



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, apresentar a Vossa Excelência um conjunto de argumentos para eventualmente servir de subsídio à manifestação a ser exarada nos autos da ADPF 442.

I. SÍNTESE DA ADPF PROPOSTA

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, na qual pede que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República.

O partido político autor alega, em breve síntese, que “as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres,

20

adolescentes e meninas”, em ofensa às normas constitucionais vigentes (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) e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Busca, convencido do “caráter não absoluto e sim gradual da proteção jurídica conferida ao desenvolvimento embrionário e fetal”, obter da Corte Constitucional decisão que assegure a “convivência harmoniosa” entre as regras penais referidas e os direitos fundamentais e outras normas constitucionais vigentes, valendo-se das premissas por ela estabelecidas no HC 84.025, na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306.

O autor pede a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas. No mérito, pede a declaração de não recepção parcial dos dispositivos pela Constituição, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”.

II – CABIMENTO DA ADPF

A tese de mérito dessa ADPF é a de que a criminalização do aborto, tal como prevista no Código Penal, é incompatível, dentre outros, com o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem centralidade na ordem constitucional brasileira, inclusive porque é vetor de compreensão e alcance de todo o sistema jurídico. A atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, por ocasião do julgamento da ADI 3.510, observou:



"A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe parra o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções".

De resto, os demais princípios arrolados na inicial, não bastassem ser todos direitos fundamentais e, como tais, cláusulas pétreas de nosso sistema constitucional, foram tidos como preceitos fundamentais a habilitar o conhecimento da ADPF 54. Como ali o pano de fundo também era o aborto, os seus pressupostos de admissibilidade alcançam com suficiência a presente ação.

Convém ainda lembrar que o ato ora contestado foi emanado pelo poder público e está atendido o princípio da subsidiariedade, uma vez que não há outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade que possam corrigir a lesão a preceito fundamental apontada. Isso porque o objetivo pretendido na ação, de reconhecimento de invalidade de ato normativo anterior à Constituição, não pode ser obtido através da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a orientação reiterada do STF, no sentido de que a não-recepção envolve hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente¹. Aliás, existe expressa previsão na Lei nº 9.882/99 sobre o cabimento da ADPF para impugnação de normas anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I)

RO

¹ E.g. ADIn 521, Rel. Min. Paulo Brossard.

III – LEGITIMIDADE DO STF

O princípio da separação de poderes, respeitada a sua ideia força de “pesos e contrapesos”, conforma-se de acordo com cada ordenamento jurídico. É, portanto, “um princípio constitucional concreto”².

A ampliação da função jurisdicional, aqui e nos demais países democráticos, é resultado, em larga medida, de um extenso catálogo de direitos fundamentais, aliado à incorporação do princípio da força normativa da Constituição, do caráter vinculante e obrigatório de todas as suas normas.

Mauro Cappelletti enfrentou a temática em sua conhecida obra “Juízes Legisladores?”, lançada no ano de 1993, quando afirmou o importante papel paulatinamente assumido pelo Poder Judiciário. Diz ele:

“Eles devem de fato escolher uma das possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

(...)

b)Reaindo a escolha, pelo contrário, na segunda alternativa – como aconteceu, sempre na linha de princípio e com muitas alternativas variantes, em vários sistemas de 'Commom Law', especialmente nos Estados Unidos - assistir-se-á então ao emergir do judiciário como um 'terceiro gigante' na coreografia do estado moderno.

(...)

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação dos sistemas de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centro de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.”³

² CUNHA JR., Dirley da. *A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes*. In “Estado constitucional e organização do poder”, TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281. Segundo Luís Roberto Barroso, a “separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrente do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui”.

De fato, as Cortes Constitucionais contemporâneas têm importante função contramajoritária na afirmação de direitos fundamentais, principalmente porque estes configuram limites substantivos às deliberações políticas, sejam provenientes do Poder Executivo, sejam emanadas do Poder Legislativo. De modo que a atuação judicial, nessa hipótese, é uma garantia, a um só tempo, de exercício de direitos fundamentais e do próprio regime democrático.

A hipótese presente é de função jurisdicional típica, de verificar a conformação material de norma legal à disciplina constitucional. E desde que se instituiu o controle de constitucionalidade, quaisquer deliberações majoritárias estão potencialmente sujeitas a esse escrutínio.

O aborto é, de fato, uma questão que envolve grande controvérsia moral. Isso não impediu que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54, ampliasse o rol das hipóteses de aborto legal, para incluir a gestação de feto anencéfalo. Outras questões que envolvem disputas morais relevantes, como pesquisas com células-tronco embrionárias e a união homoafetiva, foram igualmente decididas pela Suprema Corte.

Também outras Cortes Constitucionais deliberaram sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto. O partido autor cita os simbólicos casos *Roe x Wade*, enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Aborto I e Aborto II, decididos pela Corte Constitucional alemã, e a sentença C-355/06, proferida pela Corte Constitucional colombiana.

De mais a mais, se o Parlamento viesse a decidir pela descriminalização do aborto, o Supremo Tribunal Federal poderia ser acionado a afirmar a constitucionalidade ou não da nova norma.

Portanto, não há, nessa ação, peculiaridade alguma que iniba a jurisdição constitucional.

RO-

³ CAPPELLETTI, Mauro. "Juizes Legisladores?". Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. pp. 47, 49 e 107.

IV. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Com o advento da modernidade ocidental, as relações de gênero ficaram fora do âmbito da justiça. Desde os primeiros teóricos do contrato social⁴, estabeleceu-se a diferença entre justiça e vida boa, que se traduziu numa distinção entre o público e o doméstico. A esfera da justiça – desde Hobbes, passando por Locke e chegando a Kant – é vista como o domínio de chefes de família masculinos, responsáveis por criar as bases legítimas da ordem social⁵. À mulher, foram confiadas as tarefas da criação, da reprodução, do amor e do cuidado, desenvolvidas no âmbito doméstico.

Kant⁶, por exemplo, fazia uma distinção entre cidadãos ativos (aqueles que participam da elaboração do contrato social, têm direito ao voto e se caracterizam pela independência) e passivos (aqui incluídas as mulheres, as crianças e adolescentes, os empregados, enfim, todos aqueles que dependem de outras para sua subsistência). Apenas a sua doutrina dos direitos pré-políticos concede alguns direitos a esses indivíduos.

O controle, pelas mulheres, de seus corpos e a possibilidade de planejamento da reprodução está na gênese da luta pela igualdade de gênero. Angela Davis⁷ observa:

“Não foi coincidência o fato de que a consciência das mulheres sobre seus direitos reprodutivos tenha nascido no interior do movimento organizado em defesa da igualdade política das mulheres. Na verdade, se elas permanecessem para sempre sobrecarregadas por incessantes partos e frequentes abortos espontâneos, dificilmente conseguiriam exercer os direitos políticos que poderiam vir a conquistar. Além disso, os novos sonhos das mulheres de seguir uma carreira profissional e outros caminhos de autodesenvolvimento fora do casamento e da maternidade só poderiam ser realizados se elas conseguissem limitar e planejar suas gestações. Nesse sentido, o slogan da 'maternidade voluntária' continha uma visão nova e autenticamente progressista da condição da mulher”.

AD-

⁴ O contrato social é tomado aqui como ponto de partida porque embrião dos princípios fundamentais da sociedade política e porque, conceitualmente, pressupõe uma situação inicial de participantes livres e independentes. A obra seminal sobre o tema na perspectiva de gênero é *El contrato sexual*; PATEMAN, Carole. México: Universidad Autónoma-Iztapalapa, 1995.

⁵ BENHABIB, Seyla, “El Ser y el otro en la ética contemporánea – feminismo, comunitarismo y posmodernismo”. Barcelona: Gedisa, 2006, p. 178.

⁶ “La metafísica de las costumbres” Madrid: Tecnos, 1989, pg. 315.

⁷ DAVIS, ANGELA. “Mulheres, Raça e Classe”, trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 211

Foi necessária, no entanto, uma luta longa e intensa para que os direitos sexuais e reprodutivos entrassem na agenda dos direitos humanos.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, não tratou explicitamente do tema, mas muitos viram em seu art. 12⁸ o embrião dos denominados “direitos sexuais e reprodutivos”⁹.

Em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, do Cairo, consagrou a seguinte obrigação para os Estados, em seu 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”¹⁰.

Já a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995, além de endossar a concepção de direitos sexuais e reprodutivos acima apontada, também pôs ênfase na perspectiva da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, ao afirmar: “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”¹¹.

⁸ “Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar.”

⁹ Segundo Flávia Piovesan, estes envolvem a concepção, o parto, a contracepção e o aborto, como elementos interligados e essenciais para a autonomia das mulheres, e que “exigem um duplo papel do Estado: a) eliminar a discriminação contra a mulher na esfera da saúde (vertente repressiva/punitiva) e b) assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar (vertente promocional)”. PIOVESAN, Flávia. 2002. Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, S. (org.). Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça. Porto Alegre: Fabris. p. 61-79.

¹⁰ Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo, está disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 17/04/2017.

¹¹ Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 17/04/2017.

Em 1999, o Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher editou a Recomendação nº 24, que orienta os Estados a modificar e remover da legislação nacional normas que imponham sanções às mulheres que realizam abortos¹².

Na primeira reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, no âmbito do Programa de Ação do Cairo, os representantes dos países presentes entraram em consenso sobre a necessidade de assumir o compromisso de garantir o aborto seguro e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita, além de instar os Estados com restrições ao acesso ao aborto a considerarem a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez¹³.

Em 2016, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais editou a Observação (ou Comentário) Geral nº 22¹⁴, na qual observa, em seu item 10, que o direito à saúde sexual e reprodutiva “está intimamente ligado aos direitos civis e políticos que sustentam a integridade física e mental dos indivíduos e sua autonomia, como o direito à vida; liberdade e segurança da pessoa; liberdade de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; privacidade e respeito pela vida familiar; não discriminação e igualdade”. Expressamente o documento consigna que “a falta de serviços de atendimento obstétrico de emergência ou a negação do aborto geralmente leva à mortalidade e morbidade maternas (...) e pode constituir tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante”¹⁵.

¹² Item 31, “c” da Recomendação nº 24, disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>, acesso em 1º de maio de 2017

¹³ Primeira reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe Integração plena da população e sua dinâmica no desenvolvimento sustentável com igualdade e enfoque de direitos: chave para o Programa de Ação do Cairo depois de 2014. Montevideu, 12 a 15 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso_montevideo_por.pdf. Acesso em 17/04/2017.

¹⁴ Como observado por CARVALHO RAMOS, André, “Curso de Direitos Humanos”, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 849

¹⁵ No original: “10. The right to sexual and reproductive health is also indivisible from and interdependent with other human rights. It is intimately linked to civil and political rights underpinning the physical and mental integrity of individuals and their autonomy, such as the rights to life; liberty and security of person; freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment; privacy and respect for family life; and non-discrimination and equality. For example, lack of emergency obstetric care services or denial of abortion often leads to maternal mortality and morbidity, which in turn constitutes a violation of the right to life or security, and in certain circumstances can amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment. Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?

O item nº 8 da citada Observação Geral n. 24 reforça que a efetivação dos direitos das mulheres e da igualdade de gênero exige a revogação ou reforma de leis, políticas e práticas discriminatórias na área da saúde sexual e reprodutiva, sendo imperiosa a eliminação de todas as barreiras que interferem no seus acesso aos serviços, bens, educação e informação abrangentes em matéria de saúde sexual e reprodutiva. Para diminuir as taxas de mortalidade e morbidade materna, os Estados devem prover tanto cuidados obstétricos de emergência como prevenção de abortos inseguros.

O Comitê dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais decidiu, em síntese, nessa Observação Geral n. 24, que, para prevenção de gravidez não desejada e de abortos inseguros, os Estados devem adotar medidas legais e políticas para (i) garantir a todos os indivíduos acesso a contraceptivos acessíveis, seguros e eficazes e educação sexual abrangente, inclusive para adolescentes; (ii) liberalização de leis de aborto restritivas; (iii) garantir a meninas e mulheres medidas de pós-aborto de qualidade, inclusive com treinamento e formação especializada de profissionais de saúde; (iv) e respeitar o direito das mulheres de serem autônomas para as decisões sobre sua saúde sexual e reprodutiva.¹⁶

Ainda no ano de 2016, em 27 de setembro, dia internacional do aborto seguro, vários especialistas da ONU assinam uma nota conjunta, onde afirmam que "o aborto não seguro segue matando dezenas de milhares de mulheres em todo o mundo"¹⁷.

symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en, acesso em 1º de maio de 2017. No mesmo sentido, conferir o Comunicado do Comitê de Direitos Humanos No. 1153/2003 (caso Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Peru, 24 de outubro de 20015; Comunicado do Comitê pela Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher No. 17/2008, caso Alyne da Silva Pimentel v. Brazil, 25 de julho de 2011).

¹⁶ No original: "28. The realization of the rights of women and gender equality, both in law and in practice, requires repealing or reforming discriminatory laws, policies and practices in the area of sexual and reproductive health. Removal of all barriers interfering with access by women to comprehensive sexual and reproductive health services, goods, education and information is required. To lower rates of maternal mortality and morbidity requires emergency obstetric care and skilled birth attendance, including in rural and remote areas, and prevention of unsafe abortions. Preventing unintended pregnancies and unsafe abortions requires States to adopt legal and policy measures to guarantee all individuals access to affordable, safe and effective contraceptives and comprehensive sexuality education, including for adolescents; to liberalize restrictive abortion laws; to guarantee women and girls access to safe abortion services and quality post-abortion care, including by training health-care providers; and to respect the right of women to make autonomous decisions about their sexual and reproductive health. Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en, acesso em 1º de maio de 2017.

¹⁷ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20600&LangID=S> Assinam a nota: Alda Facio, Presidenta del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer

V – DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Não há, no texto constitucional brasileiro, um dispositivo específico contendo a expressão “direitos sexuais e reprodutivos”. No entanto, como ficou claro desde a Conferência do Cairo, não se está diante de uma nova geração ou dimensão dos direitos humanos¹⁸. Ao contrário, constituem uma constelação de liberdades e direitos, sejam civis, políticos, econômicos, sociais, ou culturais, já reconhecidos em legislações nacionais e internacionais de direitos humanos, e que afetam a vida sexual e reprodutiva de indivíduos e casais.

A primeira expressão de garantia de domínio do próprio corpo está no princípio da dignidade da pessoa humana e na sua ideia força de autonomia/autodeterminação.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros. A matriz desta ideia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade¹⁹.

De acordo com Canotilho, a dignidade da pessoa humana baseia-se no “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna

en la legislación y en la práctica; Dainius Pūras, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental; Juan E. Méndez, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y Dubravka Šimonović, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

¹⁸ “ICPD makes it clear that reproductive rights are not a new set of rights. Reproductive rights are a constellation of freedoms and entitlements that are already recognized in national laws, international human rights instruments and other consensus documents. Reproductive rights refer to a diversity of civil, political, economic, social and cultural rights affecting the sexual and reproductive life of individuals and couples.”

¹⁹ Cf. Carlos Santiago Nino. “Ética y Derechos Humanos”. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 199-265.

(...) do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual". Como destacou o Mestre de Coimbra, "a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico"²⁰.

Uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter ou não um filho. É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. É dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados, e, mesmo com todas as mudanças que o mundo contemporâneo tem vivenciado, é ainda sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos. Por tudo isto, a decisão sobre a manutenção da gestação envolve a ideia de autonomia reprodutiva²¹, cujo fundamento pode ser encontrado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF).

Imediatamente correlata, é a própria noção de liberdade. Como ressaltou Ronald Dworkin, "uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade"²².

A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto foi discutida no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como relator, para o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ. O caso, que versava exatamente sobre a interrupção de gestação de feto anencéfalo, não chegou a ser apreciado pelo STF, porque, em plena sessão de julgamento, o Tribunal

²⁰ "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

²¹ Cf. Daniel Sarmiento. "Legalização do Aborto e Constituição". In: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 43/45; e Flávia Piovesan. "Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos". In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 76.

²² "The Moral Reading of the Maroritarian Premise". In *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 98.

foi comunicado do fato de que a paciente dera à luz e que a criança, como já se esperava, falecera poucos minutos depois. Todavia, o referido voto foi amplamente divulgado e dele consta:

“Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.

Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema...”

Direitos sexuais e reprodutivos e direito à saúde têm também uma implicação direta. De acordo com o conceito adotado pela Organização Mundial da Saúde, de aceitação universal, “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (Preâmbulo do ato fundador da OMS, assinado em 22 de julho de 1946 por 61 Estados, dentre os quais o Brasil).

Para a OMS²³, a saúde sexual e reprodutiva envolve cinco componentes-chave: (i) possibilidade de escolha de contraceptivos e a oferta de serviços seguros de infertilidade; (ii) incremento da saúde materna e neonatal; (iii) redução de doenças sexualmente transmissíveis, incluindo HIV e outras morbidades reprodutivas; (iv) eliminação do aborto inseguro e oferecimento de cuidados pós-abortamento; (v) promoção da sexualidade sadia, incluindo a saúde adolescente e a redução de práticas danosas.

Já em 1967, a Assembleia Mundial da Saúde identificou o abortamento inseguro como um problema sério de saúde pública em muitos países²⁴, sendo uma causa importante de morte materna evitável. A OMS aponta que, apesar de estarem disponíveis na sociedade procedimentos médicos que permitem a interrupção segura da gravidez, estima-se que, no mundo, vinte e dois milhões de abortos continuam a ser realizados de forma

²³ UNFPA. *Sexual and Reproductive Health for All*. 2010

²⁴ Organização Mundial de Saúde - Abortamento seguro: Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437_por.pdf, Acesso em 17/04/2017.

insegura²⁵ todos os anos, resultando na morte de aproximadamente quarenta e sete mil mulheres e incapacidade/adoecimento de cerca de cinco milhões de mulheres.

Destaca, ainda, que a maioria dessas mortes, adoecimentos e incapacidades poderiam ser prevenidas por meio da educação sexual, do planejamento familiar, do acesso ao aborto seguro e legal e aos cuidados nas complicações do aborto. Ademais, aponta que, nos países com regras restritivas à interrupção da gestação, o aborto seguro, mesmo que clandestino, costuma ser privilégio das mulheres ricas. As mulheres pobres apenas possuem a opção de se submeterem a abortos inseguros que causam mortes e incapacidades, impactando social e financeiramente o serviço público de saúde²⁶.

A gravidez indesejada é fonte também de angústia e sofrimento psíquico. Há, nesse contexto, sentimentos que combinam frustração de projetos de vida com o peso da responsabilidade que recai sobre a mãe. Como lembra Dworkin, “para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não deixaram ainda de ser crianças, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante”²⁷ (...) “Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de pôr fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham”²⁸.

²⁵ Para uma definição: “Aborto inseguro é aquele induzido pela mulher e/ou terceiros, profissionais da saúde ou não, com ou sem consentimento, realizado de modo clandestino, uma vez que a legislação vigente não permite esse tipo de prática” (JANNOTTI, Cláudia Bonan & SOARES, Gilberta Santos. Aborto. In: FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth Maria & MENEGUEL Stela Nazareth (org.). **Dicionário feminino da infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência**. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2015.)

²⁶ Sobre o impacto da criminalização do aborto no Brasil: Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade – UERJ. Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. Rio de Janeiro, IPAS Brasil, 2012; Frente Nacional Contra a Criminalização Das Mulheres E Pela Legalização Do Aborto. Criminalização das Mulheres pela prática do aborto no Brasil. Dossiê 2007-2014. Disponível em: <https://frentelegalizacaoaborto.files.wordpress.com/2016/09/dossiecc82-frente-contra-a-criminalizaccca7acc83o-das-mulheres.pdf>. Acesso em 17/04/2017.

²⁷ DWORKIN, Ronald. “Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdade individual”. São Paulo: Martins Fontes, 2003., p. 143

²⁸ *id*, pp. 79/80

Angela Davis faz referência à prática comum do aborto no período da escravidão: “muitas escravas se recusavam a trazer crianças a um mundo de trabalho forçado interminável, em que correntes, açoites e o abuso sexual de mulheres eram as condições da vida cotidiana”²⁹. E continua³⁰:

“Por que os abortos autoinduzidos e os atos relutantes de infanticídio eram ocorrências tão comuns durante a escravidão? Não era porque as mulheres negras haviam descoberto soluções para suas agonias, e sim porque elas estavam desesperadas. Abortos e infanticídios eram atos de desespero, motivados não pelo processo biológico do nascimento, mas pelas condições opressoras da escravidão”.

De fato, a perspectiva de um filho ou uma filha que está previamente destinado a viver num ambiente que reproduz as cruéis condições de sua mãe é razão de dor profunda, com sérios abalos à sua integridade psicológica. E esse quadro de dominação, miséria, indiferença chega aos dias atuais sem grandes alterações.

Há, nesse campo da saúde, uma relação de implicação entre seus componentes físicos e psíquicos. A gravidez não desejada torna o aborto um evento necessário para pôr fim à dor e ao sofrimento extremos. A criminalização do aborto e sua consequente clandestinidade geram, de ordinário, as sequelas recorrentes apontadas ao longo dessa peça. A vulneração aos artigos 6º e 196 da CR parece não demandar maiores explicações.

Um outro direito fundamental inscrito na Constituição brasileira e que está na gênese dos direitos sexuais e reprodutivos é o da igualdade. Mais uma vez invocando Dworkin³¹, “se as mulheres fossem livres e iguais aos homens em suas relações sexuais, dizem as feministas – se tivessem um papel mais verdadeiramente igual na formação do ambiente moral, cultural e econômico no qual as crianças são concebidas e criadas – então o *status* de um feto seria diferente, pois seria mais verdadeira e inequivocamente a criação intencional e desejada da própria mulher, em vez de algo que lhe é imposto”.



²⁹ ob. cit, p. 208

³⁰ *Id*, *ib*

³¹ ob. cit. p. 78

No Brasil, a proibição do aborto voluntário, como se demonstrará em capítulo destacado, tem impactos diferenciados tomando-se em conta ainda recortes de classe, raça, etnia e região geográfica.

Por fim, a Constituição brasileira proíbe a submissão à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Diversas Agências da ONU, Comitês e Relatores Especiais, além da OMS, têm defendido que os países devem revisar suas leis restritivas de acesso ao aborto seguro como garantia dos direitos humanos das mulheres³². Os organismos internacionais apontam, com base nos tratados enumerados e nos diversos compromissos estabelecidos nas Conferências Internacionais, que a negativa a mulheres ao aborto seguro, além de ferir o seu direito à saúde, é um grave preconceito em decorrência do gênero e um ato de violência. Atinge desproporcionalmente as mulheres em condições de vulnerabilidade econômica e social, inclusive devendo ser compreendida como submissão à tortura³³.

³² Cumpre registrar que vários países legalizaram o aborto por iniciativas legislativas e em consonância com as diretrizes apontadas pelas agências da ONU. No Reino Unido, permite-se o aborto nos países da Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales), onde o instituto é legalmente aceito desde o Abortion Act de 1967, que estabeleceu a possibilidade de se interromper a gestação com até 24 (vinte e quatro) semanas (abortion Act of 1967. Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1>>. Acessado em 15 de abril de 2017). Já no ordenamento jurídico francês, o aborto é lícito desde 1975, quando fora legalizado pela Lei 75-17, de 17 de janeiro de 1975, lei também conhecida por lei Veil, em homenagem a Simone Veil. Segundo o Código de Saúde Pública francês, permite-se a interrupção voluntária da gravidez com até 12 semanas de gravidez, ou com até 14 semanas do último período menstrual (Loi 75-17. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=>. Acessado em 15 de abril de 2017. Code de la Santé Publique. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=D128F992846A4B9C5B050815D5933ED7.tpdila13v_2?_idSectionTA=LEGISCTA000006171542&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20170415>. Ace

ssado em: 15 de abril de 2017). Na Alemanha, desde 1992 permite-se a interrupção da gravidez com até doze semanas. O tema é tratado nas Seções 218 a 219a do Código Penal Alemão, que prevê as seguintes condicionantes: a) Que a gestante obtenha aconselhamento em até três dias antes do procedimento médico e o comprove por certificado; b) O procedimento seja realizado por um médico; e c) Não se tenha passado mais de doze semanas da concepção. Na Itália, admite-se o aborto com base na Lei 194 de 1978, promulgada após a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 546 do Código Penal italiano pela Suprema Corte Italiana em 1975. Pelo artigo 4º desta Lei, o aborto pode ser realizado com até 90 (noventa) dias da gravidez, desde que se reconheça que o procedimento médico seja necessário para impedir riscos à saúde mental ou física da mulher, em relação ao seu estado de saúde, agravamento de sua condição econômica, social ou familiar, bem como previsões de anomalias ou malformações do nascituro. Nos casos em que o aborto é tido como terapêutico, permite-se que seja ele realizado com até 5 meses de gravidez.

Na América do Sul, o primeiro e único país a permitir o aborto é o Uruguai, a partir da promulgação da lei nº 18.987 sobre interrupção voluntária da gravidez (Ley nº 18.987. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp6398680.htm>>. Acessado em: 15 de abril de 2017).

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; Comité de los Derechos del Niño, observaciones generales núms. 4 y 15; Resolución 70/137 de la Asamblea General y UNESCO, Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad (2009). Informe del Grupo de

Especificamente sobre a relação entre leis restritivas ao aborto e a submissão à tortura, no informe do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas ou degradantes, de janeiro de 2016, constou que o aborto inseguro ocupa o terceiro lugar entre as principais causas de morte materna no mundo; que quando o aborto está restringido por lei a mortalidade materna aumenta, pois as mulheres se veem obrigadas a se submeter a abortos clandestinos em condições perigosas e anti-higiênicas; que também as mulheres sofrem consequências físicas e psicológicas de curto prazo quando se submetem a abortos em condições de riscos ou quando se veem obrigadas a manter uma gravidez contra a sua vontade. Ademais, destacou que essas políticas restritivas têm repercussões desproporcionais em mulheres e meninas marginalizadas e desfavorecidas e que a existência de leis muito restritivas de acesso ao aborto seguro atentam contra o direito das mulheres a não serem submetidas a tortura e maus tratos, afirmando, neste contexto, que restringir o acesso à interrupção voluntária da gravidez provoca mortes desnecessárias de mulheres. Por fim, o referido informe aponta que os Estados com leis restritivas de acesso ao aborto perpetuam a tortura e os maus tratos ao negar a mulheres o acesso ao aborto em condições seguras, recomendando a obrigação de as revisar³⁴.

Relatores da ONU apresentaram recentemente à Ministra Cármen Lúcia, para eventualmente servir de subsídio à ADI 5581³⁵, parecer sobre a "negação de serviços de aborto e proibição da tortura e tratamento cruel, desumano e degradante³⁶".

VI – DADOS EMPÍRICOS SOBRE O ABORTO NO BRASIL

A inicial dessa ADPF contém uma farta demonstração do grave problema social atrelado ao aborto inseguro. Em 2014, a taxa de

Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica (2016). Todas as publicações podem ser consultadas em: <http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>. Acesso em 17/04/2017.

³⁴ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016). Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>. Acesso em 17/04/2017.

³⁵ A ADI 5581 tem por objeto políticas públicas relacionadas ao zika vírus e à microcefalia. Dentre elas se encontra a descriminalização do aborto nesse contexto.

³⁶ http://sxpolitics.org/ptbr/wpcontent/uploads/sites/2/2016/11/parecer_conselho_onu_zika_aborto.pdf

mortalidade materna foi calculada em 64 óbitos por 100.000 nascidos vivos³⁷, enquanto que nos países desenvolvidos a taxa é de 10 óbitos por 100.000 nascidos vivos. A interrupção da gravidez em condições clandestinas é a quarta causa de mortalidade materna no país. Especificamente, o abortamento é a primeira causa de óbito materno em Salvador desde 1990 e a terceira em São Paulo. Mulheres negras teriam maior risco de morrer do que as brancas, por serem mais pobres e por enfrentarem maior dificuldade de acesso aos serviços de saúde de qualidade ³⁸.

Informações mais recentes apontam que essa realidade não se modificou. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostra que uma em cada cinco mulheres aos 40 anos já fez, pelo menos, um aborto no Brasil. Em 2015, foram 417 mil mulheres no meio urbano e 503 mil mulheres ao se incluir zona rural e mulheres não alfabetizadas. Assim, meio milhão de mulheres fez aborto em 2015 no Brasil. São pelo menos 1.300 mulheres por dia, 57 por hora, quase uma mulher por minuto. Por fim, considerando toda a população feminina entre 18 e 39 anos no Brasil, 4,7 milhões de mulheres já fizeram aborto ao menos uma vez na vida³⁹, sendo 15% dessas mulheres negras e indígenas, contra 9% de mulheres brancas⁴⁰.

Sobre o maior impacto da criminalização do aborto a partir de um recorte de classe e raça, Daniel Sarmento salienta:

“E se a questão do aborto envolve a igualdade entre gêneros, o mesmo acontece com a igualdade social, já que são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adotado. São elas as que mais frequentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a

³⁷ Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Relatório Nacional de Acompanhamento. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/140523_relatoriiodm.pdf

³⁸ Mortalidade materna no Brasil. Insucesso no cumprimento do quinto Objetivo de Desenvolvimento do Milênio. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Drezett-cremesp-60610-2014-RC-1.pdf>

³⁹ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>.

⁴⁰ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>.

expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações⁴¹.

Também em termos geográficos, o aborto inseguro encontra-se desigualmente distribuído. Na região Norte, o risco de mortalidade materna em consequência de aborto é 1,6 maior do que na região Sudeste⁴².

O Ministério da Saúde⁴³, ao se pronunciar sobre “o aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos”, diz que a sua criminalização impacta negativamente a saúde das mulheres, em quase nada coíbe a prática, além de perpetuar a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é, em sua maioria, vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro.

Ainda de acordo com esse Ministério⁴⁴, o abortamento no País resulta de necessidades não satisfeitas de planejamento reprodutivo, num contexto de falta de informações sobre a anticoncepção, dificuldades de acesso aos métodos, falhas no seu uso, uso irregular ou inadequado, tudo isso ainda mais comprometido pela ausência de acompanhamento pelos serviços de saúde.

Sabe-se ainda, novamente a partir dos dados da Pesquisa Nacional do Aborto 2016, que cerca de metade das mulheres que fez um aborto ilegal no país precisou ser internada. Entre aquelas que fizeram um aborto, em 2015, 67% precisou ficar internada, o que representa um intenso processo de adoecimento desnecessário, humilhação e sofrimento às mulheres, além de impacto nos recursos públicos de saúde⁴⁵.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. “Legalização do Aborto e Constituição”. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04 de abril de 2017.

⁴² GOLLOP, T.R. “Por que despenalizar o aborto?” *Ciência e Cultura*. São Paulo, v. 61, n. 3, pp. 4-5, 2009.

⁴³ Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. “Aborto e Saúde Pública 20 anos. 2009. Brasília: Ministério da Saúde, p. 428 (Série B. Textos Básicos de Saúde).

⁴⁴ Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

⁴⁵ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>.

Todo esse quadro tende a se agravar no cenário atual do Brasil, em que a EC 95 estabelece, para os próximos 20 anos, um teto para os gastos públicos primários. Com a diminuição do investimento em políticas públicas tendentes ao enfrentamento da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais, mais mulheres negras, pobres e nortistas, sem acesso aos serviços de saúde e, especialmente, ao planejamento reprodutivo, se submeterão ao aborto inseguro.

Também a educação vive um momento complicado. Todos os documentos internacionais pertinentes aos direitos sexuais e reprodutivos apontam a necessidade de uma educação que invista na igualdade de gênero. Segundo Relatório sobre a Situação da População Mundial 2016 do Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA⁴⁶:

“A educação integral para a sexualidade é uma fonte essencial de informação apropriada à idade para milhões de meninas no mundo todo. Há claras evidências de que a educação integral para a sexualidade tem um impacto positivo sobre a saúde sexual e reprodutiva, além de ajudar a reduzir infecções sexualmente transmissíveis, inclusive o HIV, bem como gravidez não planejada (UNESCO, 2015a).

A educação integral para a sexualidade também tem um impacto comprovado na melhoria do conhecimento e da autoestima, mudando atitudes e normas sociais e de gênero, além de desenvolver a capacidade de influência e decisão. Esses fatores são críticos durante a adolescência, quando as pessoas fazem a transição para a vida adulta. As evidências confirmam que a educação integral para a sexualidade não incentiva a atividade sexual, mas tem um impacto positivo sobre comportamentos sexuais mais seguros e pode postergar a iniciação sexual.”

No entanto, segundo fartamente divulgado na imprensa nacional⁴⁷, a nova Base Nacional Comum Curricular, que o MEC entregou ao Conselho Nacional de Educação, não trabalha o conteúdo de gênero e tampouco de orientação sexual. De modo que meninas e adolescentes não terão acesso a uma educação que as livre de uma gravidez precoce. O recurso ao aborto será praticamente inevitável.

⁴⁶<http://www.unfpa.org.br/swop2016/BOOK-SWOP-2016-24-10-WEB.pdf>

⁴⁷<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-04/mec-retira-termo-orientacao-sexual-da-versao-final-da-base-curricular>
<http://g1.globo.com/educacao/noticia/veja-8-pontos-de-destaque-na-nova-base-curricular-do-ensino-fundamental.ghtml>
<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/04/1873366-ministerio-tira-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual-da-base-curricular.shtml>

À vista da realidade empírica do Brasil, é possível afirmar, sem medo de errar, que a persistência na proibição do aborto seguro é uma clara ofensa ao princípio da igualdade.

A jurisprudência brasileira recorre, nessa hipótese, à chamada “teoria do impacto desproporcional”. Segundo Joaquim Barbosa, tal teoria consiste na ideia de que “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 da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”^{48 49}.

A discriminação indireta, ainda sem recurso à elaboração teórica acima referida, foi o mote para o STF, na ADI 1946-DF, julgar a inconstitucionalidade do limite dos benefícios previdenciários sobre o salário maternidade, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20⁵⁰.

A criminalização do aborto no Brasil, como fartamente relatado, incide de forma absolutamente desproporcional sobre mulheres pobres, no mais das vezes negras e nortistas. Esse fato, por si só, já seria causa eficiente de inconstitucionalidade das normas impugnadas nessa ação.

⁴⁸ “Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade”. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

⁴⁹ Daniel Sarmento informa sobre o uso da teoria do impacto desproporcional, para evitar discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero, pela Corte Europeia de Justiça. Diz ele: “O primeiro precedente ocorreu no julgamento do Caso 170/84, Bilka Kaufhaus vs. Von Hartz, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial, à luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho. Embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que seria inválido o sistema, porque afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial. In “Livro e Iguais – Estudos de Direito Constitucional”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150.

⁵⁰ Consta da ementa do acórdão respectivo:

“Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF 88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal (...)”

VII – DIREITOS DO NASCITURO

Mesmo reconhecendo os fortes indícios de inconstitucionalidade nas disposições do Código Penal que proíbem o aborto, não há como afirmá-la conclusivamente sem enfrentar a questão da protecção jurídica à vida intrauterina.

A inicial defende que, embora também protegida, a vida intrauterina o é em intensidade menor do que a de alguém já nascido, além de ir aumentando progressivamente: embrião, feto e viabilidade extrauterina. Também nesse sentido é a lição de Canotilho e Vital Moreira⁵¹:

“A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...). Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção de vida intra-uterina”.

Há um consenso de que antes da formação do córtex cerebral – que só acontece no segundo trimestre da gestação – não há propriamente pessoa, já que o nascituro é incapaz de sentimento e pensamento. Segundo Maurizio Mori, citado por Daniel Sarmiento⁵², “o córtex constitui o substrato biologicamente necessário do qual emerge a novidade do nível cultural racional”, antes do qual não existe senão a ‘naturalidade do mundo orgânico’”.

O *case Roe v. Wade* (1973) é o precedente sempre invocado, porque inaugura esse marco na permissão do aborto. A Suprema Corte dos Estados Unidos, decidindo com base na Décima Quarta Emenda,

⁵¹“Constituição da República Portuguesa Anotada”. 2ª ed., vol I. Coimbra, Almedina, 1985, p. 175.

⁵² “Legalização do Aborto e Constituição,” ob. cit. p. 30

reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Texas e o direito ao aborto nos primeiros três meses de gestação⁵³.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional, desde o Acórdão nº 25/84⁵⁴, vem enfrentando a constitucionalidade de norma relativa à exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção da gravidez, sempre assumindo a posição da tutela progressiva do feto. Em 1998, no Acórdão nº 288, viu-se às voltas com o controle preventivo de constitucionalidade de uma proposta de referendo, cujo objeto era a despenalização geral do aborto, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação. Não ocasião, teve por correto esse critério na ponderação entre direitos fundamentais da mulher e a vida intrauterina:

“Neste contexto se perceberá que, para quem entenda que a vida humana intra-uterina constitui um bem jurídico constitucionalmente protegido pelo artigo 24º da CRP, uma primeira questão consista em determinar em que casos e circunstâncias, efectuada uma adequada ponderação de interesses, se pode admitir a licitude da interrupção voluntária da gravidez, assim se resolvendo os eventuais conflitos entre aquele referido bem jurídico e os direitos da mulher, não só à vida, à saúde ou à dignidade, mas também a uma maternidade consciente - a que se refere o artigo 67º, nº 2, alínea d), da CRP -, principalmente quando conjugado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, recentemente consagrado no artigo 26º da Lei Fundamental, com a última revisão constitucional.

Ora, não se afigura inadequado que a ponderação de interesses em causa tenha em conta o período de gestação, «sendo certo que não é indiferente, à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver o seu nascimento», conforme se afirmou no Acórdão nº 85/85.

Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes (cfr. Harold J. Morowitz and James S. Trefil, ob. cit.); e, também, para alguns, na história da filosofia e da teologia moral, onde são conhecidas, por exemplo, as diferenciações medievais entre embrio formatus e informatus ou entre foetus animatus e inanimatus, bem como teses mais recentes sobre a hominização retardada (cfr. Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Faber and Faber Ltd., 1958, págs. 140 e segs.; Joseph F. Donceel, S. J., *Immediate Animation and Delayed Hominization*, «Theological Studies», nº 31, 1970, págs. 76 e segs.); ou, ainda, na história jurídica comparada, já que, por exemplo, até

⁵³ “ Texto completo da decisão disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>. Acesso em 26/04/2017.

⁵⁴ Texto completo da decisão disponível em: "http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html?impressao=1" <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html?impressao=1>. Acesso em 24/04/2017

1803, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, o aborto só era punido se o feto já se movimentasse no ventre materno ? o quickening (Glanville Williams, *ibid.*).

Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no «sentimento jurídico colectivo», sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente «desfazer-se» do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda «matar» o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra a sua expressão na União Europeia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõem e a que se fez detida referência⁵⁵.

Mas seguramente a decisão mais importante sobre o tema vem da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não só porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a ela submetendo-se, mas também pela interpretação que conferiu ao artigo 4.1 da Convenção (“toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”).

Em *Artavio Murillo vs Costa Rica* (“caso da fertilização in vitro”), a Corte IDH decidiu que, de acordo com a expressão “em geral”, a proteção do direito à vida não pode ser absoluta, “sendo gradual e incremental segundo seu desenvolvimento”:

“respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”⁵⁶.

Após essa observação, conclui que “teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de

⁵⁵ Texto completo da decisão disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html?impressao=1>. Acesso em 24/04/2017

⁵⁶ Caso *Artavio Murillo VS Costa Rica*, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, item 185, acesso em 1º de maio de 2017

la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.”⁵⁷

No âmbito interno, em março de 2013, o Conselho Federal de Medicina e 27 Conselhos Regionais de Medicina apontaram a necessidade de reforma do Código Penal, para afastar a ilicitude da interrupção da gravidez, quando resultante da vontade da gestante, até a 12ª semana de gravidez⁵⁸.

Há, portanto, reflexão jurídica e médico-científica bastante amadurecida no sentido de que a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana é um critério acertado para resolver a colisão de interesses entre os direitos da mulher e aqueles da vida intrauterina.

VII - CONCLUSÃO:

1. é cabível a ADPF e o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para decidir o tema do aborto, nos limites do pedido ali veiculado;

2. a criminalização do aborto, consagrada no Código Penal, nos artigos 124 e 126, está em desacordo com diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tais como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), e o

⁵⁷ Caso Artavio Murillo VS Costa Rica, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, item 222, acesso em 1º de maio de 2017. Grifos nossos.

⁵⁸ <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23661>. Acesso em 6/5/2017

Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013);

3. essa criminalização também viola direitos fundamentais das mulheres previstos na Constituição da República, como dignidade, liberdade, igualdade, saúde, proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante e proibição de preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade;

4. a realidade empírica do Brasil demonstra que o aborto se dá em larga escala, mas com os seus efeitos mais perversos atingindo severamente mulheres pobres, negras e nortistas;

5. o critério de possibilidade de interrupção de gravidez no primeiro trimestre já foi adotado por diversas Cortes Constitucionais de outros países e conta com o endosso da comunidade médica do Brasil.

6. a ADPF deve ser julgada procedente.

Brasília, 8 de maio de 2017.



DEBORAH DUPRAT

Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão

GRUPO DE TRABALHO DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO