



**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA RELATORA, ROSA WEBER –  
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**ADPF Nº 442 - MEMORIAIS**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, instituição pública estadual, nos autos da ação constitucional acima identificada, em cumprimento a r. decisão de fls., vem apresentar **MEMORIAIS** escritos de sua exposição na Audiência Pública convocada para os dias 03 e 06 de agosto de 2018.

Para fins de sistematização, a Requerente vem informar que a exposição se dividirá em três tópicos conforme exposto em sequência:

**A) CONTEXTUALIZAÇÃO. QUEM É ALVO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA DO ABORTO NO BRASIL? QUAIS SÃO AS CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO NA VIDA DOS DIFERENTES GRUPOS DE MULHERES BRASILEIRAS?**

No **Relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do RJ**, foram analisados, no âmbito do Tribunal de Justiça do RJ, os processos criminais distribuídos entre 2005 e 2017 pela prática dos tipos dos arts. 124 e 126 do Código Penal. No estudo, identificaram-se quatro grupos de casos em que ocorreu a criminalização secundária do aborto.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Segundo a metodologia constante do relatório anexo a esta petição, o Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro



Através dos dados colhidos sobre o perfil das pessoas criminalizadas, verificou-se que, na maioria dos casos as Rés possuem cor e renda definidas, tratando-se em grande parte, de mulheres em situação de vulnerabilidade, negras e pobres, como veremos a seguir.

Tomando por base o Grupo 1, que explorou o conjunto de 20 mulheres processadas pela conduta de provocar o aborto em si mesma (art. 124, CP), constatou-se que 12 delas, isto é, **60% eram negras (pretas ou pardas)**.<sup>2</sup>

Além disso, as mulheres acusadas da prática do art. 124 do CP, possuem ocupações que, em sua maioria, evidenciam sua **situação de pobreza** (garota de programa, salgadeira, faxineira, auxiliar de cozinha, manicure etc.), residem em **áreas periféricas** de suas cidades (favelas na capital, como as comunidades Pavão-Pavãozinho e Ladeira dos Tabajaras, ou outras áreas empobrecidas, como os Municípios de Japeri e Duque de Caxias, na baixada fluminense, e a localidade do Porto do Carro em Cabo Frio, região dos Lagos) **e 13 delas, o que representa 65%, informaram já possuírem filhos.**

Apurou-se, ainda, que 12 dentre as 15 mulheres em que havia informação do tempo gestacional à época da interrupção **indicaram gestação superior a três meses** (estágio mais avançado de gravidez), o que representa **83,3% dos casos** em que havia a informação.

Das 20 mulheres que integram o Grupo 1, 15, ou seja, **75% são assistidas pela Defensoria Pública nos processos criminais.**

Já no tocante ao Grupo 3, que analisou os processos deflagrados em virtude de investigação policial das clínicas clandestinas de aborto, foram identificadas como Rés 22 mulheres que estavam nas clínicas realizando ou haviam acabado de realizar o procedimento, quando da chegada da polícia.

---

entregou uma planilha, que fora extraída do seu sistema em 29/08/2017, com todos os processos com os assuntos: aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126 do CP); aborto qualificado (art. 127 do CP); e aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124 do CP).

<sup>2</sup> De acordo com o IBGE, considera-se que a população negra brasileira é composta pelo somatório dos indivíduos que se autodeclararam pretos ou pardos. Veja-se mais em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>, acesso aos 12/11/2017, às 18h10min.



Aqui, constatou-se a prevalência de **Rés da cor branca: em 53% dos casos** e, ainda, verificou-se que, **em todos os casos em que se tinha essa informação, a gestação era inferior a 12 semanas.**

Também no Grupo 3, identificou a pesquisa um **índice de escolaridade superior** ao grupo de mulheres que optou por métodos caseiros de interrupção da gestação. Enquanto, no primeiro grupo, apenas 22% das mulheres havia cursado até o 2.º grau; aqui, o percentual encontrado foi de 75%.

Da mesma forma, as regiões de moradia e profissões das Rés indicaram que no grupo de mulheres flagradas em clínicas clandestinas de aborto não experienciavam uma situação de pobreza tão drástica quanto as do grupo 1. Outrossim, no Grupo 3 apenas 40% das mulheres eram assistidas pela Defensoria Pública nos processos criminais.

Os processos resultantes de flagrantes em clínicas de aborto tramitaram, em sua maioria, na capital, e foram precedidos **de investigação policial mais aprofundada.**

O relatório, ainda, verificou que, segundo as declarações colhidas nos processos criminais, **o custo do aborto realizado em clínicas varia entre R\$ 600,00 e R\$ 4.500,00.** É fato notório que, até mesmo em hospitais particulares de grande porte, é possível contato com profissionais que atuam em clínicas de aborto. No entanto, é preciso ter recursos para custear um procedimento clandestino de aborto, haja vista que a não fiscalização e regulamentação da prática deixa aberto os valores do procedimento. Cada um cobra o que quer e pague quem puder.<sup>3</sup>

Tais informações permitem formular algumas conclusões relevantes para responder às perguntas sobre **quem é alvo da norma penal incriminadora do aborto no Brasil e quais são as consequências da criminalização na vida das mulheres:**

i) **mulheres em situação de pobreza, em sua maioria negras (60%),** que não têm condições financeiras de arcar com o pagamento por um

---

<sup>3</sup> BERTH, Joice. *Mortes por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/>, acesso aos 05/10/2017.



procedimento médico clandestino de interrupção da gravidez e optam por métodos caseiros, como o uso de chás abortivos e a autoadministração de medicamentos, que apresentam riscos mais elevados à saúde e resultam, frequentemente, **na necessidade de atendimentos de emergência na rede de saúde, por conta do sofrimento físico provocado pelo processo de abortamento;**

ii) as mulheres em **situação de pobreza, em sua maioria negras (60%) e menos instruídas (22% não concluíram o segundo grau)**, por conta do medo de serem descobertas e da ausência de informação ou de condições seguras para interromper a gestação, demoram mais a tomar a decisão e acabam por realizar o processo em estágio de gravidez avançado (a grande maioria com tempo gestacional superior a 12 semanas), o que faz com que **sofram de maneira mais drástica os efeitos físicos do procedimento e corram maior risco de morte;**

iii) a falta de uma estrutura adequada no sistema público de saúde para atendimento da demanda de interrupção voluntária da gravidez **coloca em grave risco a vida de todas as mulheres**, pois mesmo as que são mais instruídas, possuem recursos financeiros para realizar o procedimento assistidas por médicos em clínicas clandestinas e podem tomar a decisão num estágio mais inicial da gestação também enfrentam uma situação de extrema vulnerabilidade, pois muitas vezes devem comparecer às clínicas desacompanhadas e sem telefone celular, lhes é sonogada informação e correm o risco de ser flagradas por policiais que investigam estes estabelecimentos.

Os dados indicados, sobretudo as características de cor e renda das mulheres criminalizadas, não constituem uma singularidade do Estado do Rio de Janeiro.

Isso porque os padrões identificados convergem com as estatísticas da **Pesquisa Nacional de Aborto** (UnB) que, em sua segunda edição (2016), confirmou como padrão taxas maiores: entre mulheres com escolaridade até quarta série/quinto ano (22%) do que com nível superior frequentado (11%); entre mulheres com renda familiar total mais baixa (até 1 salário-mínimo – S.M., 16%) do que mais alta (mais de 5 S.M., 8%); entre amarelas, pretas, pardas e



indígenas (de 13% a 25%) do que entre brancas (9%).<sup>4</sup> Percebe-se, também aqui, que o padrão perfil das mulheres que realiza o aborto é composto, em sua maioria, por mulheres de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas, além das expressivas diferenças regionais.

No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil<sup>5</sup>, na qual foram analisados oito processos de aborto da comarca do Rio de Janeiro (capital) entre 2007 e 2010, ocasião em que se concluiu que a maioria das mulheres não estava trabalhando ou auferia módica contraprestação, em geral na informalidade. Uma das mulheres era prostituta. Todas residiam em regiões periféricas: favela, bairro pobre ou subúrbio. Nenhuma, na zona sul do Município do Rio de Janeiro.

Da mesma forma, as tendências apontadas no relatório da Defensoria Pública se mostram compatíveis com os levantamentos de mortalidade materna no Brasil<sup>6</sup>, que apontam ser o aborto a quarta causa mais comum (atrás da hipertensão, hemorragia e infecção puerperal). Dados apresentados pela Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres da Presidência da República indicam, ainda, um crescimento da mortalidade de mulheres negras, ao passo que houve redução nas mortes de mulheres brancas entre 2000 e 2012.

Por aborto, a morte de mulheres brancas caiu de 39 para 15 por 100 mil partos. Entre negras, aumentou de 34 para 51.

Neste sentido, segue relato:

“que a declarante, por muitas vezes, aconselhou sua irmã, pedindo para que ela não fizesse isso (aborto), porém ela estava desesperada e com muito medo de ter a criança, pois já era mãe de quatro filhos e um deles tem paralisia cerebral e, além disso, seu companheiro era muito irresponsável (...); que sua irmã estava de saída, relatando que iria na casa de uma mulher chamada Célia a fim

<sup>4</sup> Pesquisa na íntegra disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>, acesso aos 12/11/2017, às 12h58min.

<sup>5</sup> UERJ; IPAS Brasil. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade; Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>. Acesso em 05/10/2017.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/489786-MORTALIDADE-MATERNA-ENTRE-NEGRAS-AUMENTOU-NO-BRASIL.html>. Acesso em 12/11/2017.



de fazer o aborto (...); que, por volta de 10h, a declarante recebeu um telefonema de sua irmã e esta estava no PAM Meriti passando muito mal (...); que não viu mais sua irmã, tendo a mesma falecido no dia seguinte, pela manhã". (J.F.G., irmã de mulher negra que fez aborto, São João de Meriti/RJ).<sup>7</sup>

Logo, a partir de todos esses dados estatísticos, verifica-se que a criminalização do aborto promove a sua parcela de contribuição para perpetuar a discriminação da mulher pobre e negra presente na nossa cultura, sem que haja, contudo, qualquer proporcionalidade nessa medida.

## **B) VULNERABILIDADES INTERSECCIONAIS DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL**

Considerando o Relatório da Diretoria de Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública, impõe-se a necessidade de um olhar interseccional para os sujeitos atingidos pela norma incriminadora aqui questionada.

Tradicionalmente, a agenda feminista trata da questão do aborto do ponto de vista da autonomia sobre o próprio corpo e da maternidade voluntária. Situado, assim, no campo da escolha individual, o direito ao aborto postulado na luta feminista clássica se dá sob uma perspectiva de controle sobre a própria reprodução, que proporciona, ao fim e ao cabo, o controle das mulheres sobre o próprio corpo e vida.

Entretanto, os relatos concretos colhidos dos processos criminais em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não deixam dúvidas de que, para certos grupos de mulheres, tais como as mulheres negras que habitam as favelas fluminenses e outras áreas periféricas, trabalhadoras que ocupam a base da pirâmide econômico-social, com baixo grau de instrução e assistidas pela Defensoria Pública nos processos em que foram criminalizadas pela prática do aborto, o que está em jogo aqui é o direito à própria vida.

---

<sup>7</sup> Serão trazidos trechos de declarações constantes nos autos dos processos analisados quando da pesquisa elaborada pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, cujo relatório encontra-se nos autos, anexado ao pedido de ingresso na qualidade de *amicus curiae*.



Isso porque o segmento populacional das mulheres negras está inserido numa situação de desigualdade estrutural em que confluem inúmeros fatores (classe social, gênero, raça, área urbana em que habitam, baixo grau de instrução etc.) que as sujeita a uma verdadeira situação de discriminação interseccional. Consequentemente, a proibição penal da prática do aborto as atinge de forma específica e articula múltiplos níveis de subordinação em que estão inseridas, o que potencializa o risco à vida e a violação de todos os demais direitos fundamentais em jogo, conforme se verifica no relato a seguir:

“Que a declarante passou a tentar abortar; que passou a tomar diversos chás caseiros, e a apertar a barriga utilizando uma cinta, bem como se flagelar, dando socos na barriga; que passou a parar de se alimentar, passando a ingerir grandes quantidades de bebida alcoólica; (...) que passou a ingerir também grande quantidade do medicamento ‘dipirona’, além dos chás com ervas e bebida alcoólica, ocasião em que começou a se sentir mal” (E.S.S., casada, negra, do lar, 33 anos quando do procedimento, Carmo/RJ).

Se, por um lado, para a mulher branca, de classe social privilegiada, dotada de instrução, a decisão de interrupção da gestação pode ser tomada com um grau relativo de proteção, por meio do pagamento de um procedimento com assistência médica no estágio inicial da gravidez, para a mulher negra o direito de escolha é asfixiado por sua condição social, que a empurra para o uso de métodos caseiros, em estágio avançado de gravidez, com elevado risco de morte e frequente necessidade de internação hospitalar para socorro emergencial.

Assim, existe uma afronta direta das normas penais cuja constitucionalidade é aqui debatida ao próprio princípio constitucional da igualdade como não discriminação (art. 3.º, inciso IV), uma vez que existe, na realidade da prática de abortos no Brasil, uma flagrante situação de discriminação interseccional, que expõe de maneira mais aguda as mulheres negras à morte e às consequências do procedimento de aborto desassistido.

Para nos valermos das ideias de uma pensadora brasileira, podemos citar o trabalho da pesquisadora Ana Luiza Pinheiro Flauzina (UFBA), que discorre sobre a interação das opressões de raça e gênero como uma marca do processo histórico de formação da sociedade brasileira:



A herança brutal do processo de colonização nas Américas criou a um só tempo modelos de **hierarquia racial e gênero** que têm sido perpetuadas na mediação das violências na direção dos diferentes corpos, em especial no que tange às investidas do sistema de justiça criminal<sup>8</sup>. (Grifamos.)

Já nas palavras da Professora de Direito da UCLA e da Universidade de Columbia nos Estados Unidos da América, Kimberlé Crenshaw – notabilizada por forjar o conceito de interseccionalidade –, seria necessário:

Reconhecer que os direitos contra a discriminação interseccional já existem. Quando somos protegidas **contra a discriminação racial**, somos protegidas contra todas as formas de discriminação racial, não apenas contra as que ocorrem para os homens. E quando somos protegidas da discriminação de gênero, somos protegidas de todas as formas de **discriminação de gênero** e não apenas das formas que afetam as mulheres da elite que estão protegidas das formas que ocorrem com as mulheres pobres e negras<sup>9</sup>. (Grifamos.)

Nessa esteira, a cláusula de proteção contra discriminação racial, presente no texto constitucional (arts. 3.o, IV, e 5.o, ambos da CRFB/88), assim como na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto n.º 65.810/1969) e na Convenção Americana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de Intolerância, também protege as mulheres negras brasileiras contra a criminalização desproporcional por elas sofrida em razão da norma incriminadora do aborto e fundamentam a declaração de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do CP.

### **C) O IMPACTO DESPROPORCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

A criminalização do aborto tem seu impacto desproporcional ao exhibir como **alvo preferencial** mulheres negras e em situação de pobreza, presas fáceis das agências penais. E esse mesmo grupo vulnerável de mulheres está mais sujeito às graves lesões e à morte em decorrência do aborto, considerando sua menor capacidade de **tomar uma decisão rápida** ou de **contar com**

---

<sup>8</sup> FLAUZINA, A. FREITAS, F. VIEIRA, H. e PIRES, T. *Discursos Negros. Legislação, política criminal e racismo*. Ed. Brado Negro, Brasília: 2015, p. 142.

<sup>9</sup> CRENSHAW, K. *A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero*, p. 15. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>





**assistência médica (ainda que clandestina)** para o procedimento. Neste sentido, segue relato demonstrando a consequência da falta de assistência médica adequada:

“que é mãe solteira de dois filhos, L. (13 anos) e L. (7 anos) (...); que, em razão de muitos enjoos e vômitos, seu pai ficou desconfiado da gravidez e disse para a declarante que, caso estivesse grávida, a colocaria para fora de casa (...); que, em contato com a rede social, encomendou 04 comprimidos de um remédio chamado Citotec (...); que recebeu os comprimidos em sua casa, via correio (...); que começou a sentir muitas dores; que ficou contorcendo-se de dor e teve um início de hemorragia no início da noite”. (E.P.M., solteira, parda, auxiliar de cozinha, 33 anos quando do procedimento, Cabo Frio/RJ).

Nos atendimentos emergenciais prestados àquelas que não suportam os efeitos físicos do procedimento de aborto à margem da assistência médica legal, é comum que as mulheres estejam sujeitas a um novo ciclo de discriminação no Sistema Único de Saúde e deixem de ter atendimento adequado com base em ideias pré-concebidas sobre seu comportamento sexual e reprodutivo<sup>10</sup>. São, portanto, revitimizadas a partir do racismo e sexismo institucionais, a despeito de existir norma técnica do Ministério da Saúde do Governo Federal impondo atenção de qualidade e humanizada às mulheres em situação de abortamento por meio do acolhimento e orientação<sup>11</sup>.

Como se não bastasse o fato de serem colocadas à mercê da própria sorte no que toca à sua vida e integridade psicofísica, frequentes são casos em que – justamente nos locais onde buscam apoio – são **denunciadas por médicos e enfermeiros que as atendem**. São disponibilizados prontuários sem qualquer autorização judicial prévia, em absoluto desrespeito aos direitos humanos, ao Código de Ética Médica e à Constituição da República.

Tornam-se, pois, presas fáceis do sistema penal, reforçando e institucionalizando a seletividade que já existe sobre este.

Tal conclusão é corroborada pelas estatísticas. No recente estudo elaborado pela Defensoria Pública, depois da investigação policial (52,3%), a

---

<sup>10</sup> VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

<sup>11</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf)>. Acesso em 27/10/2017.



denúncia do hospital / posto médico é a que mais dá ensejo ao conhecimento, por parte de autoridades, da prática do aborto, compreendendo 30,9% do total.

No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil<sup>12</sup>, na qual foram analisados oito processos de aborto da comarca do Rio de Janeiro (capital) entre 2007 e 2010, ocasião em que se concluiu que “a principal forma de entrada no sistema de justiça criminal é pelo sistema público de saúde”.

Em mais de um caso, **a mulher foi algemada à maca** e, enquanto ainda estava se convalescendo após a hemorragia causada pelo processo abortivo, o inquérito já estava em curso. Analisou-se, também, caso em que a mulher, incapaz de quitar a fiança arbitrada, permaneceu ali detida por longos 03 (três) meses – presa à maca de um hospital público – até que a Defensoria Pública lograsse êxito em obter a revogação da prisão preventiva.

Com efeito, a partir de todos esses dados estatísticos, verifica-se que o sistema punitivo revela claro recorte socioeconômico e racial.

Logo, a criminalização promove a sua parcela de contribuição para **perpetuar a discriminação de grupos de mulheres já em situação de vulnerabilidade** (seja em função da pobreza, da raça, da desigualdade socioespacial, etc.).

Aí está localizado o **impacto desproporcional** dos tipos penais incriminadores que, apesar de exibirem conteúdo aparentemente neutro, **produzem na realidade uma discriminação indireta** contra grupos de mulheres mais suscetíveis ao controle penal e mais fragilizadas quanto à dificuldade de acesso à assistência médica (ainda que clandestina).

Segundo Joaquim Barbosa, a teoria do impacto desproporcional<sup>13</sup> consiste na ideia de que:

---

<sup>12</sup> UERJ; IPAS Brasil. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade; Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>. Acesso em 05/10/2017.

<sup>13</sup> A doutrina atribui o surgimento da teoria à Suprema Corte norte-americana, que, no caso *Griggs v. Duke Power Co.* A teoria também já foi abraçada por este Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 1.946/DF, instrumento por meio do qual se discutia a (in)constitucionalidade do artigo 14 da emenda constitucional n.º 20/1988.



(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional de igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas<sup>14</sup>.

Verificada a discriminação indireta *prima facie*, afirma a doutrina de Wallace Corbo que “*caberá à contraparte, por sua vez, [1] demonstrar o equívoco nas provas estatísticas colacionadas ou [2] sustentar a existência de relação lógica entre a prática ou o critério adotado e o objetivo a ser almejado*”<sup>15</sup>.

No que tange, especificamente, ao **primeiro elemento**, a jurisprudência internacional vem entendendo que, caso se verifique que determinada medida causa efeitos adversos sobre grupos marginalizados, há uma **presunção de discriminação prima facie em favor dos mesmos**.

Assim, o ônus da prova de que não há qualquer violação ao princípio da igualdade caberá a quem editou o ato<sup>16</sup>, devendo demonstrar que, na prática, a criminalização do aborto não gera efeitos nefastos e desproporcionais sobre as mulheres negras e pobres.

Ocorre que as estatísticas não deixam mentir. Como visto acima, a grande maioria das mulheres processadas pelo crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124 do CP) é negra (preta ou parda), possui baixa escolaridade e renda, bem como reside em locais periféricos.

O perfil socioeconômico decorre da dificuldade de acesso à educação sexual e aos métodos contraceptivos; da ausência de condições financeiras para custeio dos cuidados com um novo filho; e também do fato de realizarem o aborto de forma absolutamente insegura, o que enseja maior propensão a terminarem o procedimento – quando não mortas – no Sistema Único de Saúde, onde se

---

<sup>14</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

<sup>15</sup> CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 123.

<sup>16</sup> Especificamente sobre o ônus da prova, o Tribunal de Justiça Europeu vem aplicando o art. 4.º da Diretiva 97/80, que prevê que cabe ao réu demonstrar que não houve violação ao princípio da igualdade quando, em princípio, se esteja diante de uma discriminação indireta, vide o Caso *Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* de 2005. No mesmo sentido, decidiu a Corte Constitucional da Colômbia nas *sentencias de tutela* n.º T-026/96 e T-291/09.



tornam presas fáceis do sistema penal, revitimizadas por quem, justamente, lhes deveria oferecer apoio.

É patente, portanto, que, de fato, a criminalização do aborto gera maior impacto com relação às mulheres pobres e negras.

Com relação, por sua vez, ao **segundo elemento**, salta aos olhos que esse impacto é absolutamente desproporcional.

Nesse ponto, deve-se perquirir se (i) há adequação lógica entre a medida e a sua finalidade (adequação); (ii) há outras medidas possíveis que atingem a mesma finalidade em igual intensidade (necessidade); e (iii) se a restrição aos demais princípios em jogo é excessiva, à luz dos ganhos trazidos com a finalidade pretendida (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>17</sup>.

De início, não há, a toda evidência, adequação, haja vista que o objetivo da criminalização é (i) prevenir a prática da conduta e, por via de consequência, proteger o feto (função preventiva da pena); e (ii) punir aquele que, eventualmente, a houver praticado (função retributiva da pena).

A ausência de atendimento à função preventiva da pena é demonstrada ao se constatar que a grande maioria dos abortos inseguros que ocorre no mundo – 97% – é realizada em países em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina, continentes nos quais, justamente, há farta quantidade de leis e políticas contrárias ao procedimento. São os números apontados na recentíssima pesquisa da Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>18</sup>, divulgada em 28/09/2017.

Com efeito, segundo a OMS, restringir o acesso ao procedimento não reduz o número de abortos realizados.

De fato, a conclusão amolda-se à realidade brasileira. Na última Pesquisa Nacional do Aborto, desenvolvida no ano de 2016 por Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro (Universidade de Brasília), constatou-se

---

<sup>17</sup> Utiliza-se, aqui, o princípio da proporcionalidade teorizado, com maior destaque, por Robert Alexy em *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortion-worldwide/en/> Acesso em 03/10/2017.



que, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres brasileiras já fez aborto (1 em cada 5,4)<sup>19</sup>.

Por isso, concluíram que “a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social”<sup>20</sup>.

No mesmo sentido, concluiu o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>21</sup>, segundo o qual mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram ao menos um aborto na vida. Destes, 1,1 milhão de abortos foram provocados.

Assim, percebe-se que a criminalização do aborto, nos moldes concluídos pela OMS e escancarados na realidade brasileira, **não atende à função preventiva da pena, consistindo o seu cometimento em verdadeira prática enraizada na sociedade.**

Tampouco atende à função punitiva da pena, em razão (i) do grande número de abortos realizados, como nas pesquisas recém mencionadas, em comparado **ao pequeno número de pessoas que chegam ao sistema penal;** e (ii) da farta aplicação da medida despenalizadora da **suspensão condicional do processo** (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995).

Segundo a Diretoria de Pesquisa da Defensoria Pública, em 64% dos processos que tramitam no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, houve aceitação à proposta oferecida pelo Ministério Público, pelo que não houve formação da culpa, tampouco responsabilização penal.

Ademais, além de não haver, concretamente, atendimento às funções preventiva e punitiva da pena, verifica-se que não há necessidade da criminalização do aborto.

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04/10/2017.

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04/10/2017.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>. Acesso em 05/10/2017.



Isso porque existe uma série de outras medidas adequadas aos fins propostos que podem ser adotadas pelo Estado e que, em contrapartida, não acarretaria nenhum ou menos impacto sobre grupos vulneráveis.

Por exemplo, para o Instituto Guttmacher, **investir em contraceptivos e saúde materna e neonatal significa evitar menos de 36 milhões de abortos induzidos (queda de 74%) e 224 mil mortes maternas (queda de 73%).**

De fato, não se vê, na realidade brasileira, a efetivação de políticas públicas destinadas à prevenção da gravidez e ao planejamento familiar, em que pese a importância de preparar as mulheres para tomar decisões autônomas sobre sua fecundidade e saúde em geral, em atenção a uma educação emancipadora e laica.

Por fim, tampouco está presente a proporcionalidade em sentido estrito, já que a criminalização do aborto promove muito mais restrições – quando não aniquilações – aos direitos fundamentais das mulheres do que ganhos com a proteção do feto.

Sobre o tema, manifestou-se, recentemente, o Exm.<sup>o</sup> Ministro Luís Roberto Barroso no bojo do HC n.<sup>o</sup> 124.306-RJ:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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 cumulam: (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.

Assim, por um lado, a criminalização demonstrou produzir reduzidíssimo grau de proteção aos direitos do feto, por não ter aptidão para reduzir o índice de aborto, como demonstrado, o qual permanece sendo enraizado na cultura local e se torna cada vez mais inseguro, à luz da ausência de fiscalização e regulamentação estatal.

Por outro, violam-se os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia, a integridade psicofísica, a saúde e a vida da mulher, sendo esta maculada não só sob a ótica de estar viva, mas também pela perspectiva de impedir a criação e o desenvolvimento de um projeto de vida para si.

Por fim, a incidência especial sobre mulheres negras (pretas e pardas), como demonstrado nas pesquisas acima, não pode ser desconsiderada.

Cuida-se de mais uma forma de discriminação opaca proveniente da naturalização de se enxergar o afrodescendente como subordinado, ainda que de forma não intencional<sup>22</sup>.

Nesse contexto, não há que se perquirir eventual intenção discriminatória do legislador quando da tipificação do crime de aborto. Nem com relação às negras, nem com relação às pobres, nem com relação às mulheres em geral. Trata-se de análise absolutamente irrelevante para constatar a existência da discriminação indireta ou não.

Basta, ao revés, que exista a adoção de um critério, em princípio, neutro e a criação de **impactos desproporcionais** a determinados indivíduos ou grupos vulneráveis no plano dos fatos.

Conclui-se, pois, que a criminalização do aborto incide de forma mais expressiva sobre mulheres pobres e negras, promovendo os tipos penais em

---

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto"*, Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 150-151.



# **DEFENSORIA PÚBLICA**

## DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

questão a sua parcela de contribuição para perpetuar e aprofundar múltiplos níveis de desigualdade e subordinação, além de violar os direitos à liberdade, autonomia privada, integridade psicofísica e a não submissão à prática de tortura e tratamento cruel ou degradante, pelo que é incompatível com a CRFB/88 e com os tratados internacionais de direitos humanos, nos termos, notadamente, da jurisprudência da Corte Interamericana.

Rio de Janeiro, 04 de julho de 2018.

**André Luís Machado de Castro**  
Defensor Público-Geral do Estado

**Flávia Brasil Barbosa do Nascimento**  
Defensora Pública

**Lívia Miranda Muller Drumond Casseres**  
Defensora Pública

**Maria Matilde Alonso Ciorciari**  
Defensora Pública