



DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Norte - SAUN, Quadra 05, Lote C, Bloco C, Centro Empresarial CNC - Bairro Asa Norte - CEP 70040-250 - Brasília - DF -
<http://www.dpu.gov.br/>

PETIÇÃO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, EMINENTE
RELATORA DA ADPF Nº 442

ADPF 442 / DF

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, vem, respeitosamente, à presença de V. Excelência, por intermédio das **Defensoras Públicas Federais integrantes do Grupo de Trabalho Mulheres *in fine***, em cumprimento a decisão constante no evento 321 do aludido processo eletrônico, apresentar **MEMORIAIS**, conforme os fundamentos fáticos e jurídicos serão aduzidos adiante.

1.HISTÓRICO FÁTICO

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 442, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, para requerer que seja declarada a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/1940), considerando a violação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º). Pretende-se com a demanda seja reconhecida a possibilidade de interrupção da gestação nas 12 (doze) primeiras semanas, de forma segura e como livre escolha da mulher.

Como bem sustenta a petição inicial, o tema não espera inovações de natureza científica ou outras evidências além da vasta produção existente. Como pontua, trata-se de “*um ‘caso difícil’ pelo forte apelo moral que provoca*”. Ocorre que temática exige ponderação jurídica à luz da Constituição da República e princípios éticos, não apenas um debate de ordem moral.

A demanda em questão fora proposta em 08/03/2017 e distribuída à Exma. Ministra Rosa Weber em 15/08/2017. O pedido de medida liminar foi indeferido, visto que pretendia garantir direito subjetivo individual de Rebeca Mendes Silva Leite, o que, segunda a Relatora, não encontraria guarida no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por se tratar a ação de instrumento da jurisdição constitucional abstrata e objetiva. Em despacho de 23/03/2018, a Eminente Relatora convocou Audiência Pública destacando que:

A discussão que ora se coloca para apreciação e deliberação desse Supremo Tribunal Federal, com efeito, é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicado, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade. Assim, a complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel de

construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública, como técnica processual necessária, a teor do art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/99, e dos arts. 13, XVII, e 154, III, parágrafo único, ambos do RISTF

Em cumprimento a ordem, foi divulgado no sítio do STF que os interessados em participar devem apresentar memoriais até o dia 06/07/2018 pelo e-mail adpf442@stf.jus.br.

2. DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO: da Função Essencial à Justiça e do Grupo de Trabalho Mulheres

A Defensoria Pública tem por função institucional a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. É instituição essencial à função jurisdicional do Estado, justamente por garantir o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme assegura o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, intrinsecamente ligado ao direito fundamental do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

Com efeito, as normas constitucionais do art. 5º, LXXIV e do art. 134, ao atribuírem legitimidade à Defensoria Pública, para defesa dos interesses e direitos dos hipossuficientes, não restringe a tutela aos necessitados sob o ponto de vista econômico e, além disso, **não exige**, absolutamente, **que todos os assistidos sejam necessitados**, ao revés, com a nova **LC 132**, prevê tão somente como requisito que *o resultado da demanda possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes*.

E não faria mesmo sentido a existência de um órgão, que só pudesse defender necessitados individualmente, **deixando à margem** a defesa de lesões coletivas, que são muito mais graves.

Ademais, busca-se, em última análise, a efetivação da tendência do **processualismo moderno** que colima não só o amplo **acesso à justiça**, mas, sobretudo, a **efetividade** dos direitos e garantias consagrados na Constituição da República e nas leis do país, tornando menos relevantes as discussões puramente formais, centrando esforços nas mudanças que possam, de fato, melhorar a vida dos cidadãos.

Nesse sentido, o legislador pátrio publicou a Lei Complementar n. 132/2009, que, modificando a Lei Complementar n. 80/94, passou a prever o seguinte:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XI – **exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos** da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de **outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado**; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Ainda que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo exclusivo da defesa dos “necessitados” ou sem “recursos”, a Constituição Federal, por meio de conceitos indeterminados, deve ser interpretada num sentido ampliativo, maximizando o acesso à justiça, permitindo à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Pelo exposto, cabendo à **Defensoria Pública**, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a **orientação jurídica e a defesa**, em todos os graus, dos **necessitados** – econômicos **ou** jurídicos (organizacionais) – é manifesta a sua legitimidade *in casu*.

Assim, considerando a vocação constitucional da Defensoria Pública da União na promoção de direitos humanos e a necessidade de uma atuação especializada em defesa dos direitos das

mulheres, as quais sofrem diversas violações em seus direitos fundamentais, como decorrência da estrutura de valores inseridos em nossa sociedade ainda permeados por uma lógica de desigualdade, opressão e violência de gênero, por **intermédio da Portaria n.º 200, de 12 de março de 2018**, foram regulamentadas as atividades do Grupo de Trabalho Mulheres, que possui em seu âmbito de atuação:

- 1- atuar no reconhecimento e defesa dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais das mulheres;*
- 2. monitorar ações de discriminação e violação de direitos das mulheres;*
- 3. disseminar o conhecimento do direito universal à educação, à saúde e à proteção previdenciária;*
- 4. promover a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres;***
- 5. Estimular a autonomia econômica da mulher e promover a igualdade no mundo do trabalho, em todas as suas acepções;*
- 6. Fortalecer a participação das mulheres nos espaços de poder e decisão e atuar no enfrentamento e combate à violência contra a mulher;*
- 7. garantir o direito das mulheres sobre a gestação, com acesso de qualidade à concepção e/ou contraceção;***
- 8. promover o debate sobre políticas públicas e atuar na defesa das mulheres presas, das migrantes nas fronteiras secas e das vítimas de tráfico internacional de drogas;*
- 9. promover a defesa das mulheres processadas por subtração internacional de crianças em decorrência da Convenção de Haia e atuar extraordinariamente nos processos administrativos relacionados, respeitados os princípios do defensor natural e da independência funcional;*
- 10. monitorar os casos relacionados à temática mulheres em trâmite na DPU e consolidar os dados necessários para subsidiar a atuação em âmbito nacional e internacional, judicial ou administrativo.***

A posição do GT Mulheres sobre o tema é no sentido de que a decisão quanto a gestação é afeta à liberdade, à autonomia, ao direito à saúde física e psíquica, à isonomia e ao direito reprodutivo das mulheres, de modo que cabe a mulher decidir sobre a possibilidade de interrupção da gravidez até as 12 primeiras semanas, quando ainda autonomamente inviável o produto da concepção sendo dever do Estado e da sociedade como um todo assegurar à mulher, que assim desejar, um procedimento seguro de abortamento, bem como às mulheres como um todo, a liberdade sobre seus corpos e livre exercício de seus direitos reprodutivos, conforme fundamentos a seguir aduzidos.

3. DO MÉRITO

A) DIREITOS FUNDAMENTAIS DA HUMANA E DIREITO PENAL.

Ao observar as lacunas decorrentes do sistema de justiça criminal em relação a mulher, vista sobre o prisma de ser a “humana”, enquanto reconhecimento de seus direitos fundamentais na função limitadora do direito penal, entende-se que os dispositivos 124 e 126 do Código Penal não foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, na medida em que consistem em representação legal de violência de gênero institucionalizada pelo poder punitivo do Estado, em claro confronto com preceitos fundamentais que honram o direito à saúde, não discriminação, autodeterminação, liberdade reprodutiva e sexual e proibição de prática de tortura. A visão da mulher, dentro desse prisma, que vigeu na história pátria até tempos recentes, inclusive com a chancela jurídica, já não condiz com o quanto disposto na constituição vigente, no tocante à igualdade de gênero e ao firme propósito de redução das desigualdades.

Ressalte-se, ainda, que os dispositivos legais impugnados na presente ação refletem o quanto o Estado maneja a sua força no campo do direito penal para abordar um problema que envolve a saúde pública, quando esse mesmo Poder Público revela-se omissivo no que tange a implementação de

políticas públicas efetivas de planejamento familiar, educação sexual, acompanhamento e prevenção da interrupção da gravidez.

Tal omissão implica a violação de direitos fundamentais sensíveis das mulheres, sobretudo o acesso à saúde e direito à vida das mulheres em situação de vulnerabilidade social e, efetuando o necessário recorte interseccional, as principais afetadas por essa violação são as mulheres negras, vitimadas em maior número pelas práticas clandestinas, as quais são consequência direta do alcance do poder punitivo que age, evidentemente, de maneira seletiva.

Nesse âmbito, a epistemologia feminista vem debruçando-se sobre o fenômeno que interliga as opressões de gênero realizadas por intermédio do sistema de justiça criminal.

No campo de estudos da criminologia feminista, é cediço que o Direito Penal carece de tratamento equânime no que toca às relações dinâmicas de poder existentes entre homem e mulher, o que está refletido no modo como o sistema de justiça criminal reconhece a mulher, seja do ponto de vista de transgressora, seja na condição de vítima. O direito penal historicamente fora feito por homens e para homens, de modo que a transgressão às regras sociais de conduta da mulher esteve, tradicionalmente, a cargo de outros agentes de controle social, a exemplo da família, religião, sociedade, exigências do mercado de trabalho, etc.

No âmbito da criminalização da decisão sobre a interrupção da gravidez, verifica-se a intervenção estatal com vista a estabelecer o controle social subsidiário no que toca ao exercício do papel social da maternidade e da sexualidade da mulher, quando as outras instâncias de controle incorreram em algum tipo de falha. Criminalizar a interrupção da gravidez significa, em essência, a imposição do exercício da maternidade, sem considerar os anseios, vontade e liberdade da principal interessada, a mulher, enquanto titular de direitos humanos dotada de liberdade e autonomia de seu corpo, similares àquelas reconhecidas ao homem, ao qual a paternidade não é imposta fisicamente, quer pela natureza, quer pelo ordenamento jurídico, que pode fazer frente às disparidades naturais e sociais para promover equidade, em lugar de agravá-las.

Nesse sentido aponta a estudiosa da criminologia feminista Soraia Mendes:

“ De fato, qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (nesse caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de se tornar mãe, suportar a gravidez, dar a luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do direito Penal.”

!!!

Nesse contexto, o direito fundamental à autodeterminação possui como decorrência o exercício da liberdade, seja em aspecto positivo, quanto negativo, isto é, quando existem alternativas e opções quanto a realização ou não de determinada ato. Desse modo, qualquer limitação a esse exercício de opção não deve ser exercida pelo Estado, à revelia do interesse das titulares desse direito.

Pois nesse ponto, em relação ao exercício da maternidade, a autodeterminação ganha contornos exclusivos da condição de ser mulher.

Nesse sentido, um Estado laico democrático de direito deve velar pela observância desse princípio, sem a interferência de valorações morais de uma conduta que diz respeito apenas a mulher, no exercício da autonomia do seu corpo. É inadmissível e irrazoável o estabelecimento de convicções morais e religiosas com funções limitadoras desse direito fundamental.

De se ver que, mesmo sob o prisma moral – de *morus*, costumes – a frequência da prática atestada por pesquisas reportadas adiante, fala contra a ideia de um repúdio social real à conduta. Ainda que não se possa alegar o desuso para revogação de norma posta, é ele claro indicativo de anacronismo ou dissintonia do texto com o contexto social a que se deve a norma aplicar, e que a Constituição vigente veio espelhar. A tipicidade, então, do modo como ora vista, mostra-se mais como uma imposição ideológica seletiva e opressora, em lugar de um amplo consenso moral que respeite as minorias.

A proibição da interrupção da gravidez significa ontologicamente o estabelecimento da obrigação de ser mãe.

Vejamos trecho do voto do Ministro Barroso, nos autos do HC 124.306

“ A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art 1º, II). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem suas próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo- homem ou mulher- tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não tem o direito de interferir.”HC 124.306

Consoante o ensinamento de Ferrajolli, para entender um direito como fundamental, é preciso submetê-lo ao crivo da disponibilidade estatal, na medida em que deve se tratar de uma regra geral válida para todos. Contudo, segundo o autor, o direito à autodeterminação é um exemplo de direito fundamental exclusivo das mulheres:

“ En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder pos así decir constituyente, de tipo pre-o meta-juridico, puesto es un reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretension al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto em el momento de la maternidade como em del aborto.”^[2]

Assim, o direito à autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, tem por consequência a não intervenção do Estado, pela não-discriminação, pela não-coerção e não-violência, (dimensão típica dos direitos civis), conforme ensinamento de Flavia Piovesan. ^[3]

B) DIREITOS REPRODUTIVOS

Os direitos reprodutivos decorrem do sistema especial de proteção de Direitos Humanos, em virtude do caráter indivisível e possuem tratamento equivalente aos direitos fundamentais.

Em virtude da reivindicação do movimento de mulheres, ocorrida no âmbito da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, a **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher** foi aprovada em 1979 e possui 165 Estados-participantes. O Brasil ratificou-a em 1984.

A referida Convenção estabelece preceitos que visam a promover a igualdade, bem como a eliminação de qualquer tipo de padrão discriminatório, através do fomento de práticas que assegurem a inserção de grupos vulneráveis.

Emerge, nesse contexto, a necessidade de reconhecimentos de direitos específicos, baseados em caracteres da diferença de tais grupos vulneráveis, em que se pode mencionar como exemplo o reconhecimento da dimensão de direitos reprodutivos e sexuais da mulher. Vejamos a análise de Flavia Piovesan no que toca a interpretação do disposto no art 12 da referida Convenção:

“À luz do disposto no artigo 12 da Convenção, já surgem os delineamentos iniciais dos direitos reprodutivos, como direitos que exigem um duplo papel do Estado: a) eliminar a discriminação contra a mulher nas esfera da saúde (vertente repressiva/punitiva) e b) assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar (vertente promocional). Percebe-se aqui a semente de todo um desenvolvimento normativo posterior no tocante à construção conceitual dos direitos reprodutivos, como direitos que demandam do Estado um duplo papel (de um lado negativo, por outro positivo e promocional). Daí a complexidade dos direitos reprodutivos, que não pode ser confinada à tradicional dicotomia dos direitos civis x direitos sociais, na medida em que apresentam uma dimensão própria dos direitos civis (a não discriminação; o espaço da autonomia e da autodeterminação no exercício da sexualidade e reprodução) e dos direitos sociais (o direito à saúde, mediante a implementação de políticas públicas positivas pelo Estado).” [4].

Com efeito, as declarações e plataformas de Cairo (1994) e de Beijing (1995) representaram um grande avanço no conceito de direitos sexuais e reprodutivos. É bem de ver que, muito embora não possuam a força normativa de tratados internacionais, tais documentos constituem-se em importante fonte principiológica do ordenamento jurídico internacional dos direitos humanos da mulher. Vejamos os princípios 4 e 8 da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, do Cairo, de 1994:

Princípio 4:

“Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.”

Princípio 8

“Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.”

Desse modo, verifica-se através de tais princípios, que as mulheres possuem o direito individual de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como possuem em face do Estado o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas. A educação emerge nesse contexto como um importante instrumento de emancipação da mulher.

Ainda explica Leila Linhares:

“No Cairo, em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento introduziu um novo paradigma à temática do

desenvolvimento populacional, deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos reprodutivos e ao desenvolvimento. Nessa Conferência, ficou firmado o princípio que as políticas relacionadas à população devem ser orientadas pelo respeito aos direitos humanos universais e afirmou-se a necessidade dos países considerarem as grandes massas como detentoras de direitos e merecedoras de políticas públicas de combate à pobreza. A ativa participação do movimento internacional de mulheres nas fases preparatórias e durante a própria Conferência permitiram a legitimação da noção de direitos reprodutivos, apontando para a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva e reconhecendo o aborto como um grave problema de saúde pública. A Conferência do Cairo deu grande ênfase à necessidade de estimular a responsabilidade masculina para com a procriação e com a contracepção. Em 1995, a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, deu ênfase à necessidade de erradicação da pobreza, incluindo iniciativas destinadas a medir e a reduzir os impactos sociais do ajuste econômico, especialmente sobre as mulheres e crianças. Ainda em 1995, em Beijing, foi realizada a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, que incorporou as agendas das Conferências de Direitos Humanos (1993), de População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), avançando e firmando, de modo definitivo, a noção de que os direitos das mulheres são direitos humanos; a noção de saúde e direitos reprodutivos, bem como o reconhecimento de direitos sexuais, com a recomendação de que sejam revistas as legislações punitivas em relação ao aborto, considerado, tal como na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (1994), um problema de saúde pública.”¹⁵¹

A Declaração de Beijing (1995) informa que *"na maior parte dos países, a violação aos direitos reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e o pleno exercício dos demais direitos."*(Declaração de Pequim/1995).

Verifica-se, pois, que o corpo de declarações e tratados internacionais levam a conclusão de que a temática do aborto, por sua inegável interface reprodutiva, deve ser considerada sob âmbito da saúde pública, de modo que a tendência internacional latente é de que os Estados revisem as legislações que estabelecem medidas punitivas a tal prática.

Nessa esteira, a CF de 1988 possui, ainda, dispositivos harmônicos com os entendimentos sedimentados no âmbito internacional:

Art. 226

“ A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, a qual regulamentou o dispositivo constitucional, traz, em seu art 2º, o conceito de planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Nesse contexto, os direitos sexuais e reprodutivos tanto implicam o exercício da liberdade e autodeterminação quanto as decisões relativas corpo da mulher, número de filhos, exercício do papel social da maternidade, como o direito a obter por parte do Estado o implemento de políticas públicas relativas à saúde, concernentes, ainda, ao acesso a informações e educação reprodutiva e sexual. A não garantia desses direitos tem implicado a morte de milhões de mulheres por conta da submissão a

procedimentos inadequados, além de doenças e impedimentos evitáveis por medidas de educação e saúde preventiva.

Nesta mesma senda, cumpre ainda destacar a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, de 1987, formulada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, no contexto da campanha “Mulher e Constituinte”. No mencionado documento, foi expressamente reivindicada a inclusão de direitos reprodutivos no texto constitucional então em formulação. Dentre tais direitos, destaca-se o direito de livre opção pela maternidade, que implicaria tanto a garantia de acompanhamento médico adequado no pré-natal, parto e pós-parto quanto o direito de evitar ou interromper a gravidez sem prejuízo para a saúde da mulher.

C) SELETIVIDADE E ABORDAGEM INTERSECCIONAL DE GÊNERO, CLASSE E RAÇA.

Segundo a doutrina tradicional, a coerção penal se justificaria em face da proteção a vida, com o objetivo de evitar a realização da prática abortiva. Tal método de intimidação repressiva vai além da coerção jurídica de âmbito cível e da coerção exercida pelos mecanismos de controle social, a exemplo da família, educação, religião, etc. Assim, para quem possui esse entendimento, justificar-se-ia a aplicação de pena para uma conduta considerada social e moralmente reprovável e tipificada como criminosa e essa tipificação teria como objetivo evitar a propagação da prática no âmbito da sociedade. A essa função do direito penal denomina-se prevenção geral.

Todavia, parcela considerável da doutrina critica a referida visão, vejamos:

“A Prevenção geral opera, pois, baseada nos mecanismos inconscientes da multidão anônima, que são os mesmos mecanismos que opera a “Lei de Lynch”. Pode o direito penal perseguir seus fins por tais meios? Pode o direito penal perseguir seus fins por tais meios? Pode o Direito Penal ser o instrumento de vingança da multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social?”

A resposta a estas perguntas depende do direito penal de que estivemos tratando. O direito penal do Estado autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibí-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O direito Penal que faça isso mostrará uma autêntica aspiração ética e libertadora; o outro será puro instrumento de dominação. [6].

A prevenção geral, revela-se, pois, como instrumento de seletividade em uma sociedade desigual, onde existem grupos privilegiados e grupos marginalizados.

Nesse contexto, é preciso estabelecer um diálogo multidisciplinar, uma vez que a ciência jurídica, por si só, fundada ao seu corpo dogmático e cultural arcaico, não oferece respostas para os fenômenos e fatos sociais decorrentes de escolhas legislativas, sobretudo no âmbito criminal.

Outros ramos da ciência, exemplo da psicologia, sociologia e a criminologia, sobretudo a criminologia crítica feminista oferecem conceitos úteis para a compreensão da problemática existente entre a criminalização da conduta relacionada a interrupção voluntária da gravidez e os direitos e garantias fundamentais existente na Constituição Brasileira.

A começar, portanto, pela definição do conceito de gênero, podemos entender o primeiro foco ofensivo ao direito fundamental à isonomia e proibição de discriminação em razão de sexo, gênero e raça. Para Saffioti[7], gênero é o conceito que abarca as relações de poder entre o feminino e o masculino, através da definição de papéis sociais legitimadores do sistema de dominação do masculino pelo feminino. O sistema no qual o homem detém o poder político-econômico-sexual sobre a mulher denomina-se patriarcado.

Já o conceito de violência de gênero envolve a utilização desse mecanismo de poder, com vistas a realizar toda sorte de violações:

“Violência de gênero é o conceito mais amplo, abrangendo vítimas como mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos. No exercício da função patriarcal, os homens detêm o poder de determinar a conduta das categorias sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio. Ainda que não haja nenhuma tentativa, por parte das vítimas potenciais, de trilhar caminhos diversos do prescrito pelas normas sociais, a execução do projeto de dominação-exploração da categoria social homens exige que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência.” [8]

A opção estatal em criminalizar a conduta relacionada ao ato de interromper a gravidez guarda contornos do viés androcêntrico do Direito Penal. A cultura jurídica androcêntrica do direito penal é composta pelo corpo normativo feito por homens e para homens, permeado por valores estruturais de uma sociedade machista. O sistema penal, nesse ponto, atua de maneira a negar proteção e direitos às mulheres em razão do gênero, além de exercer a tutela da sexualidade feminina e exercícios de papeis sociais através da criminalização de determinadas condutas.

Observe-se que os mecanismos seletivos de definição da conduta delitiva prevista nos art. 124 e 126 do CPB envolvem uma questão clara de gênero, na medida em que objetiva o controle sobre o exercício da sexualidade feminina, bem como do papel social da maternidade, o que não encontra similar coercitividade em face do homem e da paternidade, não raro circunstâncias ou motivadores indiretos da conduta.

Segundo Espinoza[9], historicamente, em relação aos homens, os valores a serem tutelados com aplicação da pena eram de legalidade e necessidade do trabalho, já em relação as mulheres transgressoras, haveria a necessidade de recuperar o seu pudor com a pena imputada, através na internação em conventos, onde deveria receber a educação religiosa:

A maioria das prisões femininas foi instalada em conventos, com a finalidade de induzir as mulheres ‘desviadas’ a aderir aos valores de submissão e passividade. Na atualidade, apesar de quase não existirem presídios controlados e geridos por organizações religiosas, a necessidade de controlar as mulheres não mudou: subsiste o intuito de transformá-las e encaixá-las em modelos tradicionais, entendidos de acordo com padrões sexistas. Essa situação acentua o caráter reabilitador do tratamento, que busca ‘restabelecer a mulher em seu papel social de mãe, esposa e guarda do lar e de fazê-la aderir aos valores da classe média’, naturalizando as atribuições de gênero e reproduzindo a desigualdade no tratamento das presas.(grifei)

Veja-se que, historicamente, os critérios religiosos e morais estiveram muito próximos da abordagem punitiva da transgressão feminina ao desempenho dos papeis sociais que lhe são postos pelo patriarcado. Não por acaso, a maioria dos argumentos contrários à descriminalização da interrupção da gravidez até a 12^a (décima segunda) semana são de ordem moral e religiosa, **além de haver inúmeros atores religiosos em atuação na presente ação, na condição de amicus curiae.**

A criminalização do aborto evidencia-se, desse modo, como mecanismo de controle afetado por um duplo sistema de seletividade. Esta dupla seletividade envolve os aspectos primários e secundários da criminalização, conceitos cunhados no âmbito do estudo da criminologia crítica.

Por criminalização primária, segundo Zaffaroni entende-se que “*é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*” e a criminalização secundária “*é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente*”[10].

Nesse contexto, é possível afirmar que, no âmbito primário, é definida a conduta sobre a qual deve recair a tipificação penal **a partir de um critério de gênero**, uma vez que a mulher revela-se

como principal sujeito ativo do delito, mas também **o papel social da maternidade é o pano de fundo existente por trás das condutas delitivas aqui tratadas**. Nesse contexto, no campo secundário, a seletividade vai operar sobre um público específico a ser atingido pela criminalização, que necessariamente possui intersecção com alguns recortes existentes no corpo das desigualdades sociais.

Levando-se como premissa o marcador social de gênero como determinante da seleção penal, é possível afirmar que a mulher não possui visibilidade enquanto sujeito de direitos humanos, sendo reconhecida pelo corpo social, moral e religioso apenas pela lógica machista e patriarcal, na condição de objeto dos diversos tipos de controle. O padrão de normalidade esperado para a mulher é o de exercício passivo dos papéis de mãe, esposa, honesta, subordinada e não questionadora. Nesse sentido, a mulher que incorrer em desvio desses padrões sociais deve receber a punição social, e, havendo falha dessa punição, deve sofrer o peso do braço estatal que reproduz em seu corpo normativo os valores sociais estruturados.

Em que pese tal análise sobre o componente de gênero que envolve a questão, é preciso, ainda, refletir sobre a problemática apresentada nessa escolha pela criminalização, a qual também possui os recortes de **classe e raça**. **As mulheres negras pertencentes às classes econômicas menos favorecidas são as principais atingidas pela criminalização, sobretudo no aspecto indireto, enquanto vítimas de óbitos e complicações decorrentes da submissão a procedimentos clandestinos**.

É cediço que as mulheres pertencentes as classes econômicas bem favorecidas não possuem maiores transtornos sociais, ao realizar o procedimento em clínicas especializadas, mediante o pagamento de quantias significativas para a garantia de realização de um procedimento seguro, discreto e sem maiores consequências colaterais para o sistema reprodutivo.

Nesse contexto, resta evidente o **caráter seletivo da criminalização da conduta e a falha na função preventiva geral do Direito Penal**. Tal falha, evidentemente, consiste na não inibição de realização do procedimento de abortamento no plano fático, pois tal fenômeno é uma realidade no sistema de saúde, com números expressivos de óbitos ocorridos e complicações decorrentes dos procedimentos clandestinos realizados, no que se revela a consequência nociva dessa seletividade penal e social.

Em 2010, foi divulgada publicação contendo os resultados da primeira Pesquisa Nacional sobre o Aborto (PNA-2010), uma iniciativa da Universidade de Brasília (UnB) e do ANIS – Instituto de Bioética, coordenada por Débora Diniz (UnB/Anis/Fiocruz), Marcelo Medeiros (UnB/Ipea) e Alberto Madeiro (UEPI/Anis) e cuja coleta de dados é realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE.

Desde então, já foi publicada uma nova edição da pesquisa (PNA-2016), com informações coletadas ao longo do ano de 2015, encomendada pelo Ministério da Saúde e pelo Fundo de Investimento Social – ELAS. A Pesquisa Nacional do Aborto, **premiada pela Organização Panamericana de Saúde**, consiste, hoje, na mais completa e abrangente fonte de dados estatísticos sobre o fenômeno abortivo no Brasil.

A anterior fonte de informações sobre o tema, o censo realizado pelo IBGE como parte do Sistema Integrado de Pesquisas Domiciliares - SIPD[11], adotou a técnica de aplicação de questionários diretos por entrevistadores homens e mulheres. Isso afeta diretamente, no caso específico do aborto, a fidedignidade das informações apresentadas, uma vez que muitas mulheres, em razão de seus próprios juízos morais, reflexos de uma educação repressora, em um meio social predominantemente sexista, não se sentem à vontade para enfrentar tais questões, sobretudo quando estão sendo questionadas por um homem.

A PNA, por sua vez, objetivou oferecer dados sobre o aborto provocado no Brasil. Para tanto, utilizou-se, em 2010 e em 2016, de pesquisa domiciliar com técnica de urna, questionário sigiloso preenchido pelas entrevistadas e depositado em uma urna[12].

A pesquisa do IBGE utilizou a amostragem aleatória simples nos domicílios particulares permanentes pertencentes à área de abrangência geográfica da pesquisa, ou seja, em todo o território nacional. Foram entrevistadas mulheres alfabetizadas e não-alfabetizadas, entre 18 e 39 anos de idade. Os resultados demonstraram quatro pontos relevantes sobre o aborto na sociedade brasileira atual:

1. **Ao menos 1,1 milhão de brasileiras já provocaram aborto,**
2. **De todas as regiões brasileiras, a Nordeste é a com maior percentual de abortos provocados (39,2%);**

3. **A porcentagem de mulheres com ensino superior completo que já provocou aborto é de 10%, em contraste com os 33% de mulheres sem instrução.**
4. **O índice de mulheres negras que tiveram abortos provocados (3,5%) é o dobro daquele verificado entre mulheres brancas (1,7%).**

O universo de amostra da PNA em 2010 e em 2016, por sua vez, consistiu em 2.002 mulheres, de 18 a 39 anos de idade, alfabetizadas e residentes do Brasil urbano. A PNA-2016 inovou na técnica investigativa, com significativas mudanças nos resultados obtidos: foi perguntado às entrevistadas, na cédula secreta, se elas haviam abortado (aborto provocado) no ano da pesquisa, em 2015. O que permitiu que se chegasse à conclusão (através de cálculo de projeção) de que, **somente no ano de 2015, cerca de 417 mil mulheres (alfabetizadas e do meio urbano do Brasil) abortaram. O que evidencia o número expressivo da prática e a falha da criminalização no que tange a função da prevenção geral da pena.**

A análise conjunta dos resultados das sondagens e dos dados estatísticos coletados pelo IBGE, considerando o índice de confiança e as demais variáveis da pesquisa quantitativa demonstrou que, ao final da vida reprodutiva, 1 em cada 5 mulheres já fez aborto, em sua maioria ocorridos entre os 18 e 29 anos, centro do período reprodutivo. Ademais, os estudos conduzidos também indicaram que, considerando-se toda a população feminina do Brasil situada na faixa etária de 18 a 39 anos, 4,7 milhões de mulheres já fizeram aborto ao menos uma vez na vida.

Com a análise dos questionários socioeconômicos, também, foi possível afirmar que o perfil da mulher brasileira que aborta não é o que poderia se considerar desviante dos padrões sociais: 67% têm filhos e 88% declaram ter religião, sendo 56% católicas, 25% evangélicas ou protestantes e 7% professando outras religiões. Também na PNA-2016, observou-se um aspecto principal: **a maior incidência de abortos provocados nas populações de mulheres negras, com menor grau de escolaridade e que vivem nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste** – dado semelhante ao encontrado pelo censo realizado pelo IBGE.

Ao observar esta maior incidência de abortos provocados nas populações de mulheres negras, pode-se traçar, portanto, o perfil sociológico do aborto provocado no Brasil: ele é numericamente relevante e não é exclusivo de um grupo social específico de mulheres, mas atinge de maneira numericamente **mais elevada mulheres da região Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil, de menor grau de escolaridade, negras.**

Por sua vez, a mortalidade materna é um importante indicador para avaliação das condições de saúde de uma população, uma vez que denotam a existência de precárias condições socioeconômicas, baixo grau de informação e escolaridade, dinâmicas familiares que envolvem situação de violência e dificuldades de acesso a serviços de saúde de qualidade. A partir de análises das condições em que e como morrem as mulheres, pode-se avaliar o grau de desenvolvimento de uma determinada sociedade e, nesse ponto, observa-se a negligência com que o Estado brasileiro trata a saúde das mulheres, sobretudo as negras, pertencentes às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

É importante assinalar, ademais, que a mortalidade materna guarda cumplicidade direta com a escolha pela criminalização. O aborto realizado em condições inseguras figura entre as principais causas de morte feminina e materna.[13].As complicações do aborto clandestino mais frequentes são a perfuração do útero, retenção de restos de placenta, infecção, peritonite, tétano e septicemia.[14]

Neste cenário, o **Estado ainda se omite no que tange à implementação de políticas públicas relativas à justiça reprodutiva, ou seja, políticas relacionadas a planejamento familiar e garantia dos direitos reprodutivos e sexuais da mulher**

Frise-se que o documento Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, do Ministério da Saúde, também afirma que o aborto provocado é causa de discriminação e violência institucional contra as mulheres nos serviços de saúde, o que pode traduzir-se como retardo do atendimento, falta de interesse das equipes médicas em ouvir e orientar a paciente que abortou ou mesmo em condenação moral explícita e ofensiva.[15]**Considerando os dados estatísticos relacionados ao perfil das mulheres que são atendidas por esse tipo de serviço, deflui-se a ocorrência de racismo institucionalizado nessa prática.**

Outro fenômeno importante a ser aduzido, no âmbito das consequências sociais é o fato de que os delitos insculpidos nos art 124 e 126 do Código Penal Brasileiro possuem baixa aplicabilidade no campo punitivo fático, eis que a maioria das práticas não recebem punição formal no âmbito do Poder Judiciário, **seja pela subnotificação desse fato social, seja em razão da dificuldade em materialização de provas a respeito, considerada a característica de clandestinidade da qual a prática delitiva é revestida seja, ainda, pelo necessário sigilo profissional que envolve o atendimento médico, sem o qual se agravaria ainda mais a mortalidade e a sub-assistência.**

Observa-se que, dentro do universo total de encarceramentos femininos no sistema penitenciário brasileiro, de 37.380 mulheres custodiadas - com 68% relacionadas a envolvimento com o tráfico de drogas - das 33 mulheres efetivamente denunciadas em 2014 pelo crime de aborto, todas eram negras, de baixa escolaridade e de baixa renda.[16] Nesse contexto, as mulheres atingidas pelo sistema prisional são aquelas que não dispõem de recursos para pagar pela segurança e pelo sigilo do atendimento das clínicas particulares e buscam atendimento – por vezes emergencial – no sistema público de saúde.

Considerando que o aborto é um fato social irrefutável no seio da família brasileira e se constitui em um grave problema de saúde pública. Qual o sentido, então, de manter a criminalização, senão a partir de um viés simbólico/ideológico? Quais os critérios e paradigmas sociais que traduzem essa escolha seletiva? Tal contradição denota uma crise de legitimidade do sistema de justiça criminal, na medida em que escolhe sobre quem recairá a punição do aborto, com critérios relacionados a gênero, classe e raça.

Nesse ponto, sobre a crise de legitimidade do Sistema de Justiça Criminal, discorre Vera Regina Pereira de Andrade.[17]

Razão pela qual afirmo em outro lugar que o SJC caracteriza-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade. Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida. A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).(grifei).

De efeito, no Estado brasileiro existe uma relação diretamente proporcional entre a renda e o acesso aos serviços de saúde. Nesse contexto, a população negra representa 76% [18] dos mais pobres da sociedade brasileira, o que é consequência da estrutura econômica calcada em uma cultura escravocrata de exploração. Por outro lado, negros (pretos e pardos) representam 56% da população brasileira, com mulheres negras representando 25% da população brasileira total.

Desse modo, os perigos do abortamento relativos ao uso de procedimentos perigosos em condições de saúde precária, atingem mais gravemente e em larga escala a mulher negra, sem instrução e de baixa renda.

Em 2012, fora realizada, ainda, pesquisa [19] sobre abortos provocados na região Nordeste do Brasil, mais precisamente nos universos amostrais da Grande Salvador e da Grande Recife. Foram analisadas 34 histórias de gravidezes interrompidas em clínicas clandestinas tidas por de “alta qualidade” e caras, relatadas por 19 mulheres e 5 homens, residentes nas duas capitais nordestinas mencionadas. A partir da pesquisa, revelou-se que existem diferentes tipos de clínica e de atendimento

prestados pelos médicos e que nem mesmo a realização de um aborto em uma clínica privada não é garantia de um atendimento humanizado e seguro.

A pesquisa indica que, em razão da clandestinidade, as clínicas privadas de aborto funcionam com leis e regras próprias, sem qualquer tipo de regulamentação sobre os valores cobrados.

Verifica-se, assim, que a criminalização do aborto provocado, que leva ao não oferecimento do serviço de aborto pelo sistema público de saúde e à inflação de preços do procedimento em clínicas clandestinas, atinge mulheres que, diante de uma gravidez indesejada e não podendo pagar pelo procedimento médico adequado, tem como duas únicas opções levar a gravidez a termo ou abortar de maneira precária e gravemente atentatória à sua saúde física e mental - tendo restado claro que há um universo imenso de mulheres brasileiras que optam pela segunda opção.

Assim, trazidas as considerações de ordem estatísticas sobre a realidade do aborto no Brasil, em que se verificam recortes relacionados aos marcadores de desigualdade social e situação de vulnerabilidade, **resta a reflexão sobre a contradição entre os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna de 1988 e a criminalização da interrupção da gravidez, que se traduz em mais uma forma de violência de gênero e institucionalização da prática do racismo no corpo do Estado Brasileiro.**

D) DA JURISPRUDENCIA DESTA SUPREMA CORTE EM CASOS AFINS: ADPF 54 e ADIN 3510.

Em 2008, no julgamento da ADI n.º 3510/DF, esta e. Corte iniciou amplo debate, com a participação democrática de especialistas de diversas áreas, sobre a natureza jurídica de embriões e fetos, a extensão e o alcance da proteção constitucional da inviolabilidade da vida e a legislação aplicável aos diversos estágios de desenvolvimento celular e embrionário antes do parto.

Naqueles autos, a Procuradoria Geral da República pretendia a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei n.º 11.105/2005 que autoriza a pesquisa e terapia científicas em células-tronco obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, sob o argumento de que o sacrifício de embriões humanos feriria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Dentre os fundamentos utilizados pelo PGR para a declaração de inconstitucionalidade estava o de ser necessário que o Supremo definisse juridicamente o “*na, e partir da, concepção*” como o início da vida.

Assim, no intuito de analisar a constitucionalidade da norma atacada, esta Corte debruçou-se sobre dois questionamentos idênticos aos suscitados pela presente ADPF, quais sejam, o momento em que se inicia a vida humana, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada, e se as fases biológicas da vida pré-natal (notadamente, as de embrião e feto) possuem *status* de pessoa humana merecedora da especial proteção constitucional do Estado.

Durante o julgamento da ADI n.º 3510, evidenciou-se que o texto constitucional não elenca com precisão o termo inicial da vida e, muito menos, elege as etapas do desenvolvimento biológico antes do nascimento, como pessoa ou como bem jurídico autônomo. Nessa toada, vale destacar a ementa produzida a partir do acórdão lavrado naquela ADI:

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO.

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. **Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico**, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). **E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade**

(como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (grifos nossos)

O voto condutor do acórdão da ADI n.º 3510 sustentou que os direitos e garantias estabelecidos como fundamentais na Constituição Federal estão reservados ao indivíduo determinado e nascido, considerado como sendo pessoa humana, ou seja, aquela existente entre o nascimento com vida e a morte cerebral. As formas biológicas desenvolvidas antes do nascimento, por conseguinte, não devem ser definidas como pessoa. Tais etapas da vida intra-uterina recebem proteção apenas por parte da legislação ordinária, em condições e **limites** diferentes daquela dirigida pelo texto constitucional às pessoas, a quem é assegurada a inviolabilidade da vida, por exemplo.

Desse modo, a norma penal criminalizadora do aborto tutela – no dizer do relator Ministro Ayres Brito – *“o organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal”* e não a vida de uma pessoa. Fosse o contrário, se a norma penal tutelasse a vida, complementa o iminente Ministro, *“as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte”*

Acerca do silêncio do texto constitucional quanto ao marco a ser considerado como início da vida humana, esclarece o voto condutor da ADI 3510, que se trata de *“um mutismo hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual”*, uma vez que por ocasião da Assembleia Constituinte *“houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção”* mas que foi *“avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição”*.

A segunda oportunidade em que a Corte Suprema se debruçou sobre caso semelhante ao aqui debatido, foi ao apreciar a **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Neste *leading case*, a Corte julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Uma vez afastada a licitude da conduta, restou autorizado em todo território nacional a interrupção da gravidez na hipótese de acefalia do feto.

O teor da ementa revela, por si só, as razões de decidir:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Como se lê acima, dois pontos tiveram relevo nos debates travados nesta E. Corte. Em primeiro lugar, destaca-se a laicidade do Estado Brasileiro, que por não estar vinculado ou subordinado a qualquer culto ou denominação religiosa, deve julgar tão somente a partir de princípios de justiça e razões públicas. Na sequência, salta aos olhos a preocupação deste Tribunal na salvaguarda da liberdade sexual e dos direitos reprodutivos das mulheres, bem como seu direito à saúde, à dignidade e à autodeterminação.

Em seu voto condutor, o Nobre Ministro Marco Aurélio sublinha o caráter democrático do Estado laico, devendo a crença religiosa e espiritual ser praticada na esfera privada dos cidadãos. Cito:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor; de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não devem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

Sob os auspícios da Constituição ao Estado Brasileiro é vedado promover qualquer religião. Tal não implica que as diversas denominações religiosas sejam excluídas do debate jurídico democrático, ao contrário, este franqueia sua livre participação, no entanto, exige que mesmo os diversos credos, ao ingressarem na esfera pública estatal, pautem suas razões pelas razões públicas, ou seja, prescreve que "*os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença*", conclui o douto Ministro.

Na mesma linha a fala da Exa. Ministra Carmen Lucia:

A sociedade brasileiro conta com grupos contrários ao aborto e mesmo contra a interrupção da gravidez nos casos de feto comprovadamente portador de anomalia fetal. Não apenas a diferença de idéias e crenças é válida, aceitável e desejável numa democracia como respeitáveis todas as opiniões. Entretanto, a tomada de decisão jurídica há de se ater aos comandos normativos da Constitucional, máxime aos seus princípios, do qual é o primeiro o da dignidade humana.

A afirmação do Estado laico consta, igualmente, do voto do decano desta Corte, o Ministro Celso de Mello:

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Estado laico implica, pois, que as decisões sejam tomadas à luz do direito e dos princípios de Justiça, afastadas as paixões e aspirações religiosas. Eis um norte para o presente debate.

O presente caso, assim como a ADPF 54, exige dos Nobres Ministros uma acurada ponderação de valores e princípios constitucionais.

É entendimento assentado por esta E. Corte que todos os direitos fundamentais prescritos na Constituição têm igual *status*. O que exige o presente caso é, pois, a devida ponderação dos valores que visam salvaguardar cada um dos direitos em disputa.

A segunda linha de força da decisão tomada na ADPF 54 é a garantia ao direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade da mulher que, devidamente orientada, opta por interromper a gravidez.

Destacou-se a exaustão no julgado que aqui tomamos como paradigma o fato de se limitar a demanda a uma hipótese de aborto terapêutico, ou seja, abortamento de feto anencéfalo e sem viabilidade de vida extrauterina. Não obstante, a ponderação de valores cuidadosamente realizada por esta E. Corte permanece válida. Não é a vida um direito absoluto, assim como o feto não é pessoa, merecendo resguardo o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade da mulher.

Nesse ponto, retomamos o voto condutor ao destacar que saúde não é ausência de enfermidade, saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, como afirma o Ministro Relator, valendo-se do preâmbulo do ato de constituição da Organização Mundial da Saúde. Considerando a natureza das coisas e as descobertas da medicina, toda gravidez implica riscos para a mulher, que a depender de seu maior ou menor grau, pode ser sinônimo de saúde ou enfermidade da mulher gestante.

Quando a dor e o abatimento da mulher grávida se devem a gestação de feto anencéfalo esta Corte já ponderou, prevalece o direito à saúde da mulher, cabendo a ela, na sua liberdade, decidir pela interrupção ou não da gestação. Pode, contudo, parecer estranho pensar em gestação de feto sadio como uma “espécie de doença” que faz padecer o corpo e afoga em desespero a alma da mulher, mas é bem este o quadro da gravidez indesejada. Por que não se aplicariam, então, as mesmas razões de decidir? Digno de proteção maior é o direito à saúde e integridade física da mulher.

As ponderações do Ministro Marco Aurélio na ADPF 54 podem valer de igual forma para o presente caso:

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire[103]. Consignou Sua Excelência que:

[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação [104].

As exortações do Ministro Relator permanecem válidas aqui como acolá:

O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”[105]. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres.

Em defesa dos direitos à saúde, à liberdade e à autodeterminação da mulher, a Ministra Carmem Lucia pontua as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro:

O Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência mundial sobre as mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz) e, aa ocasião, comprometeu-se a garantir o respeito aos direitos humanos das mulheres. Subscreveu, ainda: a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; comprometendo-se a assegurar a assistência à saúde das mulheres; b) as Convenções Internacionais que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir; punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher; garantindo especialmente assistência à sua saúde (Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará).

A assinatura de todos esses acordos desdobram-se para garantir, de forma eficaz, o direito da mulher fazer escolhas que a levem ao caminho da saúde, não o do sofrimento.

Mais se poderia destacar desse caso emblemático. Não obstante, ao se analisar o julgado da ADPF 54 o que se pretende, em apertada síntese, é mostrar como esta E. Corte caminha em seu entendimento para ampliar a proteção aos direitos reprodutivos e à liberdade e autodeterminação da mulher.

E) DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem admitido casos que envolvem a proteção aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, de forma a assegurar a sua proteção.

No caso B. vs. República de El Salvador, a Comissão submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso de B., mulher de 22 anos de idade, que sofria de lúpus eritematoso discoide agravado com nefrite lúpica, sendo que o feto era anencefálico. Havia recomendação médica para realização do procedimento de aborto, já que havia grande probabilidade de morte materna.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou medidas cautelares de forma a garantir a vida, integridade pessoal e saúde da mulher, e dentre outros fatores, apontou como principal obstáculo ao acesso a tratamento médico pela Senhora B. a criminalização absoluta do aborto pelo Estado.

Ao final concluiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que:

“17. Por todo lo anterior, la Corte Interamericana considera que se han dado todos los requisitos para adoptar las medidas provisionales a favor de la señora B. en el presente asunto. Por tanto, la Corte dispone que el Estado adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el personal médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia, las medidas médicas que consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. Al respecto, el Estado deberá adoptar las providencias necesarias para que la señora B. sea atendida por médicos de su elección²⁵.”²⁰

Dessa maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou ao Estado de El Salvador, dentre outros, que adotasse todas as medidas necessárias e efetivas para que a Senhora B. pudesse optar, sem qualquer interferência, pelas medidas necessárias para evitar danos a sua integridade

pessoal e a sua saúde, uma vez que tais direitos estão consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.

Por sua vez, no caso Ana Victoria Sanchez Villalobos e outros vs. Costa Rica (Informe n 25/04, petição 12.361), acerca de fertilização *in vitro*, observou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

“A Comissão observa que as alegações do peticionário, em relação aos direitos das pessoas denominadas como vítimas, referem-se principalmente aos artigos 1, 2, 11, 17 e 24 da Convenção Americana. Em particular, o artigo 17(2) da Convenção estabelece que: “[s]e reconhece o direito do homem e da mulher de contrair matrimônio e fundar uma família, se têm idade e as condições requeridas para isso de acordo com as leis internas, à medida que estas não afetem o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.

Avanços no direito internacional que retroagem à Conferência de Teerã, ao Programa de Ação do Cairo, e à Plataforma de Ação de Pequim reconheceram o direito dos casais e dos indivíduos: de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e a diferença de idade entre cada um deles, e de regular a informação, a educação e os meios necessários para isso, bem como o direito de alcançar os mais altos níveis de saúde sexual e reprodutiva. Também se inclui o direito a adotar todas as decisões relativas à procriação, sem discriminação, coerção, nem violência, de acordo com o estabelecido nos instrumentos de direitos humanos” (Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994). [21].

Destarte, há uma tendência de que a Corte reconheça, no caso, a relatividade do direito à vida, de forma a garantir a liberdade sexual e reprodutiva da mulher, bem como efetivar o princípio da não discriminação.

Embora se discuta fertilização *in vitro*, é possível observar que a preocupação da Corte com a garantia dos direitos à saúde, à integridade física e mental da mulher, além de garantir sua liberdade reprodutiva e sexual, em especial que os mesmos não sejam violados de forma discriminatória pelo Estado por razões de gênero.

F) DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

A inicial da ADPF 442 aponta como violados por referido ato normativo os seguintes preceitos fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF); a cidadania (art. 1º, inciso II, CF); o princípio da não discriminação (art. 3º, inciso IV); ao direito à saúde da mulher (art. 6º), à integridade física e psicológica, bem como a proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade e à segurança das mulheres (art. 5º, caput, CF), ao direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º, CF). Ademais, aponta a violação a preceitos fundamentais previstos em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma da Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013), a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

Os tipos penais previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal visam a proteger o bem jurídico da vida humana intrauterina. Assim, cabe indagar se a criminalização do aborto nas 12 primeiras semanas atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que restringe outros direitos fundamentais de titularidade das mulheres, em especial a saúde, a liberdade, a vida, igualdade, a proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante, dentre outros e não cumpre a finalidade de prevenção geral, conforme acima já dito.

Com relação ao teste de adequação, para a aplicação do princípio da proporcionalidade, é preciso indagar, segundo Virgílio Afonso da Silva, se a medida tem por objetivo fomentar um fim constitucionalmente legítimo ou um direito fundamental. [22]

Com relação à tutela da vida intrauterina, a adequação da medida revela-se duvidosa, quando se realiza a análise dos dados estatísticos acima apresentados. Assim como, conforme já argumentado anteriormente, a criminalização não possui a eficácia no plano fático de inibir a realização da prática.

Consoante expõe Flávia Biroli:

A criminalização não significa que as mulheres não recorram ao aborto voluntário, nem reduz esse recurso. Estima-se que, entre 2010 e 2014, foram realizados no mundo 56 milhões de abortos por ano, o que representa uma taxa de 35 abortos para cada mil mulheres entre 14 e 44 anos. O número de abortos é, no entanto, inversamente proporcional à descriminalização: 88% dos casos de aborto nesse período deram-se em países em desenvolvimento. Nos países ricos, o número de casos caiu dezenove pontos percentuais em relação aos dados da década anterior; enquanto as taxas de abortamento voluntário se mantiveram estáveis nos países mais pobres, proporcionais ao crescimento populacional. A redução ocorreu justamente no conjunto de países em que há maior presença de legislação amplamente permissiva e de avanços nas políticas para a garantia do acesso a anticoncepcionais, educação sexual e saúde reprodutiva para as mulheres. Outro dado importante é que 73% dos abortos foram realizados por mulheres casadas". [23].

Deve-se destacar, ainda, recente decisão do C. Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões

graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

(HC 124306, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017)

De acordo com o Exmo. Ministro Barroso, em seu voto:

“Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a 13 criminalização protege a vida do feto¹⁵. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal¹⁶. Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos¹⁷. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres¹⁸. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014¹⁹

36. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento²⁰. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido²¹. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização²².

(...)

47. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno³³. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu

âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

48. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP”

Dessa maneira, a criminalização do aborto não chega a ultrapassar o teste da adequação. Não obstante, por amor ao debate, prosseguiremos na análise do atendimento aos requisitos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Com relação à necessidade, ensina Suzana de Toledo Barros:

“O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.. (...)

Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o princípio da proporcionalidade, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado – meio mais idôneo. Segue-se não se poder formar um juízo de exigência de providência legislativa restritiva, se não se recorrer a ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido “[24].

Em Portugal, por exemplo, país em que é legalizada a interrupção voluntária da gravidez, houve uma diminuição do número de abortos ano a ano.^[25] Dessa maneira, a interrupção voluntária da gravidez, em Portugal, se revelou medida mais eficiente, seja em relação à proteção da vida intra-uterina, seja no tocante ao respeito aos direitos à liberdade, à igualdade e à vida e à saúde das mulheres, dentre outros

Assim, não existe uma relação necessária entre a redução de abortos e sua criminalização, existindo outras políticas públicas que podem ser até mais eficazes, mas sem ofensa aos direitos das mulheres.

Por outro lado, há estudos que indicam que a legalização da interrupção voluntária da gravidez reduz o número de mortes, em especial em países em desenvolvimento:

Globalmente, mais de 25 milhões de abortos inseguros (45% de todos os abortos realizados) ocorreram anualmente entre 2010 e 2014, de acordo com novo estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Instituto Guttmacher publicado na quarta-feira (28) na revista The Lancet. A maioria dos abortos inseguros, ou 97% do total, ocorreram em países em desenvolvimento de África, Ásia e América Latina.

“Crescentes esforços são necessários, especialmente nas regiões em desenvolvimento, para garantir acesso à contracepção e ao aborto seguro”, disse Bela Ganatra, pesquisadora que liderou o estudo e que também é cientista do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa da OMS.

“Quando mulheres e meninas não podem acessar serviços eficientes de contracepção e aborto seguro, há sérias consequências para sua própria saúde e de suas famílias. Isso não deve acontecer. Mas apesar dos

recentes avanços em tecnologia e evidências, muitos abortos inseguros ainda ocorrem, e muitas mulheres continuam a sofrer e a morrer.”[\[26\]](#)

Dessa maneira, verifica-se que a criminalização do aborto não ultrapassa os testes de adequação e de necessidade.

No que tange, ainda, à proporcionalidade em sentido estrito, leciona Suzana de Toledo Barros:

“Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.

Isto quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, sem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.”[\[27\]](#)

Dessa maneira, há restrição a diversos direitos fundamentais das mulheres, sendo a medida de eficiência questionável, ao se considerar outras políticas públicas existentes em outros países, medida restritiva essas que gera, comprovadamente, alta mortalidade materna, não se revelando a restrição proporcional em sentido estrito.

Conforme exposto na Pesquisa Nacional de Aborto 2016:[\[28\]](#)

“Contrário aos estereótipos, a mulher que aborta é uma mulher comum. O aborto é frequente na juventude, mas também ocorre com muita frequência entre adultas jovens. Essas mulheres já são ou se tornarão mães, esposas e trabalhadoras em todas as regiões do Brasil, todas as classes sociais, todos os grupos raciais, todos os níveis educacionais e pertencerão a todas as grandes religiões do país. Isto não quer dizer, porém, que o aborto ocorra de forma homogênea em todos os grupos sociais. Há diferenças que merecem atenção de análises adicionais, em particular as maiores taxas entre mulheres de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas, além das expressivas diferenças regionais.”

Dessa maneira, e ainda considerando a atual realidade do nosso sistema carcerário, registre-se que o Brasil já foi condenado pela OEA pela morte de pessoas em prisões e tem sido cobrado por medidas que melhorem o sistema, a opção em incluir todas essas mulheres nas prisões é um contra senso.

Além disso, deve-se novamente ponderar sobre o índice elevado mortalidade materna, bem como realização de abortos sem condições de segurança como um fenômeno social que ocasiona danos físicos e psíquicos, equivalentes a submissão a prática de tortura, quando estas não recebem o acolhimento e atendimento adequado na rede pública de saúde, eis que além de haver demora no atendimento, as mulheres são submetidas a toda sorte de julgamentos morais e repressões por parte de alguns profissionais de saúde que não foram devidamente treinados para lidar com este tipo de situação.

CONCLUSÃO

Do exposto se observa que essa Insigne Corte já se tem mostrado sensível à premência de atualização da interpretação normativa, à luz nos cânones constitucionais atuais, notadamente no tocante ao tratamento equânime e isonômico entre os gêneros. Refuta-se, com isso, reificação residual da mulher, que marcou a previsão infraconstitucional questionada, fruto de um contexto social então vigente, cuja formulação e interpretação datam da primeira metade do século passado, já não condizendo com os preceitos fundamentais constitucionalmente albergados.

Assim, a Defensoria Pública da União, por intermédio de seu Grupo de Trabalho Mulheres, requer a recepção dos presentes memoriais com contribuições argumentativas para o julgamento, bem como a procedência do pedido inserto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, para o fim de que este e. Supremo Tribunal Federal declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, nos termos da petição inicial, descriminalizando a interrupção voluntária da gravidez, realizada nas 12 primeiras semanas de gestação.

Brasília, 06 de julho de 2018

CHARLENE DA SILVA BORGES
Coordenadora e representante da região Nordeste

ANA LÚCIA MARCONDES FARIA DE OLIVEIRA
Representante da região Norte

DANIELE DE SOUZA OSÓRIO
Representante da região Centro-Oeste

MARIA CECILIA LESSA DA ROCHA
Representante da região Sudeste

MARIANA DOERING ZAMPROGNA
Representante da região Sul

[1] III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça: Brasília, 2009. Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 11 de novembro de 2009.

[2] Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In. *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448/2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 46-47.

[3] LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. Salvador: *Juspodivm*, 2010, p. 234.

[4] “Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância” (STJ, 3. T, REsp 635.807/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.06.2005, p. 277.

(1) Mendes, Soraia. In *Criminologia Feminista, novos paradigmas*. 2017. 2ª edição. Editora Saraiva.

- [2] FERRAJOLI, Lujji. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. Madrid. Trotta,2010.
- [3] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos*. 2006. Disponível em: . Acesso em: 28/06/2018.
- [4] In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos*. 2006. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/56231695/Flavia-Piovesan-Direitos-Humanos>
- [5] LINHARES, Leila. *As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário*. In: **Seminário “Direitos Humanos: Rumo a uma jurisprudência da igualdade”**, Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1998.
- [6] [6] . *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- [7] SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongivani. *Gênero, patriarcado, violência* – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. – (Coleção Brasil Urgente)
- [8] SAFFIOTI, Heleieth I.B. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Cadernos Pagu.2001.pp 115.
- [9] ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- [10] ZAFFARONI, Eugênio Raul . *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- [11] BRASIL, IBGE. *Pesquisa nacional de saúde:2013:Ciclos de Vida: Brasil e grandes regiões /IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento*. - Rio de Janeiro : IBGE, 2015, Introdução. Disponível na internet em : <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>
- [12] DINIZ, Débora e MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol. 15, supl.1, junho de 2010, pág. 961
- [13] BRASIL,Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Política nacional de atenção integrada a saúde da mulher: Princípios e diretrizes*, Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 31.
- [14] HARDY, Ellen e ALVES, Graciana. *Complicações pós-aborto provocado: fatores associados*. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 8, n.4, out/dez, 1992.
- [15] BRASIL,Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Política nacional de atenção integrada a saúde da mulher: Princípios e diretrizes*, Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 31.
- [16] MACIEL, Edgar. *33 Mulheres Foram Presas por Aborto em 2014*. Revista Exame. Publicada na internet em 22 de dezembro de 2014, de autoria de Edgar Maciel. Disponível Em:<https://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>
- [17] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.17, p.52-75, jul./set.2007.
- [18] Segundo censo do IBGE de 2014
- [19] SILVEIRA, Paloma; MCCALLUM, Cecilia; MENEZES, Greice. *Experiências de abortos provocados em clínicas privadas no Nordeste brasileiro*. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 32, n. 2, março, 2016.
- [20] Asunto B., *Medidas Provisionales respecto El Salvador, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de Mayo de 2013*.
- [21] (*apud Tamara Amoroso Gonçalves, Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Derechos Humanos, São Paulo, 2013, Saraiva, p. 223-4*,

[22] DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ªed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 169-170.

[23] SEDGH, Gilda et al., “Abortion Incidence Between 1990 and 2014: Global, Regional, and Sub-Regional Levels and Trends”, *Lancet*, v. 388, n. 10.041, 2016, p.258-67 apud Flavia Biroli, “*Gênero e Desigualdades: limites da democracia no Brasil*, São Paulo: Boitempo, 2018, p. 154

[24] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*.3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.81

[25] “A cerca de um mês de acabar a sua carreira de 44 anos na administração pública, Francisco George fez uma retrospectiva de alguns dos casos de sucesso na saúde pública, nos quais inclui a interrupção voluntária da gravidez (IVG)./ “A IVG foi um sucesso, um grande sucesso. Ao longo destes anos analisámos os registos e percebemos que, todos os anos, há menos interrupções do que no ano anterior. [O número] tem descido e essa descida é acentuada. Temos menos 15% de interrupções do que quando começámos e 15% é importante”, resumiu o director-geral da Saúde em entrevista à agência Lusa./ Em 2007, um referendo nacional veio permitir que as mulheres em Portugal passassem a poder interromper uma gravidez até às 10 semanas, num estabelecimento de saúde reconhecido e com capacidade para tal. Antes disso, o aborto era penalizado e criminalizado.” Portugal é país europeu com menos abortos, lei foi “um sucesso”, diz Francisco George. Disponível on-line in: [https://www.publico.pt/2017/09/14/sociedade/noticia/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso-diz-francisco-george-1785386#]. Acesso em: 05 jul. 2018.

[26] OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível on-line in: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. Acesso em: 05 jul 2018

[27] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*.3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.85

[28] DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(2):653-660, 2017. Disponível online in <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em> 05 jul. 2018



Documento assinado eletronicamente por **Charlene da Silva Borges, Coordenador(a)**, em 06/07/2018, às 12:08, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Ana Lúcia Marcondes Faria de Oliveira, Coordenador(a)**, em 06/07/2018, às 12:23, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Daniele de Souza Osório, Coordenador(a)**, em 06/07/2018, às 12:29, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Maria Cecília Lessa da Rocha, Coordenador(a)**, em 06/07/2018, às 12:59, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

Documento assinado eletronicamente por **Mariana Doering Zamprogna, Coordenador(a)**, em 06/07/2018, às 14:29, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site
http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html informando o código verificador **2479005** e o código CRC **814A072E**.