três hipóteses.

Do ponto de vista político, a temática do aborto tampouco enseja muitos (e verdadeiros) debates. Desde o advento da Constituição de 1988, raras foram as vezes que o Congresso Nacional deliberou sobre a matéria – que segue, assim, regida, basicamente, por uma norma de 1940, quando a igualdade de direitos entre mulheres e homens não era sequer uma proclamação ou meta assumida pelo Estado. Na maioria das vezes, o que se vê é a utilização do aborto como peça inflamatória da disputa eleitoral, para rotular candidatos supostamente desrespeitosos de valores tradicionais professados pela sociedade brasileira. Não há o desenvolvimento, ainda que superficial, de discursos voltados ao conflito de direitos em jogo, à política pública de saúde subjacente à matéria e aos resultados práticos por ela gerados.

Acontece, porém, que não discutir a criminalização do aborto não muda a realidade das mulheres nem mesmo dos embriões ou fetos envolvidos nos milhares de

² Justamente por configurar crime, o aborto induzido ou voluntário é uma prática de difícil mensuração no Brasil. Em geral, utilizam-se os dados sobre internações hospitalares por complicações decorrentes de abortos clandestinos, associados a fatores de correção baseados em estimativas internacionais dos percentuais de procedimentos que geram internação posterior, para se chegar ao número provável de ocorrências. A depender dos critérios aplicados segundo essa metodologia, as estimativas de aborto para o ano de 2013, por exemplo, variaram de 687.347 a 865.160 (MONTEIRO, Mario Francisco Giani et. al. Atualização das estimativas da magnitude do aborto induzido, taxas por mil mulheres e razões por nascimentos vivos do aborto induzido por faixa etária e grandes regiões – Brasil, 1995 a 2013. Reprodução e Climatério, vol. 30, n. 1, 2015, p. 11-18).

No único grande censo realizado no país sobre o tema, valendo-se de pesquisa de amostra domiciliar, com técnica de urna, os números obtidos foram bastante próximos aos acima referidos, corroborando, que, por mais que não haja certeza da quantidade de abortos induzidos ou voluntários praticados no país, trata-se de um problema de saúde pública de enorme extensão. Com efeito, a partir do aludido censo, já em sua segunda edição, estimou-se que, 2015, foram praticados 503 mil abortos no país. Uma em cada cinco brasileiras adultas dos centros urbanos do país, já teria realizado, pelo menos uma vez, o procedimento. Em números absolutos, haveria, em 2015, mais de 7 milhões de brasileiras que, em algum momento da vida, abortaram fora das hipóteses permitidas pelo Código Penal (DINIZ, Debora et. al. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciência e Saúde Coletiva, 22 (2), 2017, p. 653-660).

³ *E.g.*, LOUREIRO, David Câmara; VIEIRA, Elisabeth Meloni. Aborto: conhecimento e opinião de médicos dos serviços de emergência de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil, sobre aspectos éticos e legais. Cad. Saúde Pública [online]. 2004, vol.20, n.3, pp.679-688.

procedimentos realizados a cada ano no país. E é por isso – pelas inúmeras brasileiras que abortam em condições inseguras, pelos filhos que elas usualmente já possuem e gostariam de poder cuidar⁴, e até mesmo para reduzir a quantidade de gestações interrompidas⁵ – que a propositura da presente ADPF e a convocação da audiência pública realizada pela Exma. Min. Rosa Weber mostram-se tão relevantes.

Representam uma oportunidade sem precedentes em nossa história de debater, a fundo e a sério, o assunto. Um debate próprio do exercício da jurisdição constitucional, com os limites e também as potencialidades que lhe são característicos; que não substitui as discussões sociais e políticas ordinárias, mas que pode a elas se agregar. Um debate que pode, inclusive, incentivar uma postura reflexiva da sociedade e de outras instâncias de poder, levando-as a também enfrentar o aborto de uma nova (e mais qualificada) forma: não mais como tabu ou panfleto eleitoral, mas como uma importante controvérsia sobre direitos das mulheres e proteção ao nascituro, atrelada a um igualmente relevante questionamento sobre o papel do Estado, em sua vertente penal, diante de assuntos divisivos como esse.

II. Da participação da Clínica UERJ Direitos

A listagem das instituições e pessoas admitidas para a audiência pública na ADPF n. 442 já permite antever a diversidade de dados, pesquisas e pontos de vista que serão apresentados nos dias 03 e 06 de agosto. Até mesmo por isso, participando ao final do último dia de audiência, a Clínica UERJ Direitos não terá por propósito principal acrescentar elementos inéditos à discussão, mas organizá-los e talvez qualificá-los sob

⁴ Entre outros, veja-se: (i) DINIZ, Debora et. al. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência e Saúde Coletiva*, 22 (2), 2017, p. 653-660; (ii) Relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, de 01.11.2017, sobre o perfil das mulheres criminalizadas por aborto no Estado. Disponível em http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relatorio_Final_Processo_Aborto.pdf. Acesso em 12.01.2018; e (iii) SANTOS, Vanessa Cruz et. al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista Bioética*. v. 21 (3), 2013, p. 494-508.

⁵ Embora a tomada de decisão individual sobre interromper ou não uma gravidez envolva diferentes fatores, estudos indicam que a criminalização da medida apresenta baixa efetividade como desestímulo à sua realização, que poderia ser combatida de modo mais eficiente com políticas públicas de educação sexual, planejamento familiar e apoio às gestantes. Confira-se: (i) SEDGH, Gilda et al. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and sub-regional levels and trends. *The Lancet*. vol. 388, 2016, p. 258-267; e (ii) UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law. In: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Nova York: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 77-97 (traduzido em: *Revista Publicum*, v. 2, n. 2, 2016).

uma perspectiva jurídica e normativa, dando ênfase ao papel do Judiciário, em especial do STF, na matéria.

Pretendemos, ao final, demonstrar que criminalização do aborto tal como existe no Brasil viola a Constituição de 1988. Ofende a autonomia e a integridade física e psicológica das mulheres, desrespeita a igualdade de gênero e agrava problemas de desigualdade econômica e racial existentes no país. Por outro lado, mesmo se admitida a existência de vida humana nas 12 (doze) semanas iniciais de existência de um embrião ou feto, a criminalização do aborto não seria meio proporcional para tutelá-la, caracterizando-se, assim, nesse período, como medida juridicamente equivocada e, mais do que isso, inadmissível.

III. Da síntese da argumentação a ser desenvolvida na audiência pública

A premissa fundamental da argumentação desenvolvida pela Clínica UERJ Direitos é de que a controvérsia sobre a (des)criminalização do aborto constitui um debate sobre direitos fundamentais. Para alguns, a afirmação pode soar óbvia, mas acreditamos ser importante reforçá-la, (i) tanto para afastar críticas à *atuação do Judiciário* na matéria – que são colocadas como se a “opção” por criminalizar ou não pudesse advir da mera escolha política do legislador, sem maiores influxos do sistema de direitos fundamentais consagrado na CF/1988 –, (ii) quanto para atrair ao caso a lógica jurídica da *ponderação*, com toda a solidez dogmática que lhe é inerente e que facilita o enfrentamento do tema de maneira técnica – levando a sério os direitos alegados pelos dois lados da disputa, sem transmutar a discussão em um falacioso embate entre pessoas de bem, favoráveis à vida humana, de um lado, e assassinos de bebês, defensores da promiscuidade sexual, de outro.

A seguir, passa-se a desenvolver, tal como se pretende fazer na audiência pública, cada um dos (sub)tópicos ressaltados acima.

III.1) Da legitimidade da atuação judicial

Na esteira do ocorrido após o julgamento do HC n. 124.306 pela Primeira Turma do STF, algumas críticas têm sido feitas à possibilidade de atuação do STF na presente ADPF, sob o argumento de que a criminalização do aborto refletiria valores morais da maioria da população brasileira, devidamente representada pelo Poder Legislativo. Segundo essa ótica, não caberia ao STF rever ou invalidar, com base em uma

interpretação de preceitos abertos da Constituição, a decisão tomada, ainda que em 1940, pelos representantes do povo.

Tais críticas, todavia, não se sustentam, e é preciso até algum esforço intelectual para extrair delas mais do que uma manifestação escamoteada de inconformismo com a perspectiva do exercício jurisdicional na hipótese, em razão do receio de uma decisão de mérito favorável à descriminalização. Afinal, não há dúvidas de que, no regime constitucional brasileiro, o Judiciário de maneira geral e o STF em especial podem realizar o denominado controle de constitucionalidade das leis, inclusive aquelas de natureza penal. E eles o fazem, de modo geral sem grandes questionamentos, em um número cada vez maior de casos, cada vez mais complexos.

Não fosse bastante, as próprias normas sobre aborto, questionadas na presente ADPF, já foram objeto de controle judicial de constitucionalidade, em instâncias inferiores e no STF⁶, corroborando que o tema, como qualquer outro de nosso sistema jurídico, não está imune à jurisdição constitucional.

Pode-se, no entanto, com alguma generosidade argumentativa, entender que as críticas colocadas à atuação do STF referem-se não exatamente à (i)legitimidade da Corte, mas ao grau de ativismo que ela deve exercer ou, *a contrario sensu*, ao grau de deferência que ela deve prestar ao Legislativo. Acontece, porém, que, mesmo por essa leitura, as críticas em questão revelem-se improcedentes. Isso porque um dos principais, senão o principal, parâmetro a justificar uma intensificação do controle judicial de constitucionalidade é a afetação a direitos fundamentais de minorias políticas⁷, tal como ocorre, na discussão sobre (des)criminalização do aborto, com os direitos fundamentais das gestantes e das mulheres de forma geral – inquestionavelmente sub-representadas na política brasileira.

Detalhando um pouco mais esse raciocínio e, de algum modo, já adentrando em considerações relevantes para deslinde do mérito da ADPF, vejamos-se, a seguir, algumas considerações quanto à temática da legitimidade do STF para deliberar sobre a (des)criminalização do aborto, a partir do viés de afetação aos direitos fundamentais das mulheres e das dificuldades encontradas por elas para atuação na política ordinária:

⁶ V. HC n. 84.025, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷ V. TELLES, Cristina. “Descriminalização do aborto: uma análise da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 124.306”. In: SARAIVA, Renata *et. al.* (coord.). Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal. Homenagem de seus assessores. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2018, cap. 7.

(i) *As mulheres constituem um grupo historicamente subordinado em nossa sociedade, com enormes dificuldades, ainda hoje, de participação no processo político.*

Em que pese haver, desde 1995, regras visando a facilitar a candidatura de mulheres a cargos legislativos no Brasil, ainda hoje, os percentuais mínimos previstos em lei não são cumpridos. Quando se encaram os resultados eleitorais, a discrepância entre mulheres e homens mostra-se ainda maior. De igual modo, no Executivo, a participação feminina mantém-se aquém do que seria esperado sob a ótica da igualdade de gênero, nada obstante uma mulher ter sido eleita, por duas vezes, Presidente da República.

Vários fatores ajudam a explicar a persistente sub-representação feminina no processo político ordinário, e seria inviável abordá-los, ainda que superficialmente, neste breve artigo. O que deve ser ressaltado aqui, porque relevante para demonstrar a correlação entre a criminalização do aborto e as fragilidades do nosso processo democrático, é a inserção dessa inegável sub-representação feminina em um círculo vicioso extremamente limitador da cidadania das mulheres brasileiras. Utilizando-se as esferas de justiça propostas pela filósofa Nancy Fraser, pode-se dizer que problemas de redistribuição e de reconhecimento impedem as mulheres de participar mais intensamente da política ordinária; e a falta de participação política das mulheres leva à não adoção das medidas estatais necessárias para reverter o quadro de falhas estruturais de redistribuição e de reconhecimento existente.

Assim, políticas públicas relacionadas diretamente à esfera de direitos das mulheres, como as que envolvem seus direitos reprodutivos e a criminalização do aborto, tendem a permanecer regidas por normas oriundas de instituições pouco permeáveis à perspectiva feminina – múltipla e plural como esta seja –, mantendo-se um *status quo* que afasta as mulheres da política e do próprio pensar coletivo, reforçando seu papel privado ou familiar. **A atuação do Judiciário em matéria de aborto, por meio da jurisdição constitucional, se justificaria, portanto, para corrigir essas distorções, impedindo que a preocupação com direitos fundamentais das mulheres seja uma causa eternamente depreciada na disputa política e colaborando, ainda, para a construção de um arcabouço normativo que viabilize a participação igualitária de mulheres na política.**

(ii) *A criminalização do aborto no Brasil apresenta forte carga simbólica, e seu simbolismo é nefasto à construção da cidadania feminina, reforçando a imagem sociocultural das mulheres como pessoas funcionalizadas para o exercício da maternidade.*

Tal como mencionado no voto do Min. Luís Roberto Barroso no HC n. 124.306, não há qualquer indicativo de que a criminalização reduza a ocorrência de abortos. A medida tampouco enseja persecução penal próxima ao esperado diante da incidência de interrupções voluntárias e clandestinas de gravidez no país. **O que a criminalização faz – além de marginalizar as mulheres que optam pelo aborto, com impacto desproporcional sobre a saúde de gestantes pobres e negras – é transmitir a todas elas a mensagem de que não podem tomar decisões autônomas sobre a própria vida.** É dizer às brasileiras que elas possuem uma função privada e doméstica, de cuidado familiar mais importante do que todas as demais que possam desejar para si, devendo acatar o chamado, natural ou divino, de serem mães, quando quer que ele se manifeste – tenha essa mulher 13 ou 40 anos, uma vida a começar ou uma família já constituída, com filhos a serem sustentados e cuidados.

Vale frisar que a criminalização não transmite, apenas, a mensagem de que o aborto é uma decisão moralmente equivocada, a ser evitada; ela transmite a mensagem de que o aborto é uma decisão inaceitável, que não

pode ser sequer cogitada pela gestante. Acontece que quem carrega no próprio corpo e sente crescer uma gestação não tendo condições, psicológicas ou materiais, de ser mãe ou de entregar um filho para adoção se vê diante de um dilema existencial tão intenso que nenhuma imposição externa consegue resolver ou dissipar – nem mesmo uma imposição estatal de índole criminal. Em última análise, portanto, **o que a criminalização faz é dar: (a) às mulheres que pensam em abortar um sentimento de culpa e medo, em vez de apoio e informação para que eventualmente mantenham a gravidez; (b) às mulheres que efetivamente optam pelo aborto, total insegurança, trazendo sérios riscos à sua saúde e à sua vida, em especial se forem pobres; e (c) a todas elas – a todas nós –, como grupo historicamente subordinado que ainda somos, o recado de que nosso lugar é mesmo em casa, de que nosso papel é mesmo cuidar dos filhos e de que nossa autonomia está mesmo a serviço da sociedade.**

A autonomia que nos cabe é a de sermos, talvez, *mães* livres, o que pode soar natural, bonito e até sagrado, mas, em um Estado plural e laico, é bem menos do que ser um ser humano livre para tomar decisões existenciais sobre a própria vida. Em um país em que uma enorme quantidade de homens sequer assume ou exerce a paternidade, ter a “autonomia” de ser uma *mãe* livre é um também uma expressão escandalosa de desigualdade de gênero e de manutenção de um sistema sociocultural que relega às mulheres infundáveis responsabilidades na esfera privada que as excluem de qualquer possibilidade de participação igualitária na esfera pública – como visto no item “i” supra.

(iii) A temática do aborto enfrenta severos obstáculos de colocação e deliberação junto às instituições políticas brasileiras, sendo geralmente suscitada como instrumento para contaminação de disputas eleitorais.

Analisando o contexto anterior à decisão tomada pela Primeira Turma do STF no HC n. 124.306 em 29.11.2016, verifica-se que o aborto não costumava ser um assunto passível de deliberação mediante algo sequer próximo à divulgação e discussão racional de dados, ideias e opiniões. Possivelmente, a maior prova disso é que mesmo providências estatais voltadas à regulamentação e à implementação da interrupção da gravidez nas hipóteses já admitidas pelo ordenamento brasileiro não conseguiam avançar. Desde 1940, as mulheres podem abortar quando a gestação decorrer de estupro, por exemplo. Mas, ainda hoje, há não apenas dificuldades práticas para interromper a gestação nesses casos, como até falta de regulamentação jurídica e de divulgação e treinamento médico adequados.

Salvo um pequeno e ainda assim conturbado intervalo de anos na década de 2000, o papel desempenhado pelo aborto na política nacional tem sido quase que exclusivamente de peça inflamatória, sacada do baú em que costuma ficar trancafiada, para utilização como instrumento de ataque a adversários, com base na persistente reprodução maniqueísta de que os defensores da descriminalização ou aqueles já envolvidos na prática de algum aborto são contrários à vida humana. **Não se costuma suscitar o tema, portanto, para justificar ou aprimorar uma política pública de tutela de nascituros e obter, em consequência disso – o que seria totalmente legítimo –, votos e apoio eleitoral. A finalidade é outra: valer-se do tabu existente, para contaminar o jogo democrático.**

Daí porque, mesmo já tendo ocupado relativo destaque em eleições, sobretudo presidenciais, o aborto não deixa de ser, entre nós, um tema praticamente interdito. Sua invocação na seara política é feita para atingir o oponente, que em geral procura se desvencilhar do assunto, para evitar desgastes. Afinal, ninguém se elege sendo “contra a vida”. E, assim, o país

segue sem um diálogo minimamente franco e plural sobre o aborto nos meios políticos e ainda sofre com episódios de manejo do tema em estratégias eleitoreiras da pior qualidade, que enfraquecem nossa frágil democracia.

(iv) Também no âmbito social, a temática do aborto enfrenta históricas dificuldades de colocação e deliberação informada.

O povo brasileiro é bem mais conservador do que se costuma imaginar. Em vista desse e de outros fatores, como nosso inacabado projeto de laicidade estatal, há grande dificuldade em se tratar, sob a ótica educacional e de saúde pública, matérias ligadas à sexualidade. A sexualidade feminina, em especial, enfrenta enormes obstruções, ficando o aborto, possivelmente, com a medalha de ouro no quesito assunto a ser evitado. Há barreiras a ele nas famílias, nas escolas e nos consultórios médicos; há receios editoriais em pequenos e grandes veículos de comunicação; em praticamente qualquer ambiente, sobram constrangimentos e faltam informações.

Deixada de lado a recente melhoria ocorrida na esteira do julgamento do HC n. 124.306, seria difícil imaginar prática social, mesmo criminosa, que guardasse desproporção maior entre incidência e debate público. Vale lembrar que são mais de 500 mil abortos clandestinos a cada ano no país, cerca de 1 por minuto. Em uma estimativa conservadora, aos 40 anos de idade, uma em cada cinco brasileiras já terá abortado. Como ressaltado pela premiada antropóloga Débora Diniz, “*A mulher que aborta está dentro da nossa família e na nossa vizinhança. Ela não é uma fantasia criada pelo debate moral*”. Mas seguimos tratando pouco e mal do assunto, fingindo que ele não existe ou que se limita a um embate pró ou contra a vida⁸.

Finalizando as colocações deste memorial quanto à legitimidade da atuação judicial, em específico do STF, em matéria de (des)criminalização do aborto, destaca-se que o assunto foi e ainda hoje é pauta de diversos tribunais e cortes constitucionais no mundo. Assim, se é certo, como frequentemente se alega, que a descriminalização em moldes similares aos requeridos na ADPF. 442 se deu, em muitos países, pela via legislativa; é igualmente correto que o Judiciário dessas nações foi, muitas das vezes, chamado a se manifestar posteriormente sobre o tema, confirmando ou não a validade constitucional da medida então implementada⁹.

⁸. TELLES, Cristina. “Descriminalização do aborto: uma análise da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 124.306”. In: SARAIVA, Renata *et. al.* (coord.). Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal. Homenagem de seus assessores. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2018, cap. 7.

⁹ *E.g.*, França, Conseil Constitutionnel (Tribunal Constitucional) 15.01.1975, D.S.Jur. 529 (1975) A.J.D.A. 134; Áustria, Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) 11.10.1974, Erklärungen des Verfassungsgerichtshofs 221; Itália, Corte Costituzionale, Sentenza n. 27, 1975; Alemanha, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), 25.02.1975, 39 BVerfGE 1, para. 151 [hereinafter 39 BVerfGE 1]; Portugal, Tribunal Constitucional, Acórdão 25/84, Acórdão 85/85, Acórdão 288/98, Acórdão 617/2006, Acórdão 75/2010; Espanha, Tribunal Constitucional, Sentencia 53 (1998); Hungria, Tribunal Constitucional, Decisão 64/1991 e Decisão 48/1998; Polônia, Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional), K 26/96; Canadá, Suprema Corte, R. v. Morgentaler, 28.01.1998; México, Suprema Corte de Justicia da Nação, 2008, Ação de inconstitucionalidade n. 146/2007 e 147/2007; Eslováquia, Decisão PL.ÚS. 12/0153; Chile, Tribunal Constitucional, Sentencia 3729, 2017. Sobre o tema,

Há, ademais, precedentes estrangeiros de descriminalização diretamente pelo Judiciário, em termos semelhantes aos solicitados na ADPF n. 442¹⁰ ou mais reduzidos, porque assim postulados no país de origem¹¹. Todos eles, em suma, corroboram a tese de que a controvérsia sobre (des)criminalizar ou não o aborto possui natureza jurídica; constitui um debate sobre direitos fundamentais e, como tal, se situa no cerne do exercício da jurisdição constitucional, podendo e devendo ser enfrentado pelo Tribunal competente.

III.2) Da ponderação dos bens jurídicos em jogo

Conforme já assinalado neste memorial, a caracterização do debate sobre a (des)criminalização do aborto como um conflito entre direitos fundamentais atrai para ele a lógica da ponderação. Esta, a seu turno, por ser uma técnica jurídica já consolidada e amplamente aplicada pelo Judiciário – no Brasil e no mundo –, apresenta relevante potencial de depuração de equívocos ou impropriedades argumentativas usuais na abordagem da controvérsia.

A título de exemplo, a ponderação obriga a se pensar nos dois polos de direitos fundamentais alegados e contrapostos na discussão sobre aborto, conferindo, assim, visibilidade aos direitos fundamentais das mulheres, que, infelizmente, com frequência, ainda são ignorados ou não devidamente explorados no debate. A autonomia da gestante para decidir manter ou não a gravidez, por exemplo, costuma ter sua importância reduzida ou mesmo negada, sob a alegação de que a mulher teria consentido com a relação sexual originária da gestação. Não se reflete, assim, sobre as inúmeras possibilidades de falha nos métodos contraceptivos; sobre a alta incidência de gestações em adolescentes, ainda imaturas do ponto de vista psicológico e, muitas vezes, desinformadas quanto às opções de contracepção disponíveis; tampouco sobre o patente desequilíbrio do dever imposto às mulheres em comparação aos homens, diante de situações como essa.

O emprego da ponderação se presta, ainda, a afastar propostas de “fácil” resolução do confronto de interesses, fundamentadas na ideia de que o direito à vida seria absoluto ou hierarquicamente superior a qualquer outro no ordenamento constitucional brasileiro,

há boletim produzido pelo próprio STF, em razão da audiência pública convocada nesta ADPF, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>.

¹⁰ EUA, Suprema Corte, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Precedente parcialmente alterado, sobretudo em: *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) e *Hole Woman's Health et. al. v. Hellerstedt, Commissioner, Texas Department of State Health Services et. al.*, 579 U.S. ___ (2016).

¹¹ *E.g.*, Colômbia, Corte Constitucional, 10.05.2006, Sentença C-355/06.

demandando, em qualquer hipótese de ofensa, um mandado estatal de criminalização do suposto ofensor. Como técnica jurídica já solidamente construída, a ponderação se opõe a tudo isso. É uma afirmação dogmática de que não há direitos absolutos, tampouco hierarquização abstrata absoluta para solucionar os variados casos de conflito entre direitos fundamentais. Ela ajuda a entender, inclusive, porque já há no ordenamento casos em que as violações à vida são tratadas de maneira distinta, com afastamento do ilícito penal (*e.g.*, legítima defesa) ou variação da pena atrelada (*e.g.*, homicídio culposo e doloso).

A ponderação impede, portanto, que se encerre o debate sobre a (des)criminalização do aborto com a mera alegação de que a tutela à vida humana estaria em jogo. Assim, sem prejuízo aos questionamentos que podem e devem ser feitos à configuração de um direito fundamental à vida do embrião ou feto nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação, fato é que a existência de tal direito não bastaria para conferir validade constitucional à criminalização do aborto. Seguindo-se a lógica da ponderação de direitos, teria de se sopesar o suposto direito à vida em questão com os direitos da gestante, procurando-se adotar solução que os conciliasse da melhor maneira possível.

Nesse sentido, concluindo o presente memorial, apresenta-se breve resumo do itinerário argumentativo que se reputa devido para enfrentamento do mérito da ADPF. n 442, à luz, como visto, da técnica da ponderação de direitos ou valores constitucionais:

(a) *Identificação dos bens jurídicos em jogo*¹²

De um lado, sinalizando, em princípio, a validade da criminalização do aborto, entende-se que há não propriamente o direito fundamental à vida do embrião ou feto, dado que, segundo regras do próprio ordenamento brasileiro, só há vida e pessoa humana a partir do nascimento. O que existe nesse período e merece tutela jurídica, portanto, é uma potencialidade de vida, valorada pelo ordenamento em graus diferentes conforme o tempo. Desse modo, quanto mais longa a gestação, maior a tutela devida ao nascituro.

¹² Até em razão do tamanho proposto para este memorial, não irão se aprofundar neste tópico dois vetores importantes na qualificação dos bens jurídicos em jogo no debate sobre a (des)criminalização do aborto: (i) a laicidade estatal, que reforça, em especial, a conclusão no sentido de não se poder se ter como presente o direito fundamental à vida ainda na etapa anterior ao nascimento – notadamente, para fins desta ADPF, na etapa das 12 (doze) primeiras semanas de gravidez; e (ii) a subsidiariedade do Direito Penal, ou seja a sua qualificação como *ultima ratio*, ou medida mais extrema de proteção jurídica, a ser empregada apenas quando não adequadas ou suficientes medidas menos gravosas.

De outro lado, como fundamentos para a descriminalização da conduta, colocam-se direitos fundamentais da gestante, notadamente sua autonomia, para tomar decisões existenciais sobre o próprio corpo e a própria vida; e sua integridade física e psíquica, podendo-se falar, mais especificamente, em saúde reprodutiva da mulher.

Em determinadas circunstâncias, que não têm como ser prévia e taxativamente previstas pela lei, exigir a manutenção de uma gravidez não desejada pode representar ônus tão severo à mulher, muitas vezes já mãe de filhos que não consegue cuidar como gostaria, que se assemelharia a uma punição estatal de maus-tratos ou tortura. Não à toa, milhares de brasileiras acabam preferindo, mesmo diante da criminalização, submeterem-se ao aborto clandestino e inseguro, colocando em risco sua liberdade e sua própria vida.

Somando-se aos direitos acima elencados, contrariamente à legislação penal em vigor, há, ainda, o direito à igualdade, em duas óticas distintas. A igualdade de gênero, em primeiro lugar, exige que se considerem as diferenças biológicas entre mulheres e homens, levando em conta, portanto, que, por ser um evento que se dá no corpo da mulher, é a ela que deve caber a decisão sobre continuar ou não uma gestação, nada obstante os eventuais e legítimos interesses do homem em ser pai.

Ainda à luz da igualdade de gênero, devem ser rompidos os estereótipos que vinculam as mulheres à maternidade, como se esta última fosse uma louvável evolução da condição feminina, a ser aceita, com resignação, por todas elas. Ser mulher não é sinônimo de ser mãe; por isso, a gravidez não pode ser considerada um evento sobre o qual a autonomia da mulher pouco importe ou reste anulada sob a frágil alegação de que se originou de uma relação sexual consensual. Em um país em que a responsabilidade efetiva pela subsistência e criação dos filhos recai desproporcionalmente sobre as mulheres, em que o acesso e a remuneração no mercado de trabalho ainda são tão díspares em termos de gênero, prejudicando, em especial, às trabalhadoras-mães, manter sob elas o dever, criminalmente punível, de seguir com gestações indesejadas é uma forma de alimentar uma cadeia de violações de direitos muito mais ampla, que afeta não apenas a autonomia privada das mulheres, mas seu desempenho econômico e público.

Por fim, a igualdade incide na ponderação em tela também sob o viés econômico e racial. Conforme já assinalado neste memorial, são as mulheres pobres e negras que têm seus direitos, inclusive à saúde e à própria vida, mais afetados pela criminalização do aborto. Sujeitam-se a procedimentos mais inseguros e ainda se submetem a maior risco de perseguição criminal.

(b) *Identificação das circunstâncias fáticas relevantes*

Consoante já demonstrado por diversos *amici curiae* nestes autos, estudos de direito comparado indicam que a criminalização não constitui medida adequada ou, ao menos, necessária para reduzir a incidência do aborto¹³. Justamente por envolver uma decisão existencial da mulher, o aborto ocorre mesmo quando / onde constitui crime; enquanto, por outro lado, não se torna um método usual de planejamento familiar em simples decorrência da descriminalização.

A política pública mais eficiente para tutela ao próprio nascituro seria, assim, aquela que atua em parceria com a gestante, e não contra ela; uma política que forneça informações e suporte para a mulher grávida, em vez de afastá-la, em razão da ameaça penal, da rede de apoio médico e assistencial de que eventualmente precisa.

(c) *Ponderação (em sentido estrito) dos bens jurídicos em jogo, à luz das circunstâncias fáticas relevantes.*

Nenhum dos polos de direitos contrapostos no debate sobre a (des)criminalização do aborto tem como ser preservado sem prejudicar, ainda que em tese e parcialmente, o outro. A etapa final da ponderação não irá resultar, portanto, em uma dissipação completa da tensão originalmente existente entre os bens jurídicos em jogo. O que ela fará é viabilizar, em termos técnico-jurídicos, a melhor conciliação possível entre os valores constitucionais contrapostos, dando, assim, uma resposta à controvérsia sobre a (des)criminalização do aborto nas 12 (doze) primeiras semanas de gestação que não decorra da mera perpetuação de um

¹³ Em âmbito doutrinário, veja-se: UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law. In: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Nova York: University of Pennsylvania Press, 2014 (traduzido em: *Revista Publicum*, v. 2, n. 2, 2016).

comando penal originário dos anos 1940 e que não consegue ser rediscutido politicamente em um país cujos projetos de laicidade e de igualdade de gênero ainda não restaram plenamente satisfeitos. Trará uma resposta que certamente não agradará a todos, mas que se revelará democraticamente aceitável, compreensível e justificável, pelo emprego de fundamentação judicial técnica, amparada na Constituição e enriquecida pela realização da audiência pública dos dias 03 e 06 de agosto.

Nesse sentido, entende-se que, já no plano abstrato, o sopesamento dos direitos em jogo indica que, mesmo se houvesse vida desde a concepção, não seria proporcional, durante as 12 (doze) primeiras semanas de gestação, obrigar a mulher a instrumentalizar o próprio corpo a fim de mantê-la. Não se poderia, em outras palavras, impor à gestante, com um projeto de vida já avançado, que o sacrificasse ou dele abdicasse em nome de uma (suposta/potencial) vida recém iniciada e que não tem sequer como se estabelecer fora do ambiente uterino.

Em suma, ainda que haja vida no embrião ou feto, durante as 12 (doze) primeiras semanas de gestação – o que se coloca aqui com fins argumentativos apenas –, ela não pode ter sua tutela imposta pelo Estado à custa dos direitos à autonomia e à integridade física e psíquica da gestante, reforçados, conforme exposto no item “a” acima, pelo direito à igualdade de gênero, econômica e racial.

Ao se reconhecer, nesse juízo de ponderação, a prevalência dos direitos da mulher durante no período solicitado na ADPF não se está – convém esclarecer – a considerar o embrião ou feto como irrelevante para o Estado. O aborto não se torna indiferente, menos ainda estimulado; apenas deixar de ser algo combatido por meio do Direito Penal, a partir da constatação de que, durante as 12 (doze) primeiras semanas, exigir a manutenção da gravidez, por parte da mulher, é uma medida desproporcional.

Os elementos fáticos indicados no item “b” supra corroboram essa assertiva e facilitam a resolução do debate, ao comprovarem que a criminalização atualmente existente não é adequada ou, ao menos, necessária para a proteção do nascituro. Assim, acolher o pleito da ADPF n. 442 se mostra acertado tanto para tutelar os direitos das mulheres, como para compor uma política pública que, dando informação e suporte às gestantes, promova uma redução total do número de abortos no país.

Esperando ter contribuído para os trabalhos preparatórios à audiência pública, a Clínica UERJ Direitos pugna pela juntada do presente memorial aos autos.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2018.

Cristina Telles
OAB/RJ n. 166.362