

ENTRE A MORTE E A PRISÃO

QUEM SÃO AS MULHERES CRIMINALIZADAS PELA
PRÁTICA DO ABORTO NO RIO DE JANEIRO

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENADORIA DE DEFESA
DOS DIREITOS DA MULHER



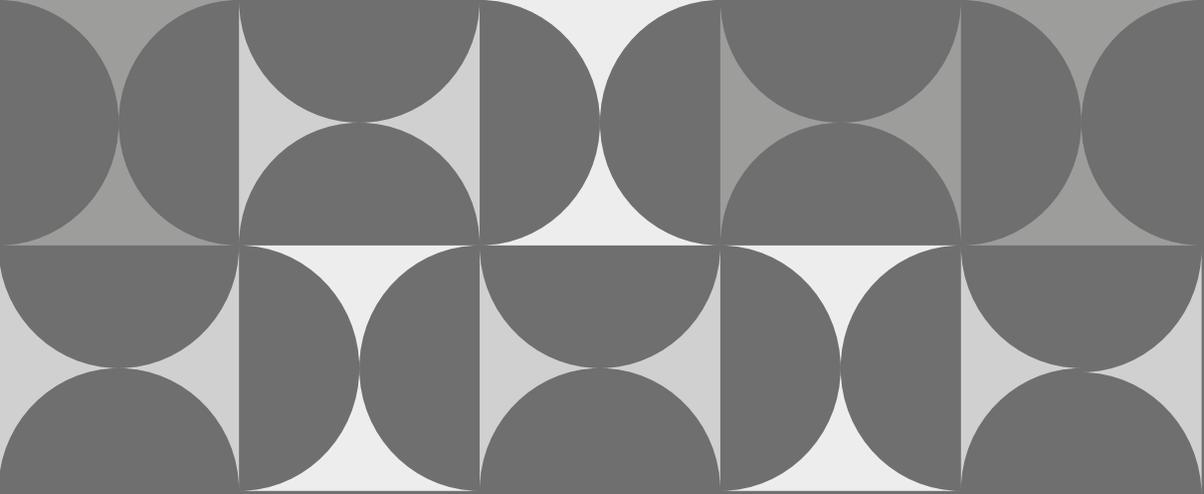
APOIO



Fesudeperj
Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

ENTRE A MORTE E A PRISÃO

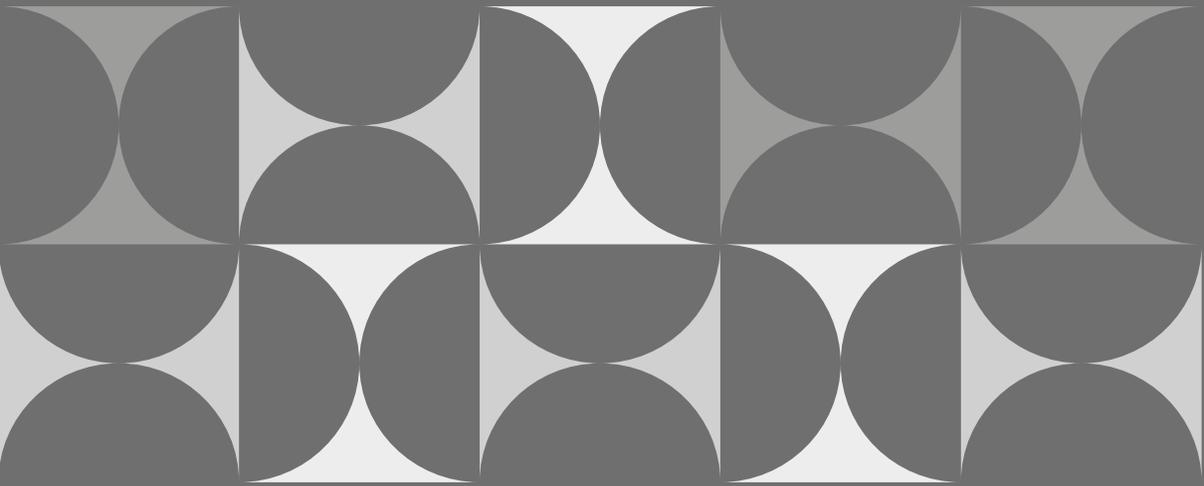
QUEM SÃO AS MULHERES CRIMINALIZADAS PELA
PRÁTICA DO ABORTO NO RIO DE JANEIRO



ENTRE A MORTE E A PRISÃO

QUEM SÃO AS MULHERES CRIMINALIZADAS PELA
PRÁTICA DO ABORTO NO RIO DE JANEIRO

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro - DPGE
Rio de Janeiro
2018



REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENADORIA DE DEFESA
DOS DIREITOS DA MULHER



APOIO



Fesudeperj
Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENADORIA DE DEFESA
DOS DIREITOS DA MULHER



APOIO



Fesudeperj
Fundação Superior de Estudos
Jurídicos da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**

Av. Marechal Câmara, 314
CEP 20020-080 - Centro, RJ – Brasil
Tel.: 21 2332-6224 (Sede)
Site: www.defensoria.rj.def.br

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL
DO ESTADO**

André Luís Machado de Castro

**1º SUBDEFENSOR PÚBLICO-
GERAL DO ESTADO**

Denis de Oliveira Praça

**2º SUBDEFENSOR PÚBLICO-
GERAL DO ESTADO**

Rodrigo Baptista Pacheco

CHEFE DE GABINETE

Paloma Araújo Lamego

**DIRETOR GERAL DO CENTRO
DE ESTUDOS JURÍDICOS –
CEJUR**

José Augusto Garcia de Sousa

**DIRETORA DE CAPACITAÇÃO
DO CENTRO DE ESTUDOS
JURÍDICOS – CEJUR**

Adriana Silva de Brito

**COORDENADORIA DE DEFESA
DOS DIREITOS DA MULHER
COORDENADORA**

Flávia Brasil Barbosa do
Nascimento

SUBCOORDENADORA

Maria Matilde Alonso Ciorcciari

ASSESSORA DE PROJETOS

Jaqueline Telles

PROJETO GRÁFICO

Rafael Veiga

REVISÃO

Lucia Koury

© 2018 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o prévio
consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catálogo na Publicação (CIP)

Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal

R585e Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública Geral.
Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela
prática do aborto no Rio de Janeiro / Defensoria Pública do Estado do
Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa de Mulher dos Direitos Humanos,
CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de
Janeiro, 2018. – 224 p. – ISBN 978-85-93902-14-17

1. DIREITOS DA MULHER. 2. ABORTO - CRIMINALIZAÇÃO. 3. MULHERES.
I. Entre a morte e a prisão. II. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública
Geral. Centro de Estudos Jurídicos. III. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria
Pública Geral. Coordenação de Defesa dos Direitos da Mulher.

CDDir. 341.272

APRESENTAÇÃO

A propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, tendo como objetivo a declaração de não recepção parcial, pela Constituição de 1988, dos arts. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, garantindo às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação nas primeiras 12 (doze) semanas, de acordo com a sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, reacende o debate acerca da descriminalização do aborto.

Atenta a sua missão constitucional e legal de promoção dos direitos humanos e ainda de defesa dos interesses individuais e coletivos dos grupos sociais vulneráveis, que mereçam proteção especial do Estado, conforme preconizado pelo art. 134 da CRFB/88 e arts. 3º-A e 4º, inc. XI, ambos da Lei Complementar nº 80/94, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) requereu sua admissão na ADPF nº 442 na qualidade de *amicus curiae* - representando mulheres que estão envolvidas com processos judiciais sobre a temática.

Diante dos debates teóricos suscitados sobre o tema, e a partir da experiência da atuação cotidiana, somado à robustez do relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da DPRJ, que identificou o perfil das mulheres processadas por aborto no Rio de Janeiro, buscamos demonstrar o impacto desproporcional que a criminalização da prática do aborto promove sobre determinado grupo de mulheres.

Inicialmente, foi criado internamente um grupo de trabalho, multidisciplinar por excelência, com o fito de elaborar a referida petição - que contou com a participação da academia. As sucessivas reuniões foram identificando a afinidade intelectual daquele GT com a temática. A força fática, expressada nos dados apontados na pesquisa, orientou toda produção teórica da peça, uma reflexão a partir dos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação diante do impacto desproporcional da criminalização do aborto na vida nas mulheres; sobremaneira das mulheres negras e em situação de pobreza.

Fruto deste trabalho coletivo que tem a marca do pioneirismo em seu fazer, a presente publicação reúne, na forma de artigos, os textos e as ideias centrais desenvolvidos pelas autoras e pelos autores e que consubstanciaram a petição de ingresso, na qualidade de *amicus curiae* da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

ANDRÉ LUIS MACHADO DE CASTRO

Defensor Público-Geral

FLAVIA BRASIL BARBOSA DO NASCIMENTO

Coordenadora de Defesa dos Direitos da Mulher

PREFÁCIO

Vem ver comigo, companheira, a cor do mundo mudar.

Thiago de Mello

A Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher, órgão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - DPRJ, tem como objetivo, entre outras diretrizes, a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Compartilhamos do entendimento assumido pela Organização das Nações Unidas que, desde 1994, quando da realização da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – da qual o Brasil é signatário –, reconhece o pleno direito ao exercício individual, livre e responsável da sexualidade e reprodução humana das mulheres.

Desta forma ampliamos nossa atuação orientada à saúde da mulher, permitindo que a política institucional de gênero lance luzes sobre as relações entre o aborto, sua criminalização e a promoção da saúde integral das mulheres.

Com efeito, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada no STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ação que visa à declaração de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/194) pela Constituição Federal de 1988, nos convoca mais uma vez ao debate e à participação.

A ADPF n.º 442 aprofunda o entendimento de que os artigos referidos violam os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação - bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196º; art. 226º, § 7º todos da Constituição Federal).

A partir da articulação dos membros do Grupo de Trabalho de Monitoramento das Políticas Institucionais na Perspectiva de Gênero, construímos estratégias efetivas de participação e enfrentamento da criminalização do aborto nesta ADPF. Para tanto, recorreremos à figura processual do *amicus curiae*.

Reconhecendo a enorme capacidade da Defensoria Pública de acessar dados, processos judiciais e, na radicalidade, pela prática no atendimento cotidiano às mulheres, resolvemos apresentar nossos argumentos e teses no contexto das mulheres incriminadas pela prática do aborto no estado do Rio de Janeiro, no período de 2005 a 2017. Buscamos ampliar essas vozes reais, com histórias próprias e singulares, permeadas por dores, medos e crenças.

Deste trabalho articulado, construído com muito diálogo e a muitas mãos, emergiram a pesquisa e os artigos que ora apresentamos – textos que conformaram a petição de *amicus curiae* protocolada no Supremo Tribunal Federal.

Que as nossas vozes se unam às das mulheres negras, pobres e periféricas que reivindicam por mudanças nas estruturas legais, pois são elas que constituem a população “selecionada” para responder a esta política incriminadora e discriminatória vigente. Queremos contribuir nessa amplificação de suas falas – sem eclipsar seu protagonismo –, abrir novas perspectivas a partir das quais a vida e a dignidade das mulheres tenham importância.

ARLANZA REBELLO

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

15

Perfil das mulheres
processadas por aborto
no Rio de Janeiro

CAPÍTULO 2

51

Impactos da criminalização
do aborto no Brasil

CAPÍTULO 3

85

Existência incriminada

CAPÍTULO 4

99

Análise da proibição ao aborto sob o
prisma da Jurisprudência Internacional
de Direitos Humanos

CAPÍTULO 5

Da ausência de violação à separação
dos poderes por declaração
de inconstitucionalidade da
proibição ao aborto

137

CAPÍTULO 6

Atuação estratégica e defesa
dos direitos da mulher

149

CAPÍTULO 7

Petição de *Amicus Curiae* da Defensoria Pública
do Estado do Rio de Janeiro na Arguição de
Descumprimento de Preceito Fundamental
(ADPF) nº 442

159

Sobre as autoras/autor

220

1 - INTRODUÇÃO

Atendendo à solicitação da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça realizou um levantamento de dados a partir da consulta aos processos de aborto em trâmite no estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de traçar o perfil das mulheres que são criminalizadas por esse tipo de conduta.

Para dar início à pesquisa, solicitamos os números dos processos no acervo geral do Tribunal de Justiça com os seguintes assuntos: aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126 do Código Penal); aborto qualificado (art. 127 do CP); e aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do CP). Enquanto os dois primeiros artigos tipificam a conduta de provocar aborto, com ou sem o consentimento da gestante, o último volta-se à tipificação da conduta da gestante, que provoca aborto em si mesma ou consente que outrem o provoque. A forma qualificada prevê o aumento das penas previstas nos arts. 125 e 126 em um terço, se, em consequência do aborto, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, ou em dobro, se ela vier a morrer.

A pena prevista para a conduta de provocar o aborto sem o consentimento da gestante é de três a dez anos, enquanto que com o seu consentimento é de um a quatro anos. A pena prevista no art. 124, voltado para a gestante, é de um a três anos. Todas essas modalidades são dolosas. Não há previsão de prática culposa desses crimes.

É importante lembrar que o art. 89 da Lei n.º 9.099/95 dispõe que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, poderá ser proposta a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que presentes uma série de requisitos, tais como ter bons antecedentes. Durante o período de prova, o acusado deve observar uma série de condições, tais como proibição de frequentar determinados lugares; proibição de se ausentar da comarca sem autorização do juiz; comparecimento pessoal em juízo, e não ser processado por outro crime. Se, ao final, as condições forem cumpridas, o juiz extingue a punibilidade.

Tanto a conduta prevista no art. 126 (aborto com o consentimento da gestante), quanto a prevista no art. 124 dão ensejo à concessão da suspensão condicional do processo.

A partir do filtro do assunto, o Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional do Tribunal de Justiça do RJ entregou uma planilha extraída do seu sistema em 29/08/2017, com 136 processos. O acervo geral do TJRJ é composto por todos os processos que não foram arquivados definitivamente. Na lista recebida, estão processos distribuídos entre 2005 e 2017.

Além do número do processo, há indicação da sua situação (ativo ou baixado), se há segredo de justiça decretado, qual é a classe do processo, o assunto, a competência, a comarca, a serventia, a data da distribuição, um resumo com os personagens, se tem réu preso, se o processo é eletrônico e, por fim, se o processo foi sentenciado.

Um novo filtro foi aplicado à planilha, pois dentre as classes indicadas várias não diziam respeito a processos criminais para verificação da autoria e materialidade de crimes de aborto, tais como *habeas corpus*, alvará judicial, carta precatória, medidas protetivas de urgência, processo de apuração de ato infracional etc. Foram mantidas as

seguintes classes: ação penal de competência do júri; ação penal – procedimento ordinário e ação penal – procedimento sumário.

Além disso, foram selecionados apenas os processos com situação ativa, excluindo-se os baixados, já que não seria possível encontrá-los em cartório para consulta.

Com a aplicação desses dois filtros, restaram 78 processos. Foi realizada uma consulta inicial ao andamento desses processos na página da internet do TJRJ, verificando-se que quatro deles, apesar de terem sido enquadrados nas classes indicadas acima, diziam respeito a outro tipo de procedimento, tais como pedido de autorização para interrupção de gravidez, concessão de medidas protetivas ou inquérito policial.

Além dos processos indicados na planilha do TJRJ, a defensora pública de Belford Roxo enviou um novo, que não constou no acervo geral por estar classificado com o assunto “lesão corporal gravíssima e associação criminosa”, apesar dos réus terem sido denunciados pelo crime de aborto.

O universo da pesquisa, portanto, ficou restrito a 75 processos, divididos entre as seguintes comarcas:

1.1 – Figura 1

TOTAL DE PROCESSOS POR COMARCA – FILTROS SITUAÇÃO DO PROCESSO E CLASSE	
Comarca da capital	37
Comarca de Barra Mansa	1
Comarca de Belford Roxo	2
Comarca de Cabo Frio	3
Comarca de Carmo	2
Comarca de Cordeiro	1
Comarca de Duque de Caxias	2
Comarca de Itaboraí	1
Comarca de Japeri	1

continua >

Comarca de Magé	1
Comarca de Niterói	2
Comarca de Nova Iguaçu	2
Comarca de Petrópolis	1
Comarca de Rio Bonito	1
Comarca de São Gonçalo	3
Comarca de São João de Meriti	5
Comarca de São Pedro da Aldeia	1
Comarca de Sapucaia	1
Comarca de Teresópolis	2
Comarca de Três Rios	4
Comarca de Valença	1
Comarca de Volta Redonda	1
TOTAL	75

Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Como a proposta era identificar o perfil das mulheres processadas por aborto, apenas o andamento disponível na página do TJRJ não se mostrou suficiente para selecionar informações pessoais como cor, escolaridade, ocupação e estado civil dessas mulheres. Portanto, foi preciso ter acesso aos processos, especialmente às peças do inquérito policial como as declarações prestadas na delegacia, a folha de antecedentes e o registro de vida pregressa.

Na capital, os processos de crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, como é o caso do aborto, tramitam em quatro varas criminais diversas. Foi feita uma solicitação de acesso desses processos aos juízes titulares dessas varas, com o “de acordo” dos defensores em atuação em cada uma delas, de forma que fosse possível fazer carga e copiar as peças principais para posterior consulta¹.

¹ Agradecemos ao subcoordenador de defesa criminal da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Ricardo André de Souza, pela parceria na elaboração das solicitações, ao servidor Pedro Castello Branco Costa, por ter colaborado no acesso aos defensores públicos e cartórios judiciais das quatro varas criminais, e aos defensores públicos dos quatro órgãos de atuação que concordaram com a realização da pesquisa. Além disso, agradecemos ao coordenador de defesa criminal, Emanuel Queiroz Rangel, por ter disponibilizado sua senha para acesso aos processos eletrônicos.

Quanto aos processos das comarcas da baixada e do interior, as cópias foram digitalizadas e enviados por e-mail pelos defensores em atuação nesses locais, mediante solicitação da coordenação do NUDEM².

Foi preciso estabelecer uma data limite para recebimento dos processos e posterior elaboração do relatório, sendo que até o dia 27/10/2017 não tinham sido enviados os processos das comarcas de Magé, Nova Iguaçu, São Gonçalo e São Pedro da Aldeia. Alguns processos da capital também não foram acessados porque estavam com vista para o Ministério Público ou não foram encontrados nos dias de comparecimento aos cartórios (27 a 29/09/2017).

Ao final, 20 processos não foram acessados. Sendo assim, 55 processos (73,3% do total) foram consultados com o intuito de preencher uma planilha com os seguintes campos:

- a)** número do processo, comarca, serventia e data de distribuição;
- b)** quantidade de réus;
- c)** gênero; ocupação; cor; escolaridade; residência; estado civil;
- d)** idade da gestante na data do fato; se ela possui filhos e quantos; se já fez outros abortos; o método abortivo; o valor pago pelo aborto e o período de gestação;
- e)** data do fato e como se deu seu conhecimento;
- f)** se o réu possui antecedentes criminais e teve a prisão provisória decretada;
- g)** se houve atuação da Defensoria Pública;
- h)** a fase em que se encontra o processo e se há alguma decisão judicial relevante;
- i)** o relato do caso.

² Da mesma forma, agradecemos aos defensores, servidores e auxiliares dos órgãos de atuação que dedicaram seu tempo a solicitar os processos nos cartórios, digitalizá-los e enviá-los para a Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça.

1.2 – Figura 2

TOTAL DE PROCESSOS COM ACESSO FÍSICO POR COMARCA	
Comarca da capital	33
Comarca de Barra Mansa	1
Comarca de Belford Roxo	2
Comarca de Cabo Frio	3
Comarca de Carmo	1
Comarca de Cordeiro	1
Comarca de Itaboraí	1
Comarca de Japeri	2
Comarca de Niterói	2
Comarca de Petrópolis	1
Comarca de Rio Bonito	1
Comarca de São João de Meriti	2
Comarca de Sapucaia	1
Comarca de Teresópolis	2
Comarca de Valença	1
Comarca de Volta Redonda	1
TOTAL	55

Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Para melhor compreensão do universo da pesquisa, a leitura dos **55 processos** possibilitou sua divisão em alguns grupos.

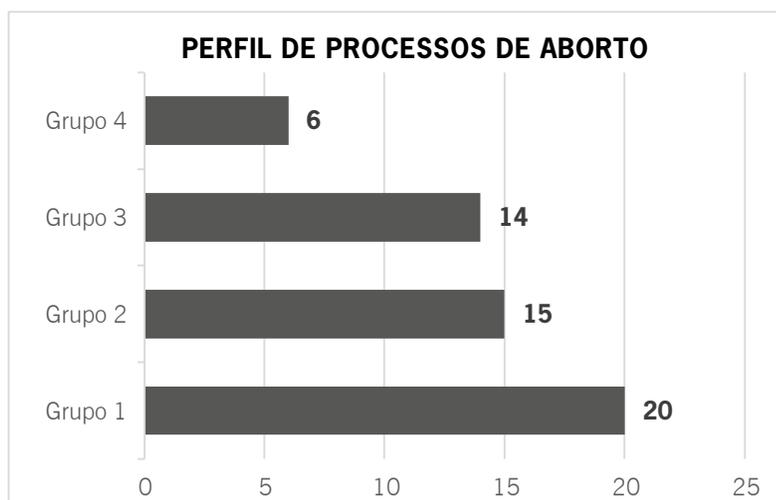
O **primeiro grupo** seria das mulheres que praticaram aborto sozinhas ou contaram com a ajuda de uma terceira pessoa para realizar um aborto, quase sempre alguém do seu círculo familiar ou alguém com quem ela teve um relacionamento sexual (Grupo 1).

O **segundo grupo** seria o de pessoas que obrigaram a mulher com quem mantiveram relacionamento a praticar o aborto, seja forçando-as a ir até uma clínica, seja obrigando-as a tomar um remédio abortivo. Inclui-se também os casos de familiares e de médicos que foram negligentes no atendimento de mulheres grávidas (Grupo 2).

O **terceiro grupo** seria composto pelos processos em que ocorreu investigação policial de clínicas clandestinas de aborto. Nesses casos, além dos funcionários envolvidos, algumas mulheres que estavam realizando ou tinham acabado de realizar um procedimento para encerrar a gravidez foram processadas pela prática do art. 124 do CP, em conjunto com os demais réus, processados pelo art. 126 do CP. Em apenas dois processos não havia nenhuma mulher processada pela prática de aborto. Um deles, com 75 réus que trabalhavam em várias clínicas, e outro em que a vítima de aborto faleceu e, por isso, o crime foi descoberto, pois não houve investigação prévia da polícia (Grupo 3).

Por fim, o **quarto grupo**, de processos que foram desmembrados de outros processos analisados. Isso costuma ocorrer no caso de clínicas, ou porque a mulher processada em conjunto com as pessoas que trabalhavam na clínica aceitou a suspensão condicional do processo e houve o desmembramento para assinatura do comparecimento periódico em cartório, ou porque eram muitos réus e alguns foram citados por edital (Grupo 4).

1.3 – Figura 3



Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

A proposta desse relatório é, em primeiro lugar, apresentar uma análise do perfil da mulher que responde criminalmente pela prática de aborto no Estado do Rio de Janeiro, seja quando teria agido sozinha, em conjunto com alguém familiar, ou quando estava na clínica no momento em que os policiais chegaram.

Para atingir esse objetivo, será apresentado um perfil dos processos de cada grupo indicado acima. Apesar de alguns grupos não serem objeto direto da pesquisa, como o de processos em que um terceiro está sendo processado pela prática do aborto sem consentimento da mulher, sua análise se mostrou interessante e foi incluída no relatório na medida em que representa mais uma violência praticada contra a mulher que, por vezes, é privada, de forma violenta e arbitrária, do desejo de manter a gravidez.

2 - PERFIL DAS MULHERES PROCESSADAS

2.1 – Grupo 1

Do total de 225 réus³, 50 foram processados pelo art. 124, consumado ou tentado (na forma do art. 14 do CP), e, muitas vezes, na forma do art. 29 do CP, que trata do concurso de pessoas, por meio da participação, quando o terceiro instiga, induz ou auxilia a gestante na prática abortiva.

³ Esse total não abarca os réus de processos desmembrados, pois haveria duplicidade de informação se uma pessoa fosse contada antes e depois do desmembramento.

2.1.1 – Figura 4

PERFIL DOS PROCESSOS EM QUE HÁ DENÚNCIA PELO ART. 124 DO CP	
TIPO PENAL	TOTAL DE RÉUS
Art. 124 do CP	39
Art. 124 n/f art. 29 do CP (participação)	8
Art. 124 n/f art. 14 do CP (tentativa)	3
TOTAL	50

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

São oito casos de réus processados pelo art. 124 na forma do art. 29 do CP, ou seja, de pessoas que auxiliaram de alguma forma a realização do aborto pela mulher. Em seis deles, as pessoas processadas estavam acompanhando a mulher que foi fazer aborto na clínica. Desses, cinco são homens - companheiros, namorados ou maridos das mulheres que faziam o aborto - e uma era uma amiga. Em um deles, a pessoa processada era a mãe da gestante, que teria dado dinheiro para a filha de 22 anos comprar o remédio abortivo. Por fim, no último deles, o réu teria tido um relacionamento amoroso com a gestante, não aceitou a gravidez, obrigando-a a tomar o remédio abortivo. Nesse caso, a gestante foi processada pela prática do art. 124 do CP, porém foi impronunciada pelo(a) juiz(a)⁴.

2.1.2 – Figura 5

SITUAÇÃO PROCESSUAL DOS RÉUS DENUNCIADOS PELA PARTICIPAÇÃO NO CRIME DE ABORTO PRATICADO PELA GESTANTE (ART. 124 N/F ART. 29 DO CP)		
8 réus	6 acompanhantes em clínicas	Três casos de homologação da proposta de suspensão condicional do processo. Três casos em fase de AIJ.
	1 mãe que deu dinheiro para comprar o remédio	Plenário do Júri marcado para 2018
	1 parceiro obrigou a gestante a tomar remédio	Homologação da proposta de suspensão condicional do processo

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

⁴ De acordo com o art. 414 do Código de Processo Penal, o juiz impronunciará o acusado quando não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Do total de 42 mulheres processadas pelo crime consumado ou tentado, previsto no art. 124 do CP, 15 eram as únicas réas no processo; cinco foram processadas em conjunto com a pessoa com quem tinham um relacionamento sexual ou com algum familiar que lhe auxiliou, e as demais (22) foram processadas em conjunto com as pessoas que trabalhavam nas clínicas onde estavam fazendo o aborto quando os policiais chegaram.

Os três casos de aborto tentado praticado pelas gestantes estão inseridos nesse grupo de mulheres que estavam na clínica no momento em que o procedimento para realização do aborto estava começando e, em razão da chegada dos policiais, não foi concluído.

2.1.3 – Figura 6

PERFIL DAS MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	
TIPO PENAL	TOTAL DE RÉUS
Única ré processada	15
Mulher processada em conjunto com +1 (familiar ou parceiro)	5
Mulher processada com +3 em clínicas clandestinas	22
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

O Grupo 1, portanto, é composto por 20 mulheres. Na maioria dos casos, o método abortivo utilizado por elas foi a ingestão de Citotec⁵ ou de chás abortivos. Em um caso, além de chás abortivos, a mulher ingeriu comprimidos de permanganato de potássio. Há, ainda, um caso sem informação, que diz respeito a uma mulher que abortou no banheiro da sua casa e não informou o que provocou o aborto. Apenas em um caso, a mulher realizou um procedimento cirúrgico em uma clínica, passou mal três dias depois e foi até um posto médico.

⁵ O Citotec é um medicamento composto pela substância misoprostol, indicado para o tratamento de úlceras, mas, por provocar fortes contrações uterinas é utilizado por mulheres que desejam abortar. Com as contrações, ocorre a expulsão do feto, que morre asfixiado, já que não tem o pulmão formado para respirar fora do corpo da mulher. A comercialização desse medicamento é proibida no Brasil.

2.1.4 – Figura 7

PROCEDIMENTO ABORTIVO – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Citotec	14
Chás abortivos	3
Chás abortivos e permanganato de potássio	1
Cesariana em clínica	1
Sem informação	1
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Em geral, o que deu início à investigação foi a denúncia do próprio hospital ou de familiares que ou não sabiam como proceder em relação ao feto ou pediram ajuda para socorrer a mulher que abortava em casa. Há também dois casos de denúncia de terceiros: um referente a uma mulher que abortou no banheiro do shopping onde trabalhava e funcionários relataram o que ocorreu, e outro, que diz respeito a uma mulher que abortou, em uma cidade pequena e seu irmão jogou o feto no lixo da rua, o lixeiro encontrou e os vizinhos indicaram quem estava grávida no bairro.

O caso de denúncia da vítima, diz respeito à mulher que alegou ter sido obrigada pela pessoa com quem tinha um relacionamento amoroso a tomar o remédio abortivo, mas foi processada pelo art. 124 do CP, e, ao final, impronunciada.

2.1.5 – Figura 8

CONHECIMENTO DO FATO – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Denúncia hospital/posto médico	13
Informação prestada por familiares	4
Denúncia terceiros	2
Denúncia vítima	1
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Em algumas situações, a denúncia do hospital ocorre relacionada a um pedido de remoção do feto, mas em dois casos, ocorridos na capital, o policial de plantão no hospital foi chamado enquanto as mulheres estavam sendo atendidas, tendo, inclusive, um deles, falado que era assistente social para obter a confissão da ré.

Em regra, o hospital que faz a denúncia é público ou recebe repasses de algum ente estatal para atender pacientes pelo SUS. Há também casos de denúncia pelo posto de saúde/UPA. Apenas em um caso o hospital que atendeu a gestante faz parte da rede privada.

Observa-se que a situação dessas mulheres é de extrema vulnerabilidade, pois, como regra, elas recorrem ao atendimento médico porque se sentiram muito mal em casa, vindo a abortar, muitas vezes, no local onde foram atendidas. Constatou-se que é comum que a mulher demore a se decidir pelo aborto por medo de ser descoberta, realizando o procedimento com a gravidez já em estágio avançado, sofrendo de forma mais drástica os efeitos do procedimento de interrupção da gestação. Notou-se também que muitas abortam no banheiro do hospital e são hostilizadas pelos médicos e enfermeiros que deveriam auxiliá-las a entender o que ocorreu com elas.

Há também dois casos de mulheres que tomaram chás abortivos, começaram a sentir dores e sofreram todo o processo de expulsão do feto sozinhas dentro do banheiro de suas casas, sem nenhum apoio, ao menos de um familiar. Ambas já estavam na segunda metade da gravidez e relatam que a sensação que tiveram é de praticamente terem parido sozinhas.

2.1.6 – Figura 9

LOCAL ONDE O ABORTO FOI FINALIZADO – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Banheiro de casa	5
Em casa	4
Banheiro do hospital/posto de saúde	3
Hospital	6
Clínica clandestina	1
Banheiro do trabalho (shopping)	1
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

No caso das cinco mulheres que foram processadas com mais uma pessoa, três tomaram Citotec, uma tomou chás abortivos e a outra realizou uma cesariana numa clínica, alegando que foi pressionada pelo outro réu, processado pelo art. 126 do CP. Os outros réus são: a mãe da gestante que teria dado o dinheiro para a compra do remédio abortivo, processada pelo art. 124 n/f art. 29 do CP; o marido da gestante, que não sabia do aborto praticado por ela, mas enterrou o feto e foi processado pelo art. 211 do CP (ocultação de cadáver); a pessoa com quem a ré teve um relacionamento amoroso e não aceitou a gravidez, obrigando-a a tomar o remédio abortivo, processado pelo art. 124 n/f art. 29 do CP; e o ex-marido da gestante, que teria comprado o remédio abortivo para ela, também processado pelo art. 124 n/f art. 29 do CP.

Abaixo, o perfil das 20 mulheres que compõe o Grupo 1. Para ilustrar melhor as características de cada uma delas, optou-se por indicar individualmente cada um dos casos, diante da dificuldade de agrupá-los, pois algumas informações não se repetem, como a ocupação, a idade e as semanas de gestação. Além disso, entendeu-se que a informação fornecida em conjunto, ainda que algumas possam ser agrupadas, como a cor e a escolaridade, ilustram melhor quem é essa mulher. O nome e qualquer outra informação que possa identificá-la, como o número do processo, foram suprimidos. Os quadrados em branco indicam os casos em que a informação não foi encontrada.

2.1.7 – Figura 10

COMARCA	OCUPAÇÃO	COR	ESCOLARIDADE	BAIRRO DA RESIDÊNCIA	ESTADO CIVIL	IDADE DA GESTANTE NA DATA DO FATO	GESTANTE POSSUI FILHOS? QUANTOS?	MÉTODO ABORTIVO	TEMPO DE GESTAÇÃO
Capital	Garota de programa	Parda	Analfabeta	Praça da Bandeira	Solteira	23	S/1	Citotec	6 meses
Capital	Técnica de enfermagem	Parda	-	Vargem Grande	Solteira	30	-	Citotec	22 semanas
Capital	Do lar	Branca	1º grau incompleto	Duas Barras	Solteira	23	S/2	Cesariana em uma clínica	20 semanas
Capital	Desempregada	Negra	1º grau incompleto	Ladeira dos Tabajaras, Copacabana	União estável	22	S/1	Citotec	6 meses
Capital	Do lar	Negra	1º grau	Pavão Pavãozinho	Solteira	22	S/3	Citotec	5 meses
Duque de Caxias	Do lar	Branca	-	Santa Marta	Solteira	28		Citotec	3 meses
Itaboraí	Servente	Branca	2º grau incompleto	Nova Cidade	Solteira	26	S/1	Citotec	38 semanas
Japeri	Manicure	Parda	1º grau incompleto	Jardim Primavera	União estável	23	S/3	-	-
Teresópolis	Autônoma	Branca	1º grau incompleto	São Pedro	Solteira	25	-	Citotec	-
Carmo	Do lar	Negra	-	Barra de São Francisco	Casada	34	S/3	Chás abortivos	3 meses
Cabo Frio	Estudante	Parda	2º grau	Jardim Caiçara	Solteira	21	-	Citotec	10 semanas
Duque de Caxias	-	Negra	-	Gramacho	Solteira	18	S/1	Citotec	6 meses
Valença	Estudante	Branca	3º grau	Santa Cruz	Solteira	28	S/2	Citotec	26 semanas
Cabo Frio	Trabalha em restaurante por R\$ 700,00	Branca	-	Palmeiras	Solteira	27	S/3	Chás abortivos	6 meses
Petrópolis	Salgadeira	Branca	-	Jardim Salvador	Casada	33	-	Citotec	4 a 5 meses
Cabo Frio	Auxiliar de cozinha	Parda	-	Porto do Carro	Solteira	33	S/2	Citotec	4 meses
Teresópolis	-	Negra	-	Rosário	Solteira	23	-	Chás abortivos e permanganato de potássio	5 meses
Sapucaia	-	Branca	-	Pião	União estável	36	S/2	Chás abortivos	6 meses
Rio Bonito	Faxineira	Negra	-	Jacuba	Solteira	34	S/2	Citotec	28 semanas
Niterói	Vendedora	Parda	-	Rio do Ouro	Solteira	19	N	Citotec	20 a 25 semanas

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Dos dados acima, extrai-se que 60% das mulheres são negras e 40% são brancas. No campo da escolaridade, cinco têm o 1º grau (completo ou incompleto), duas, o 2º grau (completo ou incompleto), uma é analfabeta, uma tem o 3º grau e em 11 casos não foi possível obter essa informação.

2.1.8 – Figura 11

COR – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Branca	8
Parda	6
Preta	6
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

2.1.9 – Figura 12

ESCOLARIDADE – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Analfabeta	1
1º grau	5
2º grau	2
3º grau	1
Sem informação	11
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Quanto ao estado civil, 15 são solteiras, duas casadas e três viviam em união estável na data dos fatos. Do total, 13 mulheres (65%) disseram possuir filhos.

2.1.10 – Figura 13

ESTADO CIVIL – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Solteira	15
Casada	2
União estável	3
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

A idade dessas mulheres na data dos fatos varia entre 18 e 36 anos.

2.1.11 – Figura 14

IDADE – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Entre 18 e 21 anos	3
Entre 22 e 25 anos	7
Entre 26 e 29 anos	4
Entre 30 e 36 anos	6
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

O tempo de gestação varia muito, mas **apenas três mulheres indicaram gestação abaixo de 12 semanas ou 3 meses** (16,6% dos casos com informação). Já 12 mulheres indicaram gestação entre 16 e 25 semanas, duas entre 26 e 28 semanas e uma mulher estaria em estado avançado de gravidez, com 38 semanas (83,3% dos casos com informação).

Do total de 20 casos, **13 mulheres relataram ter outros filhos**: quatro indicaram ter um filho; cinco indicaram ter dois filhos e quatro indicaram ter três filhos.

Segue tabela com a situação processual das mulheres processadas pelo art. 124 do CP. É possível perceber que 11 mulheres aceitaram a suspensão condicional do processo.

2.1.12 – Figura 15

FASE PROCESSUAL – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
Recebimento da denúncia	2
Ré citada por edital ou por precatória	2
Audiência de instrução e julgamento designada	1
Alegações finais	1
Sentença de impronúncia	1
Sentença de pronúncia	1

continua >

Citação para se manifestar sobre proposta de suspensão	1
Homologada a suspensão condicional do processo	9
Extinção da punibilidade pelo cumprimento das condições	2
TOTAL	20

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Por fim, **15 mulheres (75%) foram assistidas pela Defensoria Pública** durante alguma fase ou em todo o processo. Em três casos, foi possível identificar a atuação de um advogado e em dois, o processo ainda está na fase de citação.

Não há nenhum caso de prisão provisória decretada e em dois casos foi possível identificar o pagamento de fiança, uma no valor de R\$ 400,00 e outra no valor de R\$ 8.310,00. **Nenhuma mulher possuía antecedentes criminais na data dos fatos.**

2.2 – Grupo 2

O Grupo 2 é composto pelos casos de réus que obrigaram a mulher a praticar o aborto, seja forçando-as a ir até uma clínica, seja obrigando-as a tomar um remédio abortivo. Inclui-se aqui os médicos que foram negligentes no atendimento de mulheres grávidas. Há também casos em que os réus foram acusados de praticar aborto com o consentimento da gestante, mas que levaram a vítima a óbito ou a vítima não era maior de quatorze anos, aplicando-se a pena do art. 125 do CP, por presunção de que o consentimento foi viciado, nos moldes do art. 126, § único do CP⁶.

⁶ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

São 15 processos no Grupo 2, entretanto serão considerados 16 casos, pois um dos processos foi contabilizado no Grupo 1, já que a mulher foi denunciada pelo art. 124 do CP, mas a pessoa com quem ela tinha um relacionamento amoroso respondeu pelo art. 126 n/f art. 29 do CP. Segue a tabela com os casos distribuídos de acordo com o crime imputado:

2.2.1 – Figura 16

TIPO PENAL – GRUPO 2	TOTAL DE CASOS
Art. 125 do CP	4
Art. 125 n/f art. 29 do CP	1
Art. 125 n/f art. 14 do CP e art. 129, §9º do CP	3
Art. 125 n/f art. 13 do CP (omissão)	1
Art. 126 do CP	1
Art. 126, § único do CP	1
Art. 126 n/f art. 29 do CP	2
Art. 126 n/f art. 14 do CP	1
Art. 126 c/c art. 127 do CP	1
Art. 126 c/c art. 127 do CP, n/f art. 29 do CP	1
TOTAL	16

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Em 11 processos, apenas um réu foi denunciado e, em cinco, foram dois réus denunciados. Em um deles, o réu foi denunciado em conjunto com a mulher que teria provocado o aborto, processada pelo art. 124 do CP. No outro, o réu foi processado por ter forçado a vítima com quem tinha um relacionamento amoroso a realizar o aborto em conjunto com o médico que executou o procedimento.

Alguns casos merecem uma descrição mais detalhada do que ocorreu com a vítima, na medida em que ilustram o nível de violência, física ou psicológica, sofrida pela mulher que abortou.

Em um dos processos, a vítima tinha 14 anos e veio da Bahia para estudar e ajudar sua irmã nos afazeres domésticos, morando na sua casa. Os réus são sua irmã e seu cunhado, que teria abusado

sexualmente da vítima, engravidando-a. Os dois a obrigaram a tomar Citotec com sete meses de gravidez.

Outro processo relata o caso de uma vítima de 17 anos que engravidou do namorado. Nas declarações prestadas na delegacia, sua sogra, que a levou ao hospital em razão de complicações decorrentes do aborto, diz que a estimulou a dar fim a gravidez porque uma criança prejudicaria a carreira de seu filho. Após um aborto mal sucedido realizado com talo de mamona e Citotec, a vítima acabou falecendo. A sogra e o namorado da vítima foram denunciados pelo crime.

Com relação aos processos de réus únicos, em um deles o réu não aceitou a gravidez da mulher com quem tinha um relacionamento amoroso e a sufocou até que abrisse a boca e ingerisse quatro comprimidos de Citotec, contra a sua vontade.

Nos três casos de crime de aborto praticado sem o consentimento da vítima na forma tentada, os réus desferiram socos, chutes e pontapés nas vítimas, sendo duas delas companheiras dos réus e um outro caso se refere a uma prima do réu que foi agredida após criticá-lo por ter uma amante. No primeiro caso, o réu foi impronunciado porque o juiz entendeu que não houve intenção de causar o aborto, afastando a prática dolosa da conduta, mantendo apenas a acusação pelo art. 129, §9º (violência doméstica). No segundo, o réu foi absolvido pelo Conselho de Sentença, pelo menos motivo, tendo sido condenado pelo art. 129, §9º do CP. O terceiro caso está na fase de alegações finais.

Há dois casos de aborto provocado em gestantes de 14 anos. Um pelo próprio pai, que abusava sexualmente da vítima desde que ela tinha 8 anos, e outro pelo homem com quem a vítima tinha um relacionamento amoroso, mas que não aceitou a gravidez, pois estava noivo de outra mulher, ameaçando matar a vítima se ela não fosse com ele numa clínica fazer o procedimento.

Um caso relata a angústia de uma mãe que teria dado Citotec para sua filha quando ela tinha 13 anos, depois de pedir autorização judicial pra realizar o aborto legal e não conseguir. O caso foi reaberto quando a vítima já era maior de idade e em suas declarações ela disse que não lembrava de nada. A ré, mãe da vítima, foi impronunciada.

Dois processos cuidam de casos de médicos que teriam sido negligentes no tratamento dado às pacientes. Um deles teria retirado o útero da vítima em razão de um mioma, sem notar sua gravidez e outro foi omissivo no acompanhamento do trabalho de parto da vítima, levando à morte de seu filho.

Por fim, há dois casos de terceiros acusados de praticar o aborto, mas que não atendiam em clínicas. Em um deles, em razão de uma denúncia da família da mulher que queria interromper a gravidez, os policiais chegaram à casa da ré antes do início do procedimento e encontraram diversos instrumentos que são usados para realizar aborto.

No outro, a ré teria injetado numa sonda um remédio que provocaria o aborto, mas este procedimento provocou complicações que causaram a morte da vítima.

No Grupo 2, a idade das gestantes na data dos fatos varia entre 13 e 39 anos.

2.2.2 – Figura 17

IDADE – GRUPO 2	TOTAL DE CASOS
Entre 13 e 18 anos	5
Entre 20 e 23 anos	5
Entre 26 e 29 anos	2
Entre 30 e 39 anos	4
TOTAL	16

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

O tempo de gestação varia entre 7 semanas e 9 meses (caso da mulher que estava em trabalho de parto e houve negligência do médico), sendo que em oito casos a gravidez era de até 12 semanas, em dois casos de 20 semanas e em três, acima de 27 semanas. Em três casos não há informação sobre o tempo de gestação.

A tabela a seguir indica qual foi a causa do aborto:

2.2.3 – Figura 18

PROCEDIMENTO ABORTIVO – GRUPO 2	TOTAL DE CASOS
Citotec	4
Agressões físicas	4
Procedimento em clínica	3
Remédio na sonda	1
Talo de mamona/Citotec	1
Negligência médica	2
Procedimento não identificado (crime tentado)	1
TOTAL	16

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Quanto ao conhecimento do fato, além da denúncia da própria vítima ou de terceiros, há um caso de denúncia do posto médico que atendeu a vítima, e dois casos que envolvem menores de idade, em que o processo criminal decorreu de uma representação contra os responsáveis pela vítima, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2.4 – Figura 19

CONHECIMENTO DO FATO – GRUPO 2	TOTAL DE CASOS
Denúncia anônima ou de familiares	3
Denúncia vítima	6
Denúncia posto médico	1
Desdobramento representação infração adm. ECA	2
Óbito da vítima	3
Flagrante policial	1
TOTAL	16

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

A tabela a seguir indica a situação processual de cada um dos réus processados, totalizando 20 réus.

Optou-se por indicar a situação de cada um deles e não do processo porque há exemplos em que um dos réus faleceu, extinguindo a punibilidade, mas o processo continuou em relação ao outro réu. Conforme indicado acima são cinco processos com dois réus, sendo que em um deles a outra ré foi processada pelo art. 124 do CP, e foi contabilizada no Grupo 1:

2.2.5 – Figura 20

FASE PROCESSUAL (POR RÉU) – GRUPO 2	TOTAL DE CASOS
Recebimento da denúncia	3
Citação por edital	1
Aguardando cumprimento precatória testemunhas	2
Audiência de instrução e julgamento designada	3
Alegações finais	2
Sentença de impronúncia	2
Sentença de pronúncia	1
Homologada proposta de suspensão condicional do processo	1
Extinção da punibilidade pela morte do réu	1
Absolvição pelo Conselho de Sentença do crime de aborto	2
Condenação pelo Conselho de Sentença	2
TOTAL	20

Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

2.3 – Grupo 3

O Grupo 3 é formado pelos processos em que ocorreu investigação policial de clínicas clandestinas de aborto. Nesses casos, além dos funcionários envolvidos, algumas mulheres que estavam realizando ou tinham acabado de realizar um procedimento para encerrar a gravidez foram processadas pela prática do art. 124 do CP, em conjunto com os demais réus, processados pelo art. 126 do CP, e com as pessoas que lhe acompanhavam, processadas pelo art. 124 n/f art. 29 do CP. São 14 processos, sendo que em 12 deles há mulheres processadas pelo art. 124 do CP, e nos outros dois apenas os funcionários e médicos foram acusados do crime previsto no art. 126 do CP.

Esses processos resultaram em seis desmembramentos, que serão analisados em conjunto, pois dizem respeito aos mesmos casos. Em geral, o desmembramento ocorre porque as mulheres processadas aceitam as condições propostas para suspensão condicional do processo e um outro volume é aberto para coletar as assinaturas de comparecimento periódico em cartório, mas há um caso em que o desmembramento ocorre em relação ao réu que trabalhava na clínica, e outro caso porque os réus estavam foragidos.

São 22 mulheres processadas porque estavam na clínica no momento em que os policiais chegaram. Em três casos, seu marido/companheiro/namorado as acompanhavam na clínica e foram processados pelo art. 124 n/f art. 29 do CP, e em um caso quem a acompanhava na clínica era uma amiga, também processada nesses termos.

2.3.1 – Figura 21

COMARCA	Ocupação	COR	ESCOLARIDADE	BAIRRO DA RESIDÊNCIA	ESTADO CIVIL	IDADE DA GESTANTE NA DATA DO FATO	GESTANTE POSSUI FILHOS?	VALOR PAGO PELO ABORTO	TEMPO DE GESTAÇÃO
Capital	Operadora de telemarketing	Negra	2º grau	Campo Grande	Sepa-rada	30	S/2	R\$ 700,00	-
Capital	Do lar	Negra	2º grau	Jardim Catarina	Sepa-rada	35	S/1	R\$ 600,00	1 mês
Capital	Desempregada	Branca	-	Itaipu	Solteira	22	-	R\$ 1.600,00	9 semanas
Capital	Vendedora	Branca	-	Itanhangá	Solteira	21	-	R\$ 1.600,00	-
Capital	Técnica de enfermagem	Parda	2º grau	Barra Mansa	Solteira	29	-	R\$ 1.400,00	2 meses
Capital	Estudante	Negra	-	Santa Teresa	Solteira	27	-	R\$ 1.400,00	-
Capital	Do lar	Branca	2º grau	Ermitage, Teresópolis/RJ	Solteira	-	-	-	-
Capital	Auxiliar administrativo	Branca	-	Anchieta	Solteira	19	-	R\$ 1.500,00	7 semanas
Capital	Assistente administrativo	Branca	-	Bento Ribeiro	Solteira	31	-	R\$ 4.000,00	11 semanas
Capital	Estudante	-	-	Bonsucesso	Solteira	22	-	R\$ 800,00	2 meses
Capital	Assistente administrativo financeiro	-	-	Senador Vasconcellos	Solteira	25	-	R\$ 1.000,00	7 semanas
Capital	-	-	-	Santa Rosa, Niterói/RJ	Solteira	24	-	R\$ 1.700,00	5 semanas
Capital	-	-	-	Deodoro	Solteira	29	-	R\$ 1.200,00	-
Capital	-	Negra	2º grau	Cordovil	Solteira	19	-	R\$ 1.000,00	-
Capital	Do lar	Parda	2º grau	Parque São Vicente, Belford Roxo/RJ	União estável	30	S/1	R\$ 1.000,00	-
Capital	-	-	-	Engenho Novo	Solteira	28	-	-	-
Capital	-	-	-	Barra da Tijuca	-	22	-	R\$ 1.800,00	-
Capital	-	-	-	Vila Rica Tiradentes, Volta Redonda/RJ	-	36	-	R\$ 1.200,00	-
Capital	Administra-dora	Branca	3º grau	Méier	Casada	39	-	R\$ 1.800,00	-
São João de Meriti	Do lar	Parda	1º grau	Bairro da Prata, Nova Iguaçu/RJ	Casada	20	S/2	-	8 semanas
Belford Roxo	Técnica de enfermagem	Branca	-	Alto da Boa Vista, RJ/RJ	-	40	S/1	R\$ 3.000,00	6 semanas
Belford Roxo	Caixa	Branca	-	Botafogo, RJ/RJ	Casada	38	S/1	R\$ 4.500,00	10 semanas

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

O perfil da mulher que vai até uma clínica particular realizar o procedimento de interrupção da gravidez é diferente do perfil da mulher que se vale de outros métodos, como a ingestão de medicamentos e chás abortivos, especialmente no que diz respeito ao tempo de gravidez. Em todos os casos que se tem informação, a gestação estava abaixo de 12 semanas, o que indica que a mulher que pode pagar pelo procedimento consegue tomar a decisão com mais rapidez.

Oito mulheres são brancas, quatro negras e três pardas. Considerando os casos em que há informação sobre a cor, a proporção de mulheres brancas no Grupo 3 (53%) é maior do que no Grupo 1 (40%). Seis mulheres relataram ter de um a dois filhos.

2.3.2 – Figura 22

COR – GRUPO 3	TOTAL DE CASOS
Branca	8
Parda	3
Preta	4
Sem informação	7
TOTAL	22

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Considerando os casos com informação, há uma prevalência de mulheres com melhor escolaridade dos que as do Grupo 1, já que aqui 75% das mulheres cursaram até o 2º grau, enquanto no Grupo 1 esta porcentagem é de apenas 22%.

2.3.3 – Figura 23

ESCOLARIDADE – GRUPO 1	TOTAL DE CASOS
1º grau	1
2º grau	6
3º grau	1
Sem informação	14
TOTAL	22

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Em 19 casos analisados foi possível saber qual o **valor pago pelo procedimento**, que oscila **entre R\$ 600,00 e R\$ 4.500,00**.

Nenhuma dessas mulheres possuía antecedentes criminais na data do fato e há registro de três casos em que ocorreu o pagamento de fiança no ato da prisão em flagrante, nos valores de R\$ 315,00, R\$ 600,00 e R\$ 678,00.

Três mulheres foram processadas pelo art. 124 n/f art. 14 do CP, e o restante pelo art. 124 do CP. Em 13 casos, a mulher aceitou a proposta de suspensão condicional do processo (59%).

2.3.4 – Figura 24

FASE PROCESSUAL (POR RÉ) – GRUPO 3	TOTAL DE CASOS
Recebimento da denúncia	2
Trancamento da ação penal por falta de justa causa (via HC)	1
Audiência de instrução e julgamento designada	2
Alegações finais	2
MP aguarda FAC para avaliar preenchimento das condições para suspensão condicional do processo	2
Homologada proposta de suspensão condicional do processo	8
Extinção da punibilidade pelo cumprimento das condições	5
TOTAL	22

Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A atuação da Defensoria Pública foi identificada em nove casos e a de advogados particulares em oito casos. Em cinco casos, não foi possível identificar quem estava atuando em defesa da mulher. A proporção de mulheres assistidas pela Defensoria Pública no Grupo 3 (40%) é bem menor do que no Grupo 1 (75%).

A maioria das mulheres do Grupo 3 foi processada na capital, em situações em que ocorreu uma investigação policial mais aprofundada. O que se percebe da leitura dos processos é que a maioria das clínicas envolve os mesmos médicos, inclusive em um deles a denúncia busca relacionar as clínicas como uma rede criminosa.

Praticamente, todas as clínicas investigadas realizam outros procedimentos ginecológicos (apenas uma tinha como faixa uma clínica de estética) e contavam com médicos para realizar os procedimentos de interrupção da gravidez. Apenas uma delas, descoberta porque a vítima faleceu, era realmente o que se pode chamar de clínica clandestina, pois as duas mulheres processadas (mãe e filha) não tinham formação médica e realizaram o aborto de forma muito rudimentar, sem nenhum cuidado com a vítima.

Esse caso é importante para ilustrar o que pode acontecer com uma mulher que não encontra uma rede de assistência adequada para realizar o procedimento de interrupção da gravidez. Segundo a denúncia, as rés realizaram três procedimentos abortivos na vítima, com 19 semanas de gestação, mediante o pagamento de R\$ 3.500,00.

No primeiro, introduziram um tubo de borracha flexível no útero da vítima e injetaram uma substância indeterminada. Diante do fracasso desse procedimento foi tentado outra em que introduziram uma agulha de tricô e acabaram perfurando o útero e a parede do intestino reto, além de ter quebrado a agulha no corpo da vítima. Isso ocorreu num sábado e as rés fizeram com que a vítima dormisse no local, sem providenciar nenhum socorro médico adequado. No domingo de manhã, a vítima expeliu o feto e apresentou intenso sangramento e hipertermia. As rés acabaram realizando um terceiro procedimento, a aspiração, provavelmente para retirar qualquer resíduo existente no útero, o que fez com que parte das vísceras da vítima fossem expelidas pelo canal vaginal.

Ao invés de prestarem socorro adequado à vítima, ao verificarem que ela estava morrendo, as rés ligaram para uma terceira pessoa, também denunciada, que só chegou duas horas depois e a deixou no hospital, afirmando que teria sido abordado por traficantes que o obrigaram a levá-la até o local.

2.4 – Perfil conjunto das mulheres processadas pelo art. 124 do CP

No total, 42 mulheres foram processadas pela prática do crime previsto no art. 124, na forma consumada (39) ou tentada (3). Além dos dados já mencionados no início do relatório, seguem outras informações de forma agrupada, incluindo as mulheres dos Grupos 1 e 3, mencionados acima.

2.4.1 – Figura 25

COMARCA MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Comarca da Capital	24
Comarca de Belford Roxo	2
Comarca de Cabo Frio	3
Comarca de Carmo	1
Comarca de Duque de Caxias	2
Comarca de Itaboraí	1
Comarca de Japeri	1
Comarca de Niterói	1
Comarca de Petrópolis	1
Comarca de Rio Bonito	1
Comarca de São João de Meriti	1
Comarca de Sapucaia	1
Comarca de Teresópolis	2
Comarca de Valença	1
TOTAL GERAL	42

Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Depois da investigação policial (52,3%), a denúncia do hospital/posto médico (30,9%) é a que mais dá ensejo ao conhecimento de casos de aborto.

2.4.2 – Figura 26

CONHECIMENTO DO FATO MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Denúncia do hospital/posto médico	13
Informação prestada por familiares	4
Denúncia de terceiros	2
Denúncia da vítima	1
Investigação policial	22
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Com relação ao local onde foi finalizado o aborto, a maioria foi realizado em clínicas clandestinas (54,7%), seguido dos casos em que ocorreu em casa (21,4%) e no hospital (21,4%).

2.4.3 – Figura 27

LOCAL ONDE O ABORTO FOI FINALIZADO MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Banheiro de casa	5
Em casa	4
Banheiro do hospital/posto de saúde	3
Hospital	6
Clínica clandestina	23
Banheiro do trabalho (shopping)	1
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Considerando os casos com informação, os procedimentos abortivos mais utilizados são os realizados por clínicas (56%) e o Citotec (34%).

2.4.4 – Figura 28

PROCEDIMENTO ABORTIVO MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Citotec	14
Chás abortivos	3
Chás abortivos e permanganato de potássio	1
Procedimento em clínica	23
Sem informação	1
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Considerando os casos em que a ré foi citada para se manifestar sobre a proposta de suspensão do processo e o MP aguarda a folha de antecedentes da ré para avaliar se pode propor a suspensão, a maioria dos processos (64%) dá ensejo à aceitação desse tipo de condição.

2.4.5 – Figura 29

FASE PROCESSUAL MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Recebimento da denúncia	4
Ré citada por edital ou por precatória	2
Audiência de instrução e julgamento designada	3
Alegações finais	3
Sentença de impronúncia	1
Sentença de pronúncia	1
Citação para se manifestar sobre proposta de suspensão	1
Homologada a suspensão condicional do processo	17
Extinção da punibilidade pelo cumprimento das condições	7
Trancamento da ação penal por falta de justa causa (via HC)	1
MP aguarda FAC para avaliar preenchimento das condições para suspensão condicional do processo	2
TOTAL	42

Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Considerando os casos com informação, a maioria das mulheres processadas é negra (54,2%).

2.4.6 – Figura 30

COR MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Branca	16
Parda	9
Preta	10
Sem informação	7
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Do total de casos com informação, 35,2% das mulheres têm o 1º Grau, completo ou incompleto, e 47%, o 2º Grau, completo ou incompleto.

2.4.7 – Figura 31

ESCOLARIDADE MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Analfabeta	1
1º grau	6
2º grau	8
3º grau	2
Sem informação	25
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Considerando as informações recebidas, 72,5% das mulheres são solteiras e 22,5% são casadas ou vivem em união estável. Importante mencionar que esse dado é retirado de informações prestadas durante o inquérito policial, seja da sua folha de antecedentes, seja de sua qualificação durante o depoimento, e não é possível saber se reflete o real estado civil dessa mulher ou o que consta do seu registro civil, consultado pelo delegado, e que pode estar defasado.

2.4.8 – Figura 32

ESTADO CIVIL MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Solteira	29
Casada	5
União estável	4
Separada	2
Sem informação	2
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

A maioria das mulheres processadas pelo art. 124 do CP, tem entre 22 e 25 anos (29% dos casos com informação).

2.4.9 – Figura 33

IDADE MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Entre 18 e 21 anos	7
Entre 22 e 25 anos	12
Entre 26 e 29 anos	8
Entre 30 e 35 anos	9
Entre 36 e 40 anos	5
Sem informação	1
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Quanto ao fato de ter outros filhos, 19 mulheres relataram em seus depoimentos que desejaram interromper a gravidez porque, entre outros motivos, já possuíam filhos.

2.4.10 – Figura 34

FILHOS MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Sem filhos	1
1 filho	8
2 filhos	7
3 filhos	4
Sem informação	22
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Por fim, 54,7% das mulheres foram assistidas pela Defensoria Pública em algum momento do processo. Se forem considerados apenas os casos com informação, esse número sobe para 64,7%. Nenhuma das mulheres possuía antecedentes criminais, nem foi mantida presa durante o processo.

2.4.11 – Figura 35

DEFESA MULHERES PROCESSADAS PELO ART. 124 DO CP	TOTAL DE CASOS
Defensoria Pública	23
Advogado particular	12
Sem informação	7
TOTAL	42

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

2.5 – Considerações finais

O presente relatório foi elaborado para apresentar o perfil das mulheres processadas pelo crime previsto no art. 124 do CP. Da leitura de 55 processos que envolveram os tipos penais previstos nos arts. 124, 125 e 126 do CP, relacionados no acervo geral do TJRJ, foi possível identificar 42 mulheres processadas pela prática desse crime e separá-las em dois perfis diferentes (Grupos 1 e 3), conforme a situação em que se encontravam, se de prática individual do procedimento ou em clínicas.

Da análise desses dois grupos, foi possível perceber a situação de vulnerabilidade em que se encontram essas mulheres, que não encontram no sistema de saúde a estrutura adequada para atendê-las no caso de um aborto mal sucedido. Pelo contrário, sabendo que sua conduta é ilícita, essas mulheres adiam ao máximo a decisão, apesar de não demonstrarem em seus depoimentos que iriam desistir por esse motivo, agravando o risco ao realizarem um aborto num estágio avançado da gravidez, como ficou demonstrado no Grupo 1.

As mulheres que tomam remédios e chás abortivos não sabem qual vai ser o efeito dessas substâncias no seu corpo, arriscando a própria vida, com doses erradas e efeitos colaterais, além de demorarem a buscar ajuda quando o aborto está acontecendo, sofrendo sozinhas com o processo de expulsão do feto.

Conforme observado, as mulheres que têm condições de procurar clínicas de aborto são mais instruídas e o fazem logo no começo da gravidez. Apesar da situação arriscada em que realizam o procedimento, pois quase nunca podem perguntar como vai ser realizado e muitas vezes devem comparecer desacompanhadas e sem celular, e sofrem o risco de serem flagradas por policiais que investigam a clínica, essas mulheres estão em melhor situação, pois é mais comum contarem com a participação de um médico e tomam a decisão bem mais cedo, com a gravidez ainda em fase inicial.

1 - INTRODUÇÃO

Em novembro de 2017, a Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro analisou, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os processos criminais distribuídos entre 2005 e 2017 pela prática dos delitos previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal, os quais tipificam, respectivamente, as condutas de praticar em si mesma ou submeter-se a aborto; e de praticar aborto com consentimento da gestante.

No relatório produzido, chamam atenção alguns dos dados colhidos sobre o perfil das pessoas criminalizadas: as réas, na maioria dos casos, possuem cor e renda definidas. Trata-se, em grande parte, de mulheres em situação de vulnerabilidade, negras, pobres, com baixa escolaridade e residentes em áreas periféricas.

A partir desses dados estatísticos e de outros que demonstram que esse perfil não é uma singularidade do Rio de Janeiro, percebe-se, desde logo, a desproporcionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal e que não se pode discutir a (in)constitucionalidade desses dispositivos legais sem perpassar pela análise do princípio da igualdade, notadamente, sob o viés da não discriminação.

Isso porque o segmento populacional dessas mulheres 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 sujeitam a uma verdadeira situação de

discriminação interseccional. Consequentemente, a proibição penal da prática do aborto atinge de forma específica e articula múltiplos níveis de subordinação em que estão inseridas.

Enquanto a criminalização promove a sua parcela de contribuição para perpetuar a discriminação de grupos de mulheres já em situação de vulnerabilidade, não se verifica, em contrapartida, proporcionalidade nessa política legislativa.

Não há prevenção da prática da conduta, pois a restrição ao procedimento não enseja redução do número de abortos realizados. Por outro lado, tampouco há punição a quem os realiza, pois são pouquíssimos os casos que chegam ao sistema penal e, quando chegam, é frequente a aplicação da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo.

Ademais, existe uma série de outras medidas adequadas aos fins propostos que podem ser adotadas pelo Estado que, por sua vez, não acarretariam nenhum ou, ao menos, acarretariam menor impacto sobre grupos vulneráveis.

Logo, o presente estudo objetiva analisar a criminalização do aborto à luz do princípio constitucional da igualdade, sob o viés da teoria da interseccionalidade e da teoria do impacto desproporcional, a fim de demonstrar que a norma penal acaba por promover muito mais restrições – quando não aniquilações – aos direitos fundamentais das mulheres do que ganhos com a proteção do feto.

2 - 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?

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 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)¹.

No relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, foram analisados, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 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 aborto².

¹ Durante este artigo, por vezes, 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.

² Segundo a metodologia constante no relatório, o Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 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).

Alguns dos dados colhidos sobre o perfil das pessoas criminalizadas são especialmente relevantes: as réis, na maioria dos casos, possuem cor e renda definidas. Trata-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 do CP), constatou-se que 12 delas, isto é, 60% eram negras (pretas ou pardas)³.

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.

³ 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/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>. Acesso em 12 nov 2017 às 18h10.

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

Aqui, constatou-se a prevalência de réis 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 réis 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 puder⁴.

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:

- a) mulheres em situação de pobreza, em sua maioria negras (60%), que não têm condições financeiras de arcar com o pagamento por um 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;
- b) 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;
- c) 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 sonegada informação e correm o risco de ser flagradas por policiais que investigam estes estabelecimentos.

⁴ 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 em 05 out 2017.

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%)⁵. Percebe-se, também aqui, que o padrão perfil das mulheres que realizam 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 Brasil⁶, 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

⁵ Pesquisa na íntegra disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 12 nov 2017.

⁶ 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 out 2017.

de mortalidade materna no Brasil⁷, 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.

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 sociedade, sem que haja, contudo, qualquer proporcionalidade nessa medida.

3 - VULNERABILIDADES INTERSECCIONAIS DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL

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, Barra de São Francisco do Carmo/RJ).

⁷ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/489786MORTALIDADE-MATERNA-ENTRE-NEGRAS-AUMENTOU-NO-BRASIL.html>. Acesso em 12 nov 2017.

A partir dos dados estatísticos acima, percebe-se, desde logo, a desproporcionalidade dos arts. 124 e 126 do CP que atingem sobretudo mulheres negras e indígenas em situação de pobreza.

Contudo, o Relatório da Diretoria de Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública pretende aprofundar esse argumento e demonstrar 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.

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.

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. 3º, 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 criminal⁸. (Grifamos).

⁸ FLAUZINA, A. FREITAS, F. VIEIRA, H. e PIRES, T. Discursos negros. Legislação, política criminal e racismo. Ed. Brado Negro, Brasília: 2015:142.

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 negras⁹. (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.

⁹ 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>. Acesso em 05 jun 2018.

4 - O IMPACTO DESPROPORCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

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).

4.1 – Breves considerações teóricas

O princípio da igualdade, cuja origem remonta ao pensamento liberal do século XVIII, impõe idêntico reconhecimento jurídico dos indivíduos (*igualdade perante a lei*) e ausência de discriminações injustificáveis entre situações semelhantes (*igualdade na lei*).

Nesse primeiro momento, apesar de considerados juridicamente iguais, os indivíduos eram enxergados de forma abstrata, despidos de particularidades e diferenças, sob a pretensão de impor uma ótica universalizante e um Direito aplicado a todos (*igualdade formal*).

A ascensão do estado do bem estar social, contudo, demonstrou que essa concepção de igualdade era insuficiente. Passou-se, daí em diante, a buscar justiça social e reconhecer as diferenças existentes entre os indivíduos, seja sob o âmbito da distribuição de riquezas; seja sob a perspectiva de acesso aos processos democráticos e falhas de reconhecimento de projetos de vida. Com efeito, o princípio da igualdade passou a ser permeável às diferenças, analisando os sujeitos sob o ponto de vista concreto, dotados de características distintas que são relevantes para a formação da sua identidade (*igualdade material*).

Fixadas essas premissas, percebe-se que o princípio da igualdade possui íntima relação com a ideia de não discriminação (art. 3.º, IV, da CRFB). Assegurá-lo significa não promover a exclusão nem invisibilização e não negar reconhecimento. Ocorre que a ideia de igualdade perante a lei tornou-se, progressivamente, tão forte que, na atualidade, a discriminação direta – enquanto norma ou prática jurídica que emprega um critério de classificação constitucionalmente proscrito ou suspeito para, com intenção (subjéctiva ou objectiva), promover a exclusão de um grupo – vem caindo em desuso, sendo raras as medidas que, explicitamente, se revelam discriminatórias.

Passou a ocorrer, então, a adoção de discriminações por meio de efeitos transversos, dando origem à discriminação indirecta e à teoria do impacto desproporcional. Esta, segundo Joaquim Barbosa, consiste na ideia de que “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, 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”¹⁰.

Da mesma forma, manifesta-se Wallace Corbo com maestria em recente livro publicado sobre o tema:

Neste sentido, a discriminação indirecta se desenvolve a despeito de a norma não considerar – em sua elaboração ou aplicação – critérios de classificação indevidos e, além disso, de não ser identificável um propósito discriminatório voltado para o desfavorecimento de determinado grupo.

¹⁰ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001: 24.

Nestas hipóteses, coordenam-se os elementos do critério de classificação neutro, a ausência do intuito discriminatório e a produção de efeitos diferenciados sobre determinados indivíduos ou grupos sociais – efeitos estes que se produziram de maneira desproporcional se analisados os demais estratos sociais¹¹.

A doutrina atribui o surgimento da teoria à Suprema Corte norte-americana, que, no caso *Griggs v. Duke Power Co.*, decidiu que violava o princípio da igualdade a prática de se exigir requisito de conclusão do ensino médio ou, alternativamente, a aprovação em teste de inteligência como condição para a contratação ou transferência de candidatos a determinados postos de trabalho.

Em princípio, o critério parecia atender ao princípio da igualdade, já que estabelecia a mesma exigência para toda e qualquer pessoa que almejasse os referidos cargos. Tratava-se, contudo, de conjuntura histórica e social que permitia evidenciar que a medida acabava por desqualificar negros em proporção extremamente mais alta em relação aos brancos, à luz das dificuldades por eles enfrentadas no então passado recente da segregação racial.

Em um passado mais próximo, a teoria também já foi abraçada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo o caso mais emblemático aquele referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.946/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, instrumento por meio do qual se discutia a (in)constitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional n.º 20/1988¹².

¹¹ CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017:113.

¹² Art. 14. O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Na ocasião, a Corte Constitucional decidiu que a inclusão do benefício previdenciário de licença à gestante no âmbito de incidência do teto de R\$ 1.200,00 e, conseqüentemente, o repasse, para o empregador, do pagamento da diferença salarial, violava o princípio da igualdade e da não discriminação. Isso porque, nos termos da fundamentação, o mercado privado tenderia a evitar a contratação ou evitar o pagamento de salário muito superior a R\$ 1.200,00 de potenciais gestantes, a fim de não arcar com a diferença em eventual hipótese de gozo do benefício previdenciário¹³.

Dessa forma, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência reconhecem que o princípio da igualdade veda qualquer tipo de discriminação, inclusive, a indireta, praticada por meio da adoção de um critério aparentemente neutro, mas que, na prática, acaba por ensejar efeitos nefastos e desproporcionais sobre determinado grupo de pessoas.

4.2 – O impacto desproporcional da criminalização do aborto sobre mulheres negras e pobres

A criminalização do aborto tem seu *impacto desproporcional* ao exibir como alvo preferencial mulheres negras e em situação de pobreza, presas fáceis das agências penais. E esse mesmo grupo vulnerável de

¹³ “(...) 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) 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 a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./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. Estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos, não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 1946/DF. Rel. Sydney Sanches. Plenário. 08 de abril de 2003.)

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 assistência médica (ainda que clandestina) para o procedimento.

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 reprodutivo¹⁴. 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 orientação¹⁵.

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.

¹⁴ VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

¹⁵ 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>. Acesso em 27 out 2017.

Tal conclusão é corroborada pelas estatísticas. No recente estudo elaborado pela Defensoria Pública, depois da investigação policial (52,3%), a denúncia do hospital ou 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 Brasil¹⁶, 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. A criminalização, então, 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.).

¹⁶ Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça”. Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. UERJ; IPAS Brasil. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>. Acesso em 05 out 2017.

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).

Verificada a discriminação indireta *prima facie*, afirma a doutrina de Wallace Corbo que “cabará 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”¹⁷.

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 ato¹⁸, 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 sentenças de tutela n.º T-026/96 e T-291/09.

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

Para além dos dados objetivos acima demonstrados, vê-se que a própria doutrina reconhece esse recorte, nos termos do magistério de Daniel Sarmento:

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 expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações¹⁹.

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

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. p. 49-50. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-ereprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 09 nov 2017.

Com relação, por sua vez, ao segundo elemento, salta aos olhos que esse impacto é absolutamente desproporcional. Nesse ponto, deve-se perquirir se (a) há adequação lógica entre a medida e a sua finalidade (*adequação*); (b) há outras medidas possíveis que atingem a mesma finalidade em igual intensidade (*necessidade*); e (c) se a restrição aos demais princípios em jogo é excessiva, à luz dos ganhos trazidos com a finalidade pretendida (*proporcionalidade em sentido estrito*)²⁰.

De início, não há, a toda evidência, adequação, haja vista que o objetivo da criminalização é (a) prevenir a prática da conduta e, por via de consequência, proteger o feto (função preventiva da pena); e (b) 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)²¹, 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

²⁰ 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.

²¹ Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortions-worldwide/en/> Acesso em 03 out 2017.

de Brasília), constatou-se que, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres brasileiras já fez aborto (1 em cada 5,4)²². 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”²³.

No mesmo sentido, verificou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁴, 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. Desses, 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 (a) do grande número de abortos realizados, como nas pesquisas recém mencionadas, em comparado ao pequeno número de pessoas que chegam ao sistema penal; e (b) 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.

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

²³ Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04 out 2017.

²⁴ Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>. Acesso em 05 out 2017.

Ademais, além de não haver, concretamente, atendimento às funções preventiva e punitiva da pena, verifica-se que não há *necessidade* da criminalização do aborto. 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 Guttmacher²⁵, 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. Não por outra razão que, na recente Revisão Periódica Universal elaborada por Estados-membros das Nações Unidas, a Suíça recomendou ao Brasil, que seja garantido o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, incluindo “contracepção e contracepção de emergência, e aborto seguro para todas as mulheres, sem discriminação”, o que também foi reiterado pelo Uruguai.

Há, então, uma série de outras medidas menos gravosas que poderiam ser adotadas como políticas públicas pelo Estado e que teriam grande efetividade no que toca à redução do número de abortos, como elucida Daniel Sarmiento:

Sem embargo, a experiência já comprovou que o meio de proteção mais adequado destas vidas intrauterina não é a repressão criminal. Ao invés disso, outras medidas são muito

²⁵ Disponível em: <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/adding-it-up-contraception-mnh-2017>. Acesso em 03 out 2017.

mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais, como, por exemplo, a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma ‘escolha de Sofia’ entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas²⁶. (Grifamos).

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 Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso no bojo do HC n.º 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

²⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. p. 40. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-ereprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 09 nov 2017.

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

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.

Também sob o enfoque de gênero, em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁷ julgou o caso *Artavia Murillo* e considerou que a norma que proibia fertilização *in vitro*, apesar de aplicável a todos, indistintamente, gerava discriminação indireta sobre pessoas que dependiam do tratamento para exercer sua autonomia reprodutiva. Entendeu-se que, em especial, havia impacto desproporcional com relação a mulheres, diante de um contexto social que impõe, sobre elas, estereótipos referentes à reprodução e à maternidade:

A Corte observa que a OMS assinalou que se bem o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminilidade é definida, muitas vezes, por meio da maternidade. Nessas situações, o sofrimento pessoal da mulher infecunda é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, à estigmatização e, inclusive, ao ostracismo^{28 29}.

Ainda no caso *Artavia Murillo*, a Corte também reconheceu a existência de discriminação indireta sob o viés socioeconômico, por ter entendido que a vedação à fertilização *in vitro* gerava efeitos,

²⁷ Há muito, a Corte Interamericana manifesta-se favoravelmente à proteção ao princípio da igualdade e não discriminação, sob a vertente da vedação à discriminação indireta, como se pode notar, v.g., da Opinião Consultiva n.º 18/2003; do Caso das Meninas *Yean Bosico v. República Dominicana*, 2005; do Caso *Yatama v. Nicarágua*, 2005.

²⁸ Tradução livre do original: “La Corte observa que la OMS há señalado que si bien el papel y la condición de la mujer em la sociedade no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidade. Em inestabilidad del matrimonio, a la violencia domestica, la estigmatización e incluso el ostracismo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) v. Costa Rica*. 28 de novembro de 2012.

²⁹ Também sob o enfoque de gênero, em 1981, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *J.P. Jenkins v. Kingsgate (ClothingProductions) Ltd.*, decidiu que havia discriminação indireta na distinção salarial realizada com relação a trabalhadores de meio período e trabalhadores de período integral, haja vista que aqueles eram compostos, predominantemente, por mulheres. Com base no mesmo fundamento, em 1989, no caso *M.L. Ruzius Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, a Corte entendeu que também gerava discriminação indireta a normativa que vedou benefícios previdenciários por incapacidade em favor de trabalhadores de meio período.

especialmente, contra casais que não possuíam condições financeiras para realizar o procedimento em outros países.

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, valendo-se transcrever a doutrina de Daniel Sarmiento:

Na verdade, no campo da igualdade étnico-racial, há fortes razões para a incorporação da análise da discriminação indireta. (...)

Ora, também no Brasil, a internalização da naturalidade da subordinação do afrodescendente compromete a capacidade de visualização da opressão racial. E este fenômeno não ocorre apenas no âmbito das consciências individuais, mas também no espaço das interações sociais, sendo agravado entre nós pela persistência do mito nacional da democracia racial. Assim, a discriminação torna-se opaca e a prova da intenção discriminatória difícilíssima de ser produzida. Por isso, muito mais eficaz para o combate à estigmatização dos negros é a análise dos efeitos concretos de certos atos individuais ou coletivos sobre eles, através da teoria do impacto desproporcional, que teria a virtude de alcançar também aos efeitos do racismo inconsciente³⁰.

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

³⁰ 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, 2006:150-151.

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.

Sobre o tema, a Corte Constitucional da Colômbia já asseverou que a discriminação indireta pode ser produto de manifestações inconscientes que sejam resultado de costumes ou rotinas arraigadas social e culturalmente e cuja conotação discriminatória não é visibilizada ou reconhecida como tal, nem sequer verbalizada ou expressa claramente:

Muitas vezes, pode acontecer que, por exemplo, pessoas que rejeitam abertamente o sexismo, em certos contextos (como no local de trabalho ou a nível de relações pessoais privadas) assumirem posições ou atitudes claramente machistas que acabam excluindo as mulheres de certos espaços de vida familiar, social, econômica, política e cultural; ou inversamente, pode acontecer que uma pessoa com inclinações discriminatórias baseadas em gênero, etnia ou nacionalidade, em certos contextos, aja de maneira oposta³¹.

Por isso é que o “que importa são as consequências do fato. Se produz, ou não, em concreto, a discriminação proibida. Não importa qual seja a intenção”³², como afirmado pelo Ministro Nelson Jobim, fazendo

³¹ Tradução livre de: “suele ocurrir, por ejemplo, que personas que rechazan abiertamente el sexismo, en contextos determinados (como en el plano laboral o en el plano de las relaciones personales privadas) asumen posiciones o actitudes claramente machistas que terminan por excluir a la mujer de determinados espacios de la vida familiar, social, económica, política y cultural; o a la inversa, puede ocurrir que una persona con inclinaciones discriminatorias razón del género, la pertenencia étnica o la nacionalidad, ciertos contextos puede actuar de modo opuesto”. (Colombia, Tribunal Constitucional. Sentencia de constitucionalidade n.º C-671/14, 10 de setembro de 2014).

³² No mesmo sentido, a Suprema Corte do Canadá já teve a oportunidade de se manifestar nos Casos Ontario Human Rights Commission vs Simpsons-Sears e Caso Benner vs Canadá.

expressa referência ao caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, quando do julgamento da ADI n.º 1946/DF.

Logo, tendo em vista que demonstrada a maior incidência da criminalização sobre mulheres pobres e negras, verifica-se que os tipos penais em questão promovem a sua parcela de contribuição para perpetuar e aprofundar múltiplos níveis de desigualdade e subordinação.

5 - CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade das normas incriminadoras contidas nos arts. 124 e 126 do Código Penal de 1940 não pode estar dissociado da compreensão das vulnerabilidades socioeconômicas e da discriminação racial mobilizadas pelo processo de criminalização secundária que envolve os referidos tipos penais.

A lente interseccional permite perceber que as mulheres negras em situação de pobreza são atingidas de forma preferencial e, sobretudo, desprotegidas em seu direito à vida por força da intervenção penal na decisão de praticar aborto.

Por outro lado, em comparação com os demais grupos de mulheres que são, em tese, objeto da criminalização, verifica-se que existe um impacto desproporcional da norma incriminadora sobre mulheres já em situação de extrema vulnerabilidade, o que contribui para aprofundar o quadro de desigualdade estrutural.

Não há, portanto, outra conclusão senão a de que os arts. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, além de não produzirem eficazmente o efeito de proteção à vida do feto, não foram recepcionados pela Constituição de 1988 por traduzirem uma política criminal discriminatória do ponto de vista racial e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim.

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-nossaignorancia/>>. Acesso em 05 out 2017.

CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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>>. Acesso em 04 fev 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA. Relatório da Diretoria de Estudos e Pesquisas sobre Acesso à Justiça: perfil de mulheres criminalizadas pela prática de aborto. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/a144fd918d944afebc6fd61401e2e0e9.pdf>. Acesso em 07 fev 2018.

DINIZ, Débora. MEDEIROS, Marcelo. MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>> Acesso em 12 nov 2017.

FLAUZINA, A. FREITAS, F. VIEIRA, H. e PIRES, T. *Discursos negros*. Legislação, política criminal e racismo. Ed. Brado Negro, Brasília: 2015.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso 12 nov 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional de Saúde. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>>. Acesso em 05 out 2017.

INSTITUTO GUTTMACHER. Adding it up: Investing in contraception and maternal and newborn health, 2017. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/adding-it-up-contraception-mnh-2017>>. Acesso em 03 out 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em 27 nov 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortion occur each year. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafeabortions-worldwide/en/>> Acesso em 03 out 2017.

RÁDIO CÂMARA. Mortalidade materna entre negras aumentou no Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/489786MORTALIDADE-MATERNA-ENTRE-NEGRAS-AUMENTOU-NO-BRASIL.html>>. Acesso em 12 nov 2017.

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.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-ereprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 09 nov 2017.

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-paraIPAS.pdf>>. Acesso em 05 out 2017.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

RICARDO DE MATTOS

O presente artigo tem a finalidade de abordar brevemente a relação entre o poder punitivo e a mulher, principalmente a partir de uma perspectiva histórica, traçando comentários sobre a influência da Igreja Católica e o modelo de sociedade patriarcal, além de suas repercussões na legislação penal brasileira.

RELAÇÃO HISTÓRICA ENTRE IGREJA E PODER PUNITIVO

A maior parte das religiões pré-cristãs tinha como costume cultuar deidades femininas, principalmente aquelas relacionadas à fertilidade e à sexualidade. São exemplos: Pontilha de Mattos, dos povos do período neolítico na Anatólia; Ísis, dos Egípcios; Ishtar, dos Babilônicos (Astarte, dos Fenícios, e Asterote, dos Filisteus); Nammu, dos Sumérios; Nu Gua, dos Chineses; Tlauteuti, dos Astecas; Era IxChel, dos Maias; Brighid, dos Celtas; Easter, dos Nórdicos; além de uma gama de deusas greco-romanas, como Deméter (Ceres), Afrodite (Vênus) e Artêmis (Diana).

Com a expansão do Catolicismo e o culto a um deus único, referido sempre no masculino, e a seu filho, também do gênero masculino, a predominância do patriarcalismo tomou lugar nas sociedades ocidentais, principalmente quando de sua adoção pelo Império Romano.

O ápice da confusão entre Estado e Igreja se deu durante a Idade Média, período em que houve a “expropriação do conflito”, isto é, o soberano tomou o lugar dos particulares para ser o único legitimado

a resolver os conflitos entre eles, passando a punir aqueles que tivessem cometido crimes. A influência da Igreja trazia uma identidade quase perfeita entre crime e pecado, de modo que, ao fim e ao cabo, era a Igreja que definia as condutas que deveriam ser penalizadas.

E foi a Igreja a pioneira na “racionalização” do sistema punitivo, ou seja, a primeira a buscar fundamentar os motivos para se punir alguém, os métodos utilizados para se “processar” alguém e as formas de se aplicar uma pena a alguém. Esse sistema recebeu o nome de Santa Inquisição e, através dela, Estado e Igreja, confundidos em um mesmo corpo orgânico, passaram a criminalizar condutas e pessoas, além de aplicar e executar as penas correspondentes.

Na verdade, tratou-se de uma maneira impecável de controle ideológico-religioso da sociedade. Os poderes dos inquisidores eram virtualmente irrestritos e sua fundamentação, incontestável. As práticas indesejadas eram rapidamente criminalizadas, com algum fundamento metafísico, alicerçadas em dogmas e premissas irrefutáveis racionalmente¹.

Além das condutas indesejadas, Igreja e Estado passaram a criminalizar grupos minoritários igualmente considerados repulsivos, cada qual por um motivo. Assim aconteceu com judeus, muçulmanos e estrangeiros, em geral. No entanto, em dado momento, a mira cristã se voltou contra um grupo francamente majoritário: as mulheres.

A maior obra literária produzida pela Inquisição possivelmente foi o *Malleus Maleficarum*, traduzido como *O martelo das bruxas* ou *O martelo das feiticeiras*. Seus autores, Heinrich Kramer e James Sprenger, eram inquisidores e se dedicaram a sistematizar na obra: como uma pessoa se tornava uma bruxa, como identificar uma bruxa,

¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008:52-55.

quais malefícios uma bruxa poderia produzir, que métodos seguir para se processar uma bruxa, quais penas aplicar-lhes e como executá-las.

Os autores sustentavam abertamente que as mulheres seriam mais propensas a firmar um “pacto demoníaco”². Além disso, justificavam uma inferioridade física no fato de a mulher ter surgido da costela (isto é, apenas uma parte) de Adão; uma inferioridade moral no fato de a costela ser curva (em oposição à retidão dos homens); e uma inferioridade religiosa, já que “feminino” derivaria de “*feminus*” (algo como “menos fé”), uma falsa dedução etimológica.

O rol de condutas atribuíveis a bruxas era tão extenso e aberto que praticamente nada do que uma mulher costumasse fazer escapava desse enquadramento. Contudo, havia destaque para o exercício de conhecimentos científicos ou paracientíficos³, como aqueles relacionados à gestação e ao parto, e também comportamentos indicadores de um maior grau de liberdade e autonomia, seja social, política ou sexual⁴.

² “Há três coisas insaciáveis, quatro mesmo que nunca dizem: Basta! A quarta é a boca do útero. Pelo que, para saciarem a sua lascívia, copulam até mesmo com demônios. Poderíamos adiantar ainda outras razões, mas já nos parece suficientemente claro que não admira ser maior o número de mulheres contaminadas pela heresia da bruxaria. E por esse motivo convém referir-se a tal heresia culposa como a heresia das bruxas e não a dos magos, dado ser maior o contingente de mulheres que se entregam a essa prática. E abençoado seja o Altíssimo, que até agora tem preservado o sexo masculino de crime tão hediondo: como Ele veio ao mundo e sofreu por nós, deu-nos, a nós homens, esse privilégio” (KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. *O martelo das feitiças*, 1484. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2009: 114, *apud* PEREIRA, Juliana Torres Rodrigues. *Bruxaria e o feminino na visitação inquisitorial ao Arcebispado de Braga (1565) in* Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades, Revista Brasileira de História das Religiões, v. 3, n.º 9, Maringá, jan/2011: 3).

³ PEREIRA, Juliana Torres Rodrigues. *Bruxaria e o feminino na visitação inquisitorial ao Arcebispado de Braga (1565) in* Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades, Revista Brasileira de História das Religiões, v. 3, n.º 9, Maringá, jan/2011:2.

⁴ “Segundo alguns autores, as mulheres teriam se mostrado menos dispostas a aceitar o confisco dos conflitos comunitários e a apropriação burocrática de todos os tipos de saberes. Com efeito, a mulher é, naturalmente, a transmissora geracional de cultura e por isso devia ser reprimida ou amedrontada para que se imponham linguagens, religiões e modelos políticos novos. (...) Assim, o Manual que comento chamaria, com dureza, de possíveis bruxas aquelas mulheres com especial competência para evitar concepções ou ajudar no parto, bem como aquelas que detinham outros conhecimentos na área da saúde ou podiam influir sobre pessoas com poder. (...) São claramente referenciadas aquelas mulheres que tinham conhecimentos sanitários – parteiras – ou que mantinham relações sexuais com algum domínio da situação, todas elas acusadas de criar impotência no homem, matar crianças ou fetos ou influir nas decisões dos homens, sobretudo se estes eram poderosos” (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008:57-59).

Com relação especificamente à questão em análise, *O martelo das bruxas*, assim como a bula *Summis desiderantes affectibus*, do Papa Inocêncio VIII, enunciava sete métodos pelos quais os atos de bruxaria infectariam o ato sexual e a concepção do útero. O sexto modo seria exatamente provocando o aborto, seja em si própria, seja em outra mulher:

Agora, há, conforme diz a Bula Papal, sete métodos através dos quais elas infectam com feitiçaria o ato venéreo e a concepção do útero: primeiro, inclinando as mentes dos homens a uma paixão desordenada; segundo, obstruindo sua força generativa; terceiro, removendo os membros posicionados para o ato; quarto, transformando homens em feras com suas artes mágicas; quinto, destruindo a força generativa na mulher; *sexto, manejando abortos*; sétimo, oferecendo crianças aos demônios, além de outros animais e frutos da terra com os quais produzem tanto mal. E tudo isso será abordado posteriormente; mas, para o momento presente, concentremo-nos aos malefícios causados aos homens⁵.

Outrossim, a primeira parte da obra era dividida em questões e a Questão XI assim dispunha: “*as bruxas que são parteiras, de diversas maneiras, matam a criança concebida no útero e praticam um aborto; ou, se não o fazem, oferecem o recém-nascido aos demônios*”⁶.

⁵ Traduzido livremente a partir do trecho em inglês: “Now there are, as it is said in the Papal Bull, seven methods by which they infect with witchcraft the venereal act and the conception of the womb: First, by inclining the minds of men to inordinate passion; second, by obstructing their generative force; third, by removing the members accommodated to that act; fourth, by changing men into beasts by their magic art; fifth, by destroying the generative force in women; sixth, by procuring abortion; seventh, by offering children to devils, besides other animals and fruits of the earth with which they work much harm. And all these will be considered later; but for present let us give our minds to the injuries towards men”. (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum*, 1486. Traduzido pelo Reverendo Montague Summers, Edição Online, 2000:114. Disponível em <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusAcrobat.pdf>. Acesso em 13 set 2017).

⁶ Traduzido livremente a partir do trecho em inglês: “That witches who are midwives in various ways kill the child conceived in the womb, and procure an abortion; or if they do not this offer new-born children to devils” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum*, 1486. Traduzido pelo Reverendo Montague Summers, Edição Online, 2000:147. Disponível em <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusAcrobat.pdf>. Acesso em 13 set 2017).

A influência cristã pode não mais gerar a perseguição desenfreada e a queima de mulheres em fogueiras de praças públicas, mas está presente ainda nos dias atuais. O modo como o Estado e a sociedade traçam sua política criminal e produzem suas leis penais é apenas mais um viés de uma sociedade construída sobre um modelo patriarcal.

PATRIARCALISMO E INFERIORIDADE FEMININA CALCADA NA CIÊNCIA

Continuando o sobrevoo pela História, em um momento posterior, com o desenvolvimento dos ideais iluministas, a Razão tomou um lugar de destaque nas sociedades europeias ocidentais e a Ciência passou a ter cada vez maior credibilidade. Com isso, apesar de ainda estar impregnado pelas crenças cristãs, o Estado passou a adotar um discurso menos religioso e mais científico, afinal, tudo o que se mostrava racional e científico adquiria, imediatamente, mais crédito.

Havia a necessidade de se justificar a perseguição e o controle das classes indesejadas através da Ciência, não mais da Religião. Diversos autores passaram a identificar e a classificar categorias humanas ditas subalternas, como negros, loucos, anarquistas, mulheres. Talvez a mais famosa obra com essas características seja *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso, um dos maiores expoentes da Escola Positivista Italiana.

A mulher, nesse contexto, era retratada como inferior em sua essência, com mentalidade comparada à de crianças e tratada como objeto. Seu papel na sociedade era muito bem definido e o menor desvio desse percurso desafiava a necessária correção. Nesse sentido, o psiquiatra Tito Livio de Castro escreveu em 1887:

Historica ou prehistoricamente, nos ultimos tempos da vida intra-ulterina, dos primeiros aos ultimos tempos da vida extra-ulterina, a mulher é menos cerebro do que o homem, ha no homem mais mentalidade do que na mulher. Mas, ao lado dessa afirmação scientifica ha uma afirmação popular que, por se prestar a equívocos, merece um exame. Segundo a crença geral a mulher é mais coração (...).

A mulher não tem o coração mais terno, não é mais sensível. A mulher tem menos desenvolvido o poder de dominar-se, mas não tem mais desenvolvido o poder de sentir (...).

A mulher é apenas um utensílio, e quando seu possuidor é bastante rico para não resentir-se da perda de tal propriedade, ella vale quasi nada, não merece atenção⁷.

Não é preciso dizer que muitas dessas características identificadas como desviantes dizem respeito à sexualidade. O mesmo Lombroso, em sua obra *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, escrito em coautoria com Guglielmo Ferrero, apontou como características de mulheres desviantes, além da assimetria craniana e facial, da acentuação da mandíbula, do estrabismo, e da irregularidade dos dentes, diversas características ligadas às genitais e ao sexo, como a saliência do clitóris, o maior tamanho dos pequenos e dos grandes lábios vaginais, a sexualidade exacerbada e a presença de “perversão”, sinalizadas normalmente pela prática da masturbação e pela orientação homossexual (referida como “lesbianismo”)⁸.

⁷ CASTRO, Livio de. *A Mulher e a sociogenia*, 1887:15, 21 e 56, apud FARIA, Thaís Dumê. *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010, p. 6071.

⁸ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Traduzido por Nicole Hahn Rafter e Mary Gibson. Durham: Duke University, 2004, apud FARIA, Thaís Dumê. *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010:6072.

O que se percebe, portanto, é que o abandono de uma visão excessivamente religiosa não significou alteração na maneira como o Estado e a sociedade enxergavam o gênero feminino, mas apenas deslocou o alicerce da discriminação: ao invés da Fé (Religião), recorreu-se à Razão (Ciência). Vale destacar que o conhecimento considerado científico em nada se parecia com o atual, pois eram comuns a assunção de premissas falsas e o retorno aos mesmos fundamentos metafísicos, dessa vez travestidos de racionais.

INFLUÊNCIA DO MODELO PATRIARCAL NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA JÁ NO SÉCULO XX

O patriarcalismo é comumente enxergado como a ocupação de espaços de liderança e de poder por homens. Porém, é mais do que isso. Uma sociedade patriarcal se apresenta sob a forma de uma organização social a partir da perspectiva masculina, o que quer dizer que é calcada no favorecimento de um gênero (masculino) em detrimento do outro (feminino). E isso é refletido em todas as searas, inclusive na legislação penal.

Os exemplos são inúmeros. Até 2005, o art. 215 do Código Penal somente punia aquele que se valesse de fraude para manter conjunção carnal com “mulher honesta”, de modo que se presumia a existência de mulheres “desonestas”, e que estas (quem quer que fossem) não mereceriam a proteção do Estado no caso de serem enganadas para fazer sexo.

O mesmo vale para o aumento de pena se a mulher fosse virgem (mulheres não virgens mereceriam, assim, menor proteção), na forma do parágrafo único do mesmo dispositivo legal. Isso não é à toa. A virgindade era algo caro, principalmente não para a mulher, mas para os homens, futuros pretendentes, de modo que “oferecer” uma mulher “virgem e honesta” era importante para uma família (para um pai, em especial). Desse modo, retirar a virgindade de uma

mulher mediante fraude era mais grave; o dano à sociedade e àquela família, sobretudo, era maior.

Da mesma forma, os crimes sexuais se encontravam sob a rubrica de “Crimes contra os costumes”. A visão era a de que o estupro, por exemplo, atingia de modo principal a moral pública, não a mulher. Aquele que estupra estaria violando os bons costumes, ofendendo a sociedade inteira (inclusive os homens), mais do que aquela mulher que foi estuprada.

Além da sociedade, era expressa a proteção maior da família da mulher do que dela própria. O art. 221 do Código Penal previa que a pena era diminuída pela metade se, após o rapto, “o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família”. Note-se: se houvesse a prática de ato libidinoso, tanto fazia “devolver” ou não à família, porque aquela mulher já não “valia” mais tanto.

A legislação também previa a possibilidade de se afastar a punibilidade daquele que se casasse com a mulher que tivesse estuprado (art. 107, inciso VII, do Código Penal). Não é preciso dizer a pressão que era exercida para arranjar esse casamento, tanto por parte do agressor descoberto e de sua família, quanto por parte da família da própria vítima, que ficava constrangida com o ocorrido e via as possibilidades de encontrar um marido para ela sensivelmente diminuídas (exceto pelo próprio estuprador).

Mais estarrecedor era o inciso seguinte, que extinguiu a punibilidade do agressor se a vítima se casasse com terceiro! Isso quer dizer que, se ser estuprada não eliminasse as chances de encontrar um pretendente, o estuprador não merecia mais nenhuma sanção. Fica evidente que o tipo penal não protegia a mulher, mas sim seu “valor” para encontrar um marido. Logo, se o estupro não diminuísse esse valor e a mulher conseguisse se casar, significaria dizer que o estupro não teria causado

mal punível algum! É incrível que este inciso tenha permanecido em vigor até o ano de 2005.

A legislação não protegia a mulher, não protegia a vítima; ela protegia a sociedade, a família, a moral, os bons costumes e até mesmo o agressor. Thaís Dumêt Faria, em *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*, assim destaca:

Das leis do Estado e da Igreja, com frequência bastante duras, à vigilância inquieta de pais, irmãos, tios, tutores, e à coerção informal, mas forte, de velhos costumes misóginos, tudo confluía para o mesmo objetivo: abafar a sexualidade feminina que, ao rebentar as amarras, ameaçava o equilíbrio doméstico, a segurança do grupo social e a própria ordem das instituições civis e eclesiásticas⁹.

Essas previsões foram extirpadas da legislação somente no século XXI (ainda que a prática forense possa, por vezes, demonstrar o contrário quando do julgamento de crimes sexuais). No entanto, outras previsões permanecem, e o aborto, do modo como é posto, é uma delas.

A PUBLICIZAÇÃO DO CONFLITO, A VITIMIZAÇÃO DO ESTADO E O ABORTO

O Estado brasileiro faz uma opção política ao manter a criminalização do aborto, mesmo que até o terceiro mês de gravidez. Apesar das evidências científicas, da evolução legislativa nos Estados ocidentais

⁹ FARIA, Thaís Dumêt. *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010:6072.

e da interpretação conferida aos tratados pelas cortes internacionais, o Brasil está escolhendo a destituição do poder das mulheres sobre o próprio corpo. Está levando às últimas consequências a publicização do conflito penal.

Com a extinção do sistema de justiça privada, que se baseava na vingança de quem se considerasse lesado pela ação do criminoso, o Estado tomou para si a responsabilidade e o dever de processar e punir quem transgredisse as regras impostas pela legislação. Para fundamentar essa expropriação do direito da vítima e de sua família, os teóricos alocaram o próprio Estado na posição de vítima. Qualquer crime seria, portanto, uma ofensa direta ao Soberano, ao Estado, fazendo exsurgir o *jus puniendi*, o direito de punir.

As correntes criminológicas modernas contestam, por diversas frentes, esse modelo de Direito Penal centralizador e desumanizado, que atribui pouca relevância às personagens de carne e osso do conflito penal (acusado e vítima).

No caso específico do aborto (praticado por ou com o consentimento da mulher), o Estado se mostra como uma espécie de “proprietário” do feto, possuindo enorme interesse em seu nascimento, de modo a se sobrepor aos interesses legítimos da mulher, que é um ser humano formado, com corpo, sistema neurológico, emoções, plano de vida, relacionamentos, posição social, enfim, um ser complexo e detentor de direitos que são infinitamente mais afetados pela criminalização do que o inverso.

O Direito Penal, desde que a sociedade ocidental passou a encará-lo como uma ciência, busca fundamento na racionalidade para continuar a justificar a punição de indivíduos por uma entidade abstrata chamada “Estado”. Até mesmo a Inquisição é considerada

uma racionalização do discurso punitivo, uma vez que havia a necessidade de se desenvolver complicadas teses a explicar por que e como se devia processar e punir¹⁰.

Mas foi na Modernidade, através do Iluminismo e do Liberalismo (aqui entendido como a oposição da liberdade individual à arbitrariedade do Estado Absoluto), que a racionalidade adquiriu patamar efetivamente privilegiado, de modo que, para que algum pensamento fosse digno de crédito, deveria estar fundamentado na Razão. Em *História dos pensamentos criminológicos*, pontua Gabriel Anitua:

No Iluminismo, todos os direitos – e como tais também colocam o da segurança – surgem em oposição ao poder do Estado. Era o poder do Estado – o absolutista, nessa época – que violava a segurança das pessoas no desfrute de seus direitos. Era o poder do Estado que intervinha em uma causa sem ter autorização, que detinha as pessoas arbitrariamente, que confiscava suas propriedades e que intervinha para beneficiar uns e prejudicar outros, para ajudar a alguns e se aproveitar de outros. Todos os direitos e garantias processuais penais surgem em torno dessa ideia do limite do poder dos Estados absolutistas do século XVIII¹¹.

¹⁰ “O leitor não deve se esquecer que o processo aqui descrito é visto, tradicionalmente, como um processo de “racionalização”, no qual as vinganças entre particulares são substituídas pela intervenção estatal. Estou de acordo com essa definição, mas apenas se se pensa em “racionalidade” como algo meramente instrumental, de acordo com Weber. Não foi um processo de humanização aquele no qual as torturas, os tormentos e penas cruéis começaram a ser usuais, como consequência do monopólio de arbitrariedade hierarquizante” (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008:50-51).

¹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008:143.

O problema é que, no caso do aborto, esse discurso racional é apenas isso: discurso. Mesmo que a Neurociência comprove que a interrupção da gravidez até determinado estágio não causa sofrimento ao feto; mesmo que a Medicina demonstre a inviabilidade de determinadas gestações; mesmo que os estudos evidenciem que a criminalização do aborto traz problemas imensuráveis de ordem social e traumas irremediáveis de ordem pessoal; o Estado ainda cede à fé, às crenças, às opiniões pessoais, às tradições, enfim, ao irracional.

O Estado patriarcal, conduzido por homens, em sua extensa maioria brancos, tende a relegar menor importância aos dramas enfrentados pelas mulheres, sobretudo pelas mulheres negras, parcela massiva da população de baixa renda e maior atingida pela criminalização do aborto.

A verdade é que, se as consequências funestas que advêm da criminalização (que vão muito além da ameaça de um processo criminal, como a realização de autoabortos totalmente desassistidos ou o recurso a clínicas clandestinas, sem nenhuma estrutura, preparo ou garantia, no caso de complicações no procedimento) atingissem o gênero masculino, não seria necessário instar o Supremo Tribunal Federal para se comprovar a sua inconstitucionalidade, isso é certo.

Em suma, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não serve para o que se afirma. Se o Direito Penal é encarado como a *ultimaratio* para manter a pacificação da sociedade, isto é, corrigir e prevenir danos sociais (ainda que esta seja uma visão “romântica” e meramente legitimadora), não é preciso mais do que a análise dos números e um exercício de raciocínio simples para perceber que a criminalização produz mais danos ao tecido social do que pretende coibir.

MARIANA CASTRO DE MATOS

Com as atrocidades perpetradas pelo nazi-fascismo na Segunda Guerra Mundial, cresce, no mundo, a concepção de que a forma pela qual um Estado trata os indivíduos sob sua jurisdição não é um problema meramente interno, mas sim da comunidade internacional como um todo, por solidariedade humana. Humanos não podem tolerar que outros seres humanos tenham sua dignidade violada apenas porque são cidadãos de outro Estado, ou se encontram sob jurisdição de outro Estado.

Como problema da comunidade internacional, então, deve ser regulado também internacionalmente, através de tratados que estabeleçam direitos mínimos dos indivíduos que devem ser observados por todos os Estados, por suas normas e agentes, sob pena de intervenção da comunidade internacional.

Afirma Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse¹.

A soberania nacional, assim, é flexibilizada, em razão de se perceber que os Estados não são objeto de proteção *per se*, e sim meio para a proteção das pessoas, de modo que sua soberania cede nos casos em que os ameaça. Leciona Antonio Augusto Cançado Trindade, citando Jean Spiropoulos:

¹ BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*, p. 17, citado em PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional* São Paulo: Saraiva, 2013:189.

O Estado não é um ideal supremo submisso tão só a sua própria vontade, não é um fim em si mesmo, mas sim “um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos”, sendo, pois, necessário proteger o ser humano contra lesão de seus direitos por seu próprio Estado².

Há, aí, também mácula ao positivismo jurídico, no sentido de que se passa a compreender que as leis internas não podem ter qualquer conteúdo, e permitindo que um Estado seja sancionado se suas leis acabam por amparar violações de direitos humanos que o Estado se comprometeu internacionalmente a observar.

Como reflexo de tais mudanças, o Estado brasileiro, ao promulgar a Constituição de 1988, estabeleceu (art. 1º, III) a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Noutros termos, um dos fundamentos de existência do Estado brasileiro é a dignidade humana, de modo que ele *existe* para protegê-la. Na mesma linha, previu extenso rol de direitos fundamentais, estabelecendo-os como cláusulas pétreas – de sorte que, para suprimi-los, é necessário fundar nova ordem constitucional – e vem, progressivamente, ratificando diversos tratados de direitos humanos, comprometendo-se, no plano internacional, a observá-los³.

Consequentemente, todos os órgãos do Estado brasileiro – aí incluídos os três poderes – devem, ao analisar questões que digam respeito a direitos fundamentais e humanos, aplicar não só as normas

² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos, in: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007:247.

³ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 7.030/09, prevê, em seu art. 26, que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”, e, em seu art. 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Outras convenções internacionais trazem dispositivos semelhantes, como é o caso dos arts. 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 678/92.

constitucionais sobre o tema, mas também normas internacionais. Devem, ainda, quanto a estas, ter atenção à interpretação a elas dada por órgãos e tribunais internacionais.

Do contrário, falhando os agentes do Estado em dar cumprimento a normas internacionais de direitos humanos – ainda que a pretexto de aplicar normas internas do Estado –, fica ele sujeito a responsabilização internacional, por afrontar compromissos assumidos em convenções ratificadas em nível internacional.

Dessa forma, um tribunal de um Estado deve, ao analisar questões que envolvam direitos fundamentais e humanos, realizar *duplo controle*. Noutros termos, deve avaliar a questão com base nos direitos fundamentais, previstos expressa ou implicitamente na Constituição – e, para tanto, a Corte Constitucional dá a palavra final sobre o que por eles se entende –, mas também com base nos direitos humanos, previstos expressa ou implicitamente em tratados internacionais ratificados pelo Estado. Deve realizar, assim, controle de constitucionalidade e também controle de convencionalidade.

Se deixa de fazê-lo, ou se o faz sem atenção à interpretação dada a tratados pela jurisprudência internacional – a quem cabe a interpretação última deles –, a questão pode ser levada a cortes internacionais, que analisarão o fato sob o prisma dos tratados e, concluindo que não foram respeitados, podem reconhecer responsabilidade internacional do Estado, eis que este, por conduta de órgão seu (o Poder Judiciário, ou mesmo a Corte Constitucional em particular), descumpriu obrigações internacionais⁴.

⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já reconheceu em alguns casos a responsabilidade internacional de um Estado por conduta de sua corte constitucional, que teria deixado de observar normas internacionais de direitos humanos ao tomar decisão. É o que ocorreu, por exemplo, no caso *Gomes Lund e outros vs Brasil* (caso da Guerrilha do Araguaia), no caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* e no caso *Olmedo Bustos e outros vs Chile* (caso da “Última Tentação de Cristo”).

Explica André de Carvalho Ramos:

Há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional. Por isso, (...) [há] a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte contra o Brasil. Esse “diálogo de Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. (...) No caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízes nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos no plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil⁵.

Do contrário, consoante já mencionado, pode haver responsabilização internacional do Estado brasileiro, por violação a normas de direitos humanos contidas em tratados por ele ratificados, e que ele, portanto, se comprometeu, perante a comunidade internacional, a respeitar.

⁵ CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*, p. 409-410.

OBRIGAÇÕES DO ESTADO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, então, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos, previstos que são, expressa ou implicitamente, na Constituição e em tratados internacionais por ele ratificados.

A Convenção Americana de Direitos Humanos especifica as prestações específicas que decorrem desta obrigação geral, em seus arts. 1º e 2º:

Artigo 1º Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos – cujas decisões os Estados se obrigam a respeitar uma vez que reconheçam sua competência, a teor do art. 68, 1 da Convenção⁶ – afirma, assim,

⁶ O Brasil a reconheceu pelo Decreto n. 4.463/02, que internalizou a ratificação da competência efetuada no plano internacional.

que os Estados têm três gêneros de deveres: dever de respeito aos direitos humanos, dever de garantia dos direitos humanos, e dever de não discriminação, que se relaciona aos outros dois, para afirmar que não devem ser exercidos com discriminação a nenhum grupo.

O dever de respeito acarreta, para o Estado em geral e seus agentes em particular, o dever de não violar direitos humanos com seus atos, sejam eles administrativos, legislativos ou jurisdicionais. Reconhece-se, com isso, o limite que eles impõem à atuação e ao poder estatal – consoante já aludido, a soberania existe para proteção dos indivíduos, e não do Estado *per se*, de modo que, se exercida em prejuízo daqueles, é exercida em desvio da função que legitimou sua existência. Resume a Corte:

Em relação ao dever de respeito, a Corte afirmou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes, nos termos do citado artigo, é a de “respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos na Convenção. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção da restrição ao exercício do poder estatal⁷.

O dever de garantia, por outro lado, faz com que o Estado tenha de garantir que não haja violações a direitos humanos em seu território. Deve, assim, adotar medidas para prevenir violações – incluindo revogar normas internas que as acarretem e criar normas e políticas públicas destinadas a evitar afrontas –, bem como investigar e sancionar responsáveis por violações, enviando a mensagem de que não são aceitáveis, além de ordenar reparações para as vítimas. Novamente, leciona a Corte Interamericana:

Sobre a obrigação de garantia, a Corte estabeleceu que pode ser cumprida de diferentes maneiras, em função do direito

⁷ Caso González e outras vs México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009, par. 235.

específico que o Estado deva garantir e das necessidades de proteção particulares⁸. Esta obrigação implica o dever dos Estados de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos⁹. Como parte desta obrigação, o Estado possui o dever jurídico de “prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma correta reparação^{10 11}.

Especificamente sobre o dever de prevenção, que é o que terá maior relevo na análise da (in)compatibilidade da vedação ao aborto com os direitos humanos, juntamente ao dever de respeito, aduz a Corte:

A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais¹².

⁸ Caso do “Massacre de Mapiripán” vs Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005, par. 111 e 113; Caso Perozo vs Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009, par. 298; e Caso Anzualdo Castro vs Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de Setembro de 2009, par. 62.

⁹ Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988 par. 166; Caso Anzualdo Castro vs Peru, par. 62.

¹⁰ Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. *Mérito*, par. 174.

¹¹ Caso González e outras vs México, par. 236.

¹² *Idem*, par. 252.

Assim, sabendo da existência de situação de risco a determinados direitos humanos, o Estado deve atuar para evitar que ocorram. Analogamente, sabendo que determinados direitos estão sendo violados, tem de agir para impedir a continuação da afronta.

Deixando de cumprir quaisquer destes deveres, pode o Estado ser responsabilizado no plano internacional por violações a direitos humanos.

Assentadas tais premissas, passa-se agora a analisar a questão ora em debate sob o prisma dos direitos humanos e da jurisprudência internacional, a fim de verificar se há violação a direitos humanos, se o Estado brasileiro vem, com a proibição ao aborto, deixando de cumprir seus deveres postos no plano internacional, e se, como consequência, é ou não passível de responsabilização internacional.

O DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA DA MULHER COMO ÓBICES À VEDAÇÃO AO ABORTO

O termo autonomia, consoante o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, tem origem grega, referindo-se “auto” a algo que seja próprio do indivíduo e, “nomia” relativo à lei ou ao direito. Assim, autonomia significa, ainda conforme o mesmo dicionário, “direito de reger-se segundo leis próprias”, ou seja, o direito a elaborar normas para governar a própria vida.

Dessa forma, os diversos diplomas, nacionais¹³ e internacionais¹⁴, que consagram o direito à liberdade e à autonomia privada desejam, com isso, deixar claro que o indivíduo tem o direito de viver sua vida segundo normas estabelecidas por ele próprio, sem imposições por parte de terceiros ou do Estado, tendo por limite apenas os direitos fundamentais de outros indivíduos ou outras normas de envergadura constitucional, *que se repete que devam prevalecer na ponderação*.

É esta a lição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma:

esta Corte interpretou de forma ampla o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana¹⁵. Além disso, a Corte ressaltou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções^{16 17}.

¹³ Ver, por todos, art. 5º, *caput* e inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

¹⁴ Ver, por exemplo, os arts. I, III, XII, XIII, XVIII, XIX e XX da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH); bem como os arts. 1º, 1; 9º; 17; 18; e 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), internalizado no Brasil pelo Decreto n. 592/92. No plano das Américas, ver, ainda a título de exemplo, arts. 7º; 11, 2; 12; 13 e 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no Direito brasileiro pelo Decreto n. 678/92.

¹⁵ Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007, par. 52.

¹⁶ Caso Atala Riffo e Crianças vs Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012, par. 136. *Mutatis mutandi*, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador, par. 52.

¹⁷ Caso Artavia Murillo e Outros vs Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012, par. 142.

O Estado, por sua vez, como garantidor dos direitos dos indivíduos, tem o dever de zelar para que a autonomia não sofra ingerências arbitrárias (dever de garantia dos direitos humanos), e não pode, evidentemente, ser ele próprio, através de seus agentes ou de suas políticas, o causador de tais ingerências indevidas, tendo, portanto, também dever de respeitar tal direito.

Novamente, invocam-se as conclusões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma:

a liberdade [é] sempre a regra e a limitação ou restrição sempre a exceção¹⁸. Consequentemente, o Estado deve prevenir que a liberdade dos indivíduos seja prejudicada pela atuação de agentes estatais e terceiros particulares, bem como investigar e punir os atos violatórios deste direito¹⁹.

No que tange ao caso ora em análise, verifica-se que as mulheres, como indivíduos titulares de direitos fundamentais e humanos que são, têm, evidentemente, direito à liberdade e à autonomia privada, podendo, assim, viver suas vidas pautando-se por normas estabelecidas por elas próprias, conforme o que entendam que dê mais sentido à sua existência.

O Estado, em razão do dever de respeito e do dever de garantia, não pode criar ingerências indevidas sobre este direito, limitando as escolhas sem que isto se dê por conflito com norma constitucional ou convencional de igual hierarquia, e *que se repute que deva prevalecer na ponderação*, e não pode, tampouco, permitir que terceiros criem tais limitações. É despidendo ressaltar que as escolhas não podem ser limitadas pelo papel que se repute que a mulher deve ter na vida e na sociedade.

¹⁸ Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. vs Equador, par. 53.

¹⁹ Caso González e outras vs México, par. 247.

Como consequência ainda dos deveres de respeito e garantia, o Estado não pode punir, nem direta, nem indiretamente, mulheres por realizarem escolhas de vida. Não pode, assim, nem aplicar sanção penal, civil ou administrativa a mulher que realize escolha que não confronte com norma constitucional ou convencional *que deva prevalecer na ponderação*, nem negar à mulher algum direito em razão de ter feito uma escolha.

Nesta linha, no caso *González e Outras vs México*, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressamente condenou a postura do Estado de negar direitos a mulheres que, por escolha pessoal, não viviam nos moldes do papel que se reputava que deveriam ter na sociedade. Na hipótese analisada, o Estado admitia tacitamente violações a direitos delas, entendendo que eram, por suas escolhas de vida, corresponsáveis por tais lesões. Assim, as sancionava indiretamente pelas opções realizadas, entendendo que, por conta destas, eram menos dignas de valor e de proteção estatal. A Corte Interamericana entendeu, acertadamente, que tal postura configura afronta aos direitos humanos, pois acaba, na prática, por limitar as escolhas possíveis sem que haja norma de igual hierarquia a amparar tal cerceamento – a mulher se vê constrangida a não realizar uma escolha que desejava, por temor de ter outros direitos negados²⁰.

No que tange à questão do aborto, impõe-se que se verifique que a maternidade é e só pode ser uma *escolha* da mulher, e não uma consequência do papel social que se reputa que deva ter. Pode ela querer ser mãe, e pode não querer, ou ao menos não naquele momento. Não há imposição para que seja. A escolha realizada, qualquer que seja esta, não deve ser sancionada pelo Estado nem direta, nem

²⁰ Ver, sobretudo, o capítulo VII da sentença.

indiretamente, negando-lhe direitos em razão desta escolha, pois, do contrário, seria afrontado seu direito à liberdade e à autonomia privada. O Estado, noutras palavras, violaria seu dever de respeito a tais garantias.

A concretização desta opção pela não-maternidade pode ser efetivada através da divulgação e disponibilização ampla de terapias contraceptivas, ou através do aborto, caso já haja gravidez não desejada. Este, portanto, constitui meio para efetivar uma decisão amparada pelo direito fundamental e humano à liberdade e à autonomia privada, de modo que proibi-lo constitui ingerência violadora deste direito. Tal ingerência, como se verá, não é amparada por nenhum direito constitucional ou convencional de igual hierarquia *que deva prevalecer na ponderação*.

Analogamente, condenar a conduta da mulher que engravida de maneira indesejada e entender que ela, então, deve ter negado seu direito à autonomia, não podendo mais optar por não ser mãe e devendo ser “castigada” com a imposição da maternidade, também constitui afronta à liberdade e à autonomia, eis que consiste em sanção indireta por não se amoldar aos padrões sociais, sem que haja amparo em direito contraposto que deva prevalecer na ponderação, consoante se demonstrará adiante.

Com a proibição ao aborto, então, o Estado viola seu dever de respeito aos direitos à liberdade e à autonomia privada, o que pode, consoante indicado no capítulo anterior, acarretar sua responsabilização no plano internacional – está, com isso, deixando de cumprir compromissos assumidos internacionalmente, de respeito aos direitos humanos.

O DIREITO À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER TAMBÉM COMO OBSTÁCULOS À PROIBIÇÃO AO ABORTO

Além de consagrar o direito à liberdade e à autonomia privada de modo geral, diversos diplomas internacionais de direitos humanos²¹ consagram também o direito à vida privada, como direito à tomada de decisões que só digam respeito à vida de um indivíduo, não repercutindo sobre terceiros e, portanto, não competindo a estes interferir sobre elas. Afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte estabeleceu que a proteção da vida privada, da vida familiar e do domicílio implica o reconhecimento de que existe um âmbito pessoal que deve estar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública²².

O âmbito de proteção de tal direito é, no entender da jurisprudência de cortes internacionais, amplo, consoante explicita a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos, ao afirmar que este vai além do direito à privacidade²³. A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida

²¹ Ver, a título de exemplo, o art. XII da DUDH, o art. 17 do PIDCP e o art. 11 da CADH.

²² Caso Fernández Ortega e outros vs México. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de agosto de 2010, par. 157.

²³ Caso Atala Riffo e Crianças vs Chile, par. 135.

privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior²⁴. A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa²⁵. A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais²⁶, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres²⁷. Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico²⁸.

²⁴ Caso Rosendo Cantú e outra vs México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010, par. 119, e Caso Atala Riffo e Crianças vs Chile, par. 162. Ver também, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso Dudgeon vs Reino Unido, (n.º 7525/76), Sentença de 22 de outubro de 1981, par. 41; Caso X e Y vs Países Baixos (n.º 8978/80), Sentença de 26 de março de 1985, par. 22; Caso Niemietz vs Alemanha (n.º 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29; Caso Peck vs Reino Unido (n.º 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003; final, 28 de abril de 2003, par. 57; e Caso Pretty vs Reino Unido (n.º 2346/02), Sentença de 29 de abril de 2002; final, 29 de julho de 2002, par. 61 (“The concept of [‘] private life[‘] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”).

²⁵ Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso R.R. vs Polónia (n.º 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 197.

²⁶ Na Corte Interamericana, ver Caso Rosendo Cantú e outra vs México, par. 119 e Caso Atala Riffo e Crianças vs Chile, par. 162. No Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o tema é abordado no Caso Niemietz vs Alemanha, par. 29, e no Caso Peck vs Reino Unido, par. 57.

²⁷ Caso Gelman vs Uruguai. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, par. 97.

²⁸ Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 143.

Verifica-se, assim, que o direito à vida privada é intimamente ligado ao direito à liberdade e à autonomia privada, e, como uma de suas consequências, no caso das mulheres, gera o direito a escolher se será ou não mãe – tal escolha diz respeito apenas à mulher, e não a terceiros. Cabe a ela decidir se a maternidade contribuirá para o que ela deseja para a própria vida e para seu autodesenvolvimento pleno, ou não – tem ela, então, direito à autonomia reprodutiva.

É desnecessário ressaltar que, ainda que a mulher faça parte de um casal ou mesmo uma família, a maternidade impacta, em primeiro lugar, sua própria vida, de modo que cabe a ela, primordialmente, decidir se será ou não mãe, excluindo-se a ingerência de terceiros. Do contrário, terceiros poderiam condicionar a vida de um indivíduo, o que configura clara afronta ao âmbito de proteção do direito à vida privada.

Por conseguinte, deve o Estado criar condições para evitar que terceiros interfiram sobre as livres escolhas de uma mulher, eis que tem o dever de garantia dos direitos humanos. Deve, ainda, evidentemente, se abster de condutas que impeçam que a mulher realize tais escolhas, por força de seu dever de respeito aos direitos humanos. A afronta a qualquer destes deveres, consoante já observado, pode acarretar responsabilização internacional do Estado brasileiro. Afirma a Corte Interamericana:

O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública²⁹.

²⁹ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 142. Ver, ainda, Caso do *Massacre de Ituango vs Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de julho de 2006, par. 194, e Caso *Atala Riffo e Crianças vs Chile*, par. 161.

Nesta linha, a criminalização do aborto, acaba por gerar afronta a ambos estes deveres estatais.

De fato, primeiramente, a proibição acaba por permitir violação ao dever de garantia. Com efeito, segundo pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foram detectados, no estado do Rio, casos em que a mulher foi levada a realizar aborto contra a sua vontade, sendo coagida a tanto por parentes ou parceiros afetivos. Isto é possível em razão da criminalização – caso se tratasse de procedimento lícito, realizado em hospitais comuns e não em clínicas clandestinas, ou mesmo fundos de quintal, não poderiam as mulheres serem a ele submetidas contra a sua vontade, eis que o médico tem o dever de apenas realizar procedimentos com o consentimento do paciente³⁰.

Sendo o aborto realizado por leigos ou mesmo por médicos sem estarem submetidos a fiscalização, em razão da clandestinidade, este direito não é assegurado, e verificam-se violações ao direito à vida privada da mulher, no caso em que ela optaria pela maternidade, mas é impedida a tanto.

Quanto ao dever de respeito, sendo o aborto, conforme já observado no item anterior, uma forma de impedir que se concretize uma maternidade não desejada, é nítido que sua proibição acaba por interferir indevidamente nas escolhas que poderiam ser realizadas pelas mulheres. Obviamente, existem terapias contraceptivas, mas é inegável que, no Brasil atual, elas acabam não disponíveis a muitas³¹. O aborto, então, seria uma forma adicional de evitar que uma gravidez indesejada acabasse por violar os planos de vida da mulher, com possíveis repercussões mesmo em sua saúde, como se verá adiante.

³⁰ Vide arts. 31 e 42 do Código de Ética Médica, ressaltando-se que este último diz respeito especificamente a métodos contraceptivos.

³¹ Em pesquisa realizada pela ENSP/Fiocruz, foram entrevistadas 23.894 mulheres grávidas, e aproximadamente 30% delas não desejavam a gestação atual. Outras 9% se disseram insatisfeitas com a gravidez. Disponível em <http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/wp-content/uploads/2014/11/sumario_executivo_nascer_no_brasil.pdf>. Acesso em 25 out 2017.

Afirma a Corte Interamericana:

O direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade³².

Dessa forma, a criminalização do aborto acaba por impedir que as mulheres tomem as próprias decisões sobre sua vida privada e sobre se desejam ou não a maternidade, seja criando condições que permitem que elas sejam impedidas de serem mães em caso em que gostariam de sê-lo, seja cerceando seu direito de escolher não o serem.

Em ambos os casos, o prejuízo à saúde psicofísica da mulher é nítido. Impedida de ser mãe ou obrigada a sê-lo contra a sua vontade, há impacto significativo ao projeto de vida da mulher e ao que ela deseja para sua vida – tanto a maternidade quanto a não maternidade indesejadas geram profundos efeitos sobre a vida da pessoa, que passa a trilhar caminho abissalmente distinto do que ela tencionava para si, o que pode gerar danos à saúde, física e mental, da mulher, como se verá a seguir.

³² Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 146. A mesma conclusão consta da Recomendação Geral n.º 24 (A Mulher e a Saúde) do Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 02/02/99, pars. 21 e 31 b).

O DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA E À VIDA DA MULHER COMO ÓBICES FINAIS À CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Os Estados-parte da Organização Mundial da Saúde (OMS), dentre os quais se inclui o Brasil, reconhecem, por força de previsão contida nos atos constitutivos da organização, que “a saúde constitui um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças”³³.

Nesta linha, a jurisprudência internacional vem entendendo que a falta de acesso a determinados procedimentos médicos – sejam eles destinados ou não a combater doenças – pode gerar impactos significativos sobre o bem-estar mental e social de uma pessoa, pondo em risco, então, sua integridade psicofísica. Nas palavras da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas³⁴, bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde³⁵. No âmbito europeu, a jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica.

³³ Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Sanitária Internacional realizada em Nova York de 19 de junho a 22 de julho de 1946, foi assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados e entrou em vigor em 7 de abril de 1948. O texto está disponível em http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Acesso em 26 out 2017.

³⁴ Caso das Crianças Yean e Bosico vs República Dominicana. Sentença de 8 de setembro de 2005, par. 205 e 206, e Caso Furlan e Familiares vs Argentina. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2012, par. 250.

³⁵ Caso Vélez Lóor vs Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010, pars. 220, e Caso Diaz Peña vs Venezuela. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de junho de 2012, par. 137.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade³⁶. Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica³⁷.

No mesmo sentido, afirma o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU que a saúde genética significa que:

a mulher e o homem têm a liberdade para decidir se desejam se reproduzir e em que momento, e têm o direito de estar informados e ter acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de sua escolha, bem como o direito de acesso aos serviços de atendimento à saúde pertinentes³⁸.

³⁶ Caso *Glass vs Reino Unido* (n.º 61827/00), Sentença de 9 de março de 2004, pars. 74-83; Caso *Yardımcı vs Turquia* (n.º 25266/05), Sentença de 5 de janeiro de 2010; final, 28 de junho de 2010, pars. 55 e 56, e Caso *P. e S. vs Polônia* (n.º 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou neste último caso que os Estados têm “a positive obligation to secure to the citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life”; ver também, ainda no Tribunal Europeu, Caso *McGinley e Egan vs Reino Unido* (n.º 10/1997/794/995-996), Sentença de 9 de junho de 1998, par. 101.

³⁷ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 147. No Caso *Penal Castro Castro vs Peru*, a Corte Interamericana também se manifestou no sentido de que a falta de atenção médica adequada pode ocasionar sofrimento físico ou psicológico adicional (Sentença de 25 de novembro de 2006, Mérito, reparações e custas, par. 302).

³⁸ Observação Geral n.º 14/2000 do Comitê, par. 14. Na mesma linha, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

Conclui-se, assim, que, se um procedimento médico for necessário para garantir uma escolha realizada pela parte no exercício de seus direitos à autonomia, à vida privada e à liberdade reprodutiva, este procedimento deve poder ser realizado. Seu impedimento inviabilizaria que a pessoa vivesse de acordo com o que escolheu para a própria vida, impedindo a concretização de seus projetos pessoais, o que poderia causar dano grave a sua integridade psicofísica e a sua saúde, pelos prejuízos gerados a seu bem-estar.

No que pertine ao tema do aborto, verifica-se que, caso uma mulher tenha gravidez por ela não desejada, obrigá-la a permanecer com a gestação e ter o filho, por proibir o procedimento médico que permitiria a interrupção da gravidez ainda em estágio inicial, acaba por inviabilizar que ela viva conforme a decisão que tomou para si – não ser mãe, ou ao menos não naquele momento –, arruinando seu projeto de vida.

É desnecessário ressaltar que a maternidade, desejada ou não, acarreta alterações profundas na vida da mulher. Não é nada improvável, portanto, que a maternidade indesejada acabe por impedir a mulher de realizar seus projetos de vida. As responsabilidades decorrentes da maternidade podem, ainda, ser excessivas para algumas, sobretudo quando não desejam assumi-las. O dano psicológico – e mesmo físico – que pode decorrer deste impedimento configura nítida afronta ao direito à integridade psicofísica da mulher.

Noutras palavras, ao proibir a realização de aborto, o Estado acaba por permitir que mulheres, diariamente, sofram danos a sua integridade psicofísica, que é direito previsto em diferentes diplomas internacionais de direitos humanos³⁹. Viola, assim, seu dever de

³⁹ Vide, a título de exemplo, o art. V da DUDH, o art. 7º do PIDCP e art. 5º, 1 e 2 da CADH.

garantia, não prevenindo que o dano aos direitos humanos se produza. Trata-se de dano previsível, consoante explicitado no parágrafo anterior, e que poderia ser evitado pela revogação de uma norma do Estado. Assim, ao não fazê-lo e não prevenir os danos, incorre o Estado em violação ao dever de garantia, sujeitando-se, então, à responsabilidade internacional.

Raciocínio semelhante vale para o direito à vida da mulher, também previsto em diversos tratados internacionais⁴⁰. Consoante a Corte Interamericana:

A observância do artigo 4, relacionado com o artigo 1.1 da Convenção Americana, não somente pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas ademais requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva)⁴¹, conforme o dever de garantir o pleno e livre exercício dos direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição⁴².

O aborto clandestino mata diariamente diversas mulheres que a ele se submetem. Trata-se de procedimento de pouca complexidade do ponto de vista médico. Contudo, realizado na ilegalidade, por indivíduos que não são médicos, ou, ao menos, sem a estrutura de hospitais, acaba por trazer graves riscos às mulheres, e, em caso de complicações, não é incomum que venham a óbito.

⁴⁰ Vide, novamente como exemplo, o art. III da DUDH, o art. 6º, 1 do PIDCP e o art. 4º da CADH.

⁴¹ Caso Villagrán Morales e outros vs Guatemala. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999, par. 144; Caso Penal Castro Castro vs Peru, par. 237; Caso Vargas Areco vs Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, par. 75; além de Caso Montero Aranguren e outros vs Venezuela. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 5 de julho de 2005, par. 65, e Caso dos Massacres de Ituango vs Colômbia, par. 130.

⁴² Caso González e outras vs México, par. 245.

O Estado brasileiro tem ciência deste estado de coisas. Segundo dados do Ministério da Saúde, 4 mulheres morrem a cada dia em hospitais em decorrência de complicações por aborto clandestino⁴³. Ademais, o Brasil reconheceu, em relatório enviado à ONU em 2016, que o aborto clandestino é a quinta causa de morte materna no país, e “configura um problema de saúde pública de significativo impacto”⁴⁴.

Grupo da ONU de especialistas independentes (relatores especiais), em resposta, exortou o Brasil a revogar a proibição ao procedimento, afirmando que “a proibição não reduz a necessidade e o número de abortos; ele apenas aumenta os riscos para a saúde e a vida das mulheres e meninas que recorrem aos serviços inseguros e ilegais”⁴⁵. No Comentário Geral n.º 22, ademais, o Comitê da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que:

a ausência de serviços obstétricos de emergência e a negação do aborto frequentemente levam à mortalidade ou morbidade materna, o que, por sua vez, constitui violação ao direito à vida e à segurança, e, em certas circunstâncias, pode configurar tortura ou tratamento desumano ou degradante⁴⁶.

A despeito disso, o Estado brasileiro não atendeu, até o momento, às exortações da ONU, e mantém a proibição ao aborto, mesmo

⁴³ Dados obtidos pelo jornal Estado de São Paulo, disponível em <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281>. Acesso em 26 set 2017.

⁴⁴ Noticiado em <https://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>. Acesso em 26 out 2017.

⁴⁵ Reportado em <https://nacoesunidas.org/aborto-inseguro-ainda-esta-matando-dezenas-de-milhares-de-mulheres-alertam-especialistas-da-onu/>. Acesso em 26 out 2017.

⁴⁶ Comentário Geral n.º 22/2016, tradução livre de trecho do par. 10, por inexistência de tradução oficial em português. O texto original é “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”.

sabendo que leva, diariamente, a mortes que seriam evitáveis, caso o procedimento fosse lícito e realizado por médicos em hospitais.

Com isso, novamente, incorre em afronta a seu dever de garantia, pois seu direito interno concorre para que o direito à vida de inúmeras mulheres seja violado. O Estado brasileiro não toma *nenhuma* providência para evitar tal situação, em atuação, então, manifestamente inconstitucional e anticonvencional.

DO ALEGADO DIREITO À VIDA DO NASCITURO – POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Verificado que a proibição ao aborto, ressalvados os casos de risco de vida para a mãe, estupro e feto anencéfalo, afronta diversos direitos fundamentais e humanos da mulher, consagrados na Constituição Federal e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, há que avaliar se a referida interferência seria justificada por alguma norma contraposta.

Alega-se que o fundamento que permite a restrição de todos estes direitos da mulher é o direito à vida do feto em formação – não poderia ela interromper voluntariamente a gravidez, ainda que à custa de direitos fundamentais e humanos de sua titularidade, pois isto importaria sacrificar o direito à vida do nascituro.

Nem da Constituição Federal, nem de diplomas internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro, porém, se extrai que tal direito seja apto a embasar, de maneira válida, tais cerceamentos – eles indicam, em verdade, o contrário.

De fato, a Constituição Federal dispõe sobre o direito à vida no *caput* de seu art. 5º, estabelecendo que “todos são iguais perante a lei,

sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Não há nenhuma disposição específica sobre quando se consideraria surgida a vida, nem sobre a partir de quando o direito à vida seria protegido.

A Declaração Universal de Direitos Humanos também não traz qualquer determinação específica, estabelecendo apenas, em seu art. 3º, que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), por sua vez, internalizado pelo Estado brasileiro através do Decreto nº 592/1992, prevê, em seu art. 6º, inciso 1, que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Este dispositivo não traz, portanto, nenhuma disposição específica tampouco. Contudo, no inciso 3, é vedado que a pena de morte seja aplicada a mulheres grávidas, o que poderia, *numa leitura superficial* – como se demonstrará adiante –, indicar a existência de um direito à vida de titularidade do nascituro.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) também consagra o direito à vida em dispositivos que podem, *numa leitura apressada*, indicar amparo a um pretense direito à vida do nascituro.

Com efeito, prevê ela, em seu art. 4º, inciso 1, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, *em geral, desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”⁴⁷. No inciso 5 do mesmo artigo, reproduz a disposição do PIDCP no sentido de que a pena de morte não deve ser aplicada a mulheres grávidas.

⁴⁷ Sem grifos no original.

Tais disposições, no entanto – como, de resto, todas as disposições normativas, de qualquer espécie –, devem ser objeto de interpretação, a fim de verificar qual seu real sentido e âmbito de proteção.

A interpretação de tratados é disciplinada nos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 7.030/2009. Preveem eles:

Artigo 31

Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Artigo 32

Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Passa-se, então, à análise, primeiramente, do art. 4º, inciso 1 da CADH, por ser aparentemente mais explícito do que as disposições do inciso 5 e do art. 6º, inciso 3 do PIDCP.

Como visto, o art. 4º, inciso 1 da CADH prevê que “toda pessoa” tem direito à vida, e esta deve ser protegido, “em geral, desde a concepção”. A fim de compreender o âmbito de proteção do direito à vida, há de interpretar estas expressões nos moldes dos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena – levando-se em consideração o sentido comum de seus termos, seu objetivo de proteção aos direitos humanos e, a fim de dirimir controvérsias que persistam, os trabalhos preparatórios que levaram à sua conclusão e as circunstâncias em que esta ocorreu.

Inicialmente, observa a Corte Interamericana de Direitos Humanos – intérprete final da CADH⁴⁸ –, após oitiva de diversos peritos médicos, que não há, atualmente, consenso sobre quando um embrião teria atingido grau de maturidade suficiente a ponto de ser considerado como uma *pessoa* e, portanto, titular do direito à vida (“toda *pessoa* tem direito à vida”). Não há sequer consenso sobre quando seria considerada surgida a vida humana. Aduz a Corte:

⁴⁸ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 171.

As partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado “ser humano”. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano, enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno. Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso.

(...)

Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida⁴⁹.

⁴⁹ Em relação a decisões de tribunais constitucionais: Corte Suprema dos Estados Unidos, Caso Roe vs Wade, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“Não necessitamos resolver a difícil questão de quando começa a vida. Se os que estão formados em suas respectivas disciplinas da medicina, filosofia e teologia não conseguem chegar a nenhum consenso, a judicatura [...] não está em situação de especular uma resposta”). Tribunal Supremo de Justiça do Reino Unido, Caso Smeaton vs The Secretary of State for Health, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto do juiz Munby, par. 54 e 60 (“Não é parte de minha função, tal como a concebo, determinar o momento em que começa a vida [...]. Assim, mesmo a biologia e a medicina não podem nos dizer o momento preciso em que “a vida” realmente comece”). Corte Suprema de Justiça da Irlanda, Caso Roche vs Roche & Ors, Sentença de 15 de dezembro de 2009, [2009] IESC 82, Voto do juiz Murray C.J. (“Na minha opinião, não deve ser um tribunal de leis, confrontado com as opiniões mais divergentes, mesmo que as mais eruditas disponíveis nas citadas disciplinas, pronunciar-se sobre a verdade do momento preciso quando começa a vida humana); Voto do juiz Denham J, par. 46 (“Este não é o espaço adequado para tratar de definir ‘a vida’, ‘o começo da vida’, ‘o momento que a alma entra no feto’, ‘vida em potencial’, ‘a singular vida humana’, quando começa a vida, ou outros imponderáveis relacionados com o conceito da vida. Este não é o foro apropriado para decidir princípios da ciência, da teologia ou da ética. Este é um tribunal de leis ao qual foi pedido interpretar a Constituição e tomar uma decisão jurídica sobre a interpretação de um artigo da Constituição”). Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006 (“Considera esta Corporação que determinar o momento exato a partir do qual se inicia a vida humana é um problema ao qual se deu várias respostas, não somente sob distintas perspectivas como a genética, a médica, a religiosa, ou a moral, entre outras, mas também em virtude dos diversos critérios expostos por cada um dos respectivos especialistas, e cuja avaliação não corresponde à Corte Constitucional nesta decisão”). Ver, ainda, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso Vo. vs França, (n.º 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84.

Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham⁵⁰.

Não havendo consenso sobre quando se iniciaria a vida humana – nem, portanto, sobre a partir de quando se poderia ser considerado titular deste direito –, não há como extrair da expressão “toda pessoa tem direito à vida” se este direito é ou não extensível ao nascituro, em qualquer estágio de desenvolvimento, e, conseqüentemente, se fundamentaria ou não restrição ao aborto.

Quanto à previsão de proteção do direito à vida “em geral, desde a concepção”, verificou a Corte, após oitiva de diversos peritos médicos, que não há, tampouco, em primeiro lugar, consenso científico sobre quando seria considerada ocorrida a concepção:

A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”. Uma corrente entende “concepção” como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião. Outra corrente entende “concepção” como o momento de implantação do óvulo fecundado no útero. O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião⁵¹.

⁵⁰ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 183.

⁵¹ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 180.

De toda sorte, parece, ao menos, haver consenso de que, uma vez que houvesse a implantação do embrião no útero materno, haveria concepção.

Assim, pode-se ler a disposição da parte final do art. 4º, inciso 1 da CADH como significando que o direito à vida deve ser protegido, *em geral*, desde a implantação do embrião no útero materno. Remanesce, então, a interpretação da locução “em geral” – afirma a Corte que “a interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular”⁵².

Não se pode extrair quais exceções seriam estas nem através da análise do sentido comum da expressão – ela indica apenas que há exceções –, nem através, *por si só*, da avaliação dos objetivos do tratado, que é proteger os direitos humanos. Dessa forma, cabe se socorrer da verificação da intenção das partes ao elaborar o tratado (art. 31, inciso 4 da Convenção de Viena) e dos métodos suplementares de interpretação, previstos no art. 32 da mesma Convenção, analisando os trabalhos preparatórios de conclusão da CADH e as circunstâncias em que esta se deu. Esta foi também a conclusão a que chegou a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Segundo o artigo 32 da Convenção de Viena, os meios complementares de interpretação, em especial os trabalhos preparatórios do tratado, são utilizáveis para confirmar o sentido resultante daquela interpretação ou quando esta deixe ambíguo ou obscuro o sentido ou conduza a um resultado manifestamente absurdo ou não razoável⁵³. O anterior implica que costumam ser utilizados somente de forma subsidiária⁵⁴, depois de haver utilizado os métodos de interpretação

⁵² Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 188.

⁵³ Restrições à Pena de Morte (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A n.º 3, par. 49.

⁵⁴ Caso González e outras vs México, par. 68.

consagrados no artigo 31 da Convenção de Viena, com o objetivo de confirmar o sentido que se encontrou ou para estabelecer se subsiste uma ambiguidade na interpretação ou se a aplicação é absurda ou não razoável. Entretanto, no presente caso, a Corte considera relevante para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se consta que tal foi a intenção das partes. Portanto, a interpretação do texto do artigo 4.1 da Convenção se relaciona diretamente com o significado que os Estados Parte da Convenção Americana pretendiam atribuir⁵⁵.

Durante os trabalhos preparatórios para elaboração da CADH, a proposta inicial para a redação do art. 4º, inciso 1 era para que se previsse proteção ao direito à vida desde a concepção, sem a previsão da expressão “em geral” – denotando, assim, a inexistência de exceções, ao menos *a priori*, a esta tutela.

Após debates, porém, alguns Estados aduziram justamente que a previsão, sem ressalvas, de proteção ao direito à vida desde a concepção tornaria incompatíveis com a CADH normas internas de cada país que autorizassem a realização de aborto. Para conciliar a norma da CADH com a possibilidade de realização de aborto, se houvesse lei do país neste sentido, foi incluída a expressão “em geral”⁵⁶.

Conclui-se, então, que a expressão “em geral” foi incluída precisamente para evitar que a previsão de proteção da vida desde a concepção obstasse que leis internas de cada país autorizassem a realização de aborto. A intenção era que tais leis fossem claramente consideradas conforme

⁵⁵ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 193.

⁵⁶ *Idem*, par. 201 a 221; ver, ainda, “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte”, OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, em: Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968, OEA, Washington D.C., 1973:320.

a CADH, e não obstaculizadas pelo direito à vida nela consagrado. Noutros termos, o objetivo era que o aborto não fosse considerado incompatível com a proteção ao direito à vida desde a concepção.

Situação semelhante, inclusive, havia ocorrido durante os trabalhos preparatórios para a Declaração Americana de Direitos Humanos (DADH)⁵⁷, que, inicialmente, preveria proteção ao direito à vida também para os que estivessem ainda por nascer, expressão que restou suprimida pelo mesmo fundamento – alguns Estados⁵⁸ aduziram que a redação inicial poderia tornar incompatíveis com a declaração normas internas suas que autorizavam a realização de aborto. Não sendo esta a intenção, foi a expressão suprimida. O mesmo se deu durante a elaboração do PIDCP⁵⁹ e da própria Declaração Universal de Direitos Humanos⁶⁰.

Explica a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte constata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Baby Boy vs. Estados Unidos da América*, rejeitou o pedido dos peticionários para declarar duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, que legalizaram o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal, como violatórias da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em relação à interpretação do artigo I da Declaração Americana, a Comissão rejeitou o argumento dos peticionários segundo o qual “o artigo I da Declaração incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção”, considerando que a Nona Conferência Internacional Americana, ao aprovar a Declaração Americana, “enfrentou esta questão e decidiu não

⁵⁷ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 194 a 200.

⁵⁸ Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela.

⁵⁹ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 225.

⁶⁰ *Idem*, par. 224.

adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio⁶¹. Em relação à interpretação da Convenção Americana, a Comissão afirmou que a proteção do direito à vida não é absoluta⁶². Considerou que “[a] adição da frase ‘em geral, desde o momento da concepção’ não significa que quem formulou a Convenção tivesse a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula ‘em geral, desde o momento da concepção’ são substancialmente diferentes da cláusula mais curta ‘desde o momento da concepção’, que aparec[ia] repetida muitas vezes no documento dos peticionários”⁶³.

A Corte conclui que os trabalhos preparatórios indicam que não prosperaram as propostas de eliminar a expressão “e, em geral, desde o momento da concepção”, nem as propostas das delegações que pediam eliminar somente as palavras “em geral”⁶⁴.

Assim, da interpretação do art. 4º, inciso 1 da CADH, se extrai que toda pessoa tem direito à vida, que deve ser protegida, em geral, desde a implantação do embrião no útero, mas isto não obsta que leis internas prevejam aborto. O alegado direito à vida do nascituro, então, não seria um direito absoluto, comportando exceções em casos em que conflitasse com outros direitos fundamentais e humanos e se reputasse, por ponderação, que estes deveriam prevalecer, como se daria no caso do aborto – a ponderação, aqui, já foi realizada pelos Estados ao elaborar e ratificar os tratados, tendo eles entendido que o direito à vida não constituiria óbice apto a inviabilizar a previsão de interrupções voluntárias da gravidez, eis que estas tutelariam

⁶¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso *Baby Boy vs Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n.º 23/81, OEA/Ser. L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

⁶² Caso *Baby Boy vs Estados Unidos*, par. 25.

⁶³ Caso *Baby Boy vs EUA*, par. 30.

⁶⁴ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 220 e 221.

direitos que, ao ver dos Estados, deveriam prevalecer no confronto. Afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

É possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral⁶⁵.

Há que ressaltar, neste ponto, que tratados de Direitos Humanos resultam de consenso sobre quais direitos devem ser protegidos e em que circunstâncias. Da análise da CADH, bem como da DADH e do PIDCP, verifica-se que os Estados não entendem, de maneira geral, que a proteção ao direito à vida deva obstar a possibilidade de realização de aborto. Explica a Corte Interamericana:

Os antecedentes que foram analisados até agora permitem inferir que a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula “em geral” tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.

Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção

⁶⁵ Idem, par. 264.

absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada “proteção mais ampla” no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela⁶⁶.

Noutros termos, então, não se pode alegar que normas internas que proíbem o aborto tutelam melhor o direito à vida do que os próprios tratados internacionais de direitos humanos e, pelo princípio da máxima efetividade, suas previsões deveriam prevalecer – com isso, dá-se aspecto absoluto ao direito à vida, sacrificando outros direitos (os da mulher) de maneira desproporcional, vez que acaba deixando a estes sem a adequada proteção.

Mais especificamente, aduz a Corte que o nascituro não pode ser entendido como uma pessoa, titular de direitos da mesma forma que os que já nasceram. Seu direito à vida é tutelado através da proteção da mulher e, conseqüentemente, não pode se dar às custas dos direitos desta:

A expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana⁶⁷ e da Declaração Americana⁶⁸. Ao analisar todos estes artigos, não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado, no sentido [de] que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 supra), pode-se concluir, em relação ao artigo 4.1 da Convenção,

⁶⁶ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 258 e 259.

⁶⁷ A esse respeito, os artigos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 e 25.2 da CADH.

⁶⁸ Vide artigos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXVII da DADH.

que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto”, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais. (...)

Os relatórios do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (doravante denominado Comitê “CEDAW”, por suas siglas em inglês) deixam claro que os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação⁶⁹.

O Comitê expressou, além disso, sua preocupação pelo potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde⁷⁰. O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na CEDAW.^{71 72}

⁶⁹ Caso L.C. vs Peru, Comitê CEDAW, Com. nº. 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

⁷⁰ Comitê CEDAW, Observações finais a: Belize, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Colômbia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1998); Paraguai, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1996).

⁷¹ Cf. Comitê CEDAW, Observações Finais: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), e Comitê do CEDAW, Observações Finais: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999). No mesmo sentido, Corte Interamericana, Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 260.

⁷² Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 222 e 227.

Daí se extrai, então, que a vedação, contida na CADH (art. 4º, inciso 5) e no PIDCP (art. 6º, inciso 3), à aplicação de pena de morte a mulheres grávidas tem por objetivo primeiro a proteção destas, e não do feto. Por todo o já exposto, não se pode entender que tal proibição tenha por fundamento tutelar, primordialmente, o direito à vida do nascituro – isto seria incompatível com a intenção dos Estados ao elaborar os referidos tratados. Não podem eles ter um objetivo ao redigir um inciso, e outro, oposto, ao redigir outro inciso, constante do mesmo artigo.

A ponderação já foi realizada pelos Estados ao elaborar e ratificar os tratados, e entenderam eles que o direito da mãe a interromper voluntariamente a gravidez não deve ser impedido pelo direito à vida do nascituro, devendo sobre ele prevalecer.

Dessa forma, conclui-se que a violação aos direitos da mulher ocasionada pela criminalização do aborto não é amparada por nenhuma norma jurídica que se tenha entendido que deva prevalecer na ponderação – pelo contrário, trata-se de violação de direitos baseada em suposto direito de terceiro, que, no entanto, não deveria prevalecer sobre aqueles. A criminalização, então, restringe direitos da mulher de forma absolutamente inconstitucional e anticonvencional.

MARIANA CASTRO DE MATOS

Poder-se-ia argumentar que não poderia o Poder Judiciário em geral – e o Supremo Tribunal Federal em particular – não poderia dar provimento a eventual pedido de declaração de incompatibilidade com a Constituição dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto como regra, eis que isto importaria afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, por se tratar de tema a depender de deliberação por parte do Poder Legislativo.

No entanto, trata-se de argumento que analisa de maneira insuficiente o Princípio da Separação dos Poderes, bem como o próprio Estado democrático de direito.

De fato, em primeiro lugar, pressupõe a democracia que haja prevalência da vontade da maioria, *sem, no entanto, desconsiderar os direitos fundamentais de minorias*, sejam estas quantitativas ou minorias políticas (significando grupos com baixa representatividade política nas casas legislativas). Leciona o professor e ministro Luis Roberto Barroso:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios¹.

A própria previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal busca colocá-los a salvo de maiorias parlamentares ocasionais, que busquem revogá-los – inserindo-os na Constituição, torna-se ao menos mais difícil sua supressão e, no caso brasileiro, é esta

¹ BARROSO, Luís Roberto. “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2009:58.

mesmo, inviabilizada por força do art. 60, §4º da Carta Magna. Em palavras de Ana Paula de Barcellos:

À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios de deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais².

Por via de consequência, o controle de constitucionalidade – que é realizado, de maneira concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, a da Constituição – permite que se afastem normas contrárias a direitos fundamentais, mesmo que tenham sido aprovadas pelo Poder Legislativo. Não pode este contrariar a Constituição. É novamente esta a lição do professor Luís Roberto Barroso, que afirma que “um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais”³. Na mesma linha, assevera Karl Larenz:

Uno de los principios fundamentales de la construcción del Estado de Derecho es el otorgamiento de una amplia tutela jurídica. Com ello no se quiere indicar sólo el otorgamiento de protección a los ciudadanos en sus relaciones entre sí (...), sino, antes de nada, la tutela jurídica de los ciudadanos y las corporaciones incardinadas em el Estado frente a los actos de soberanía estatal⁴.

² BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007:603.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 2.

⁴ LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madri: Civitas, 1991:176 apud MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010:168-169.

Da mesma forma, a doutrina aponta que a contrariedade à Constituição pode ocorrer também por omissão, quando o Poder Legislativo deixa de editar norma necessária a dar eficácia a previsão constitucional, ou quando deixa de revogar expressamente norma que não seja compatível com a Constituição atual, permitindo que perdure dúvida sobre sua subsistência ou não e, conseqüentemente, que alguns órgãos insistam em aplicá-la, contrariando a Carta Magna⁵.

É precisamente esta a situação que se verifica neste feito – o Poder Legislativo se omite em seu dever de cumprir a Constituição, não revogando expressamente, nem mesmo parcialmente, dispositivos do Código Penal que são, consoante já demonstrado, incompatíveis com a Carta introduzida em 1988. Foram, então, conforme a doutrina constitucionalista dominante⁶, derogados pela Constituição, pendendo apenas sua revogação expressa, de modo a acabar de uma vez com dúvidas sobre sua subsistência.

Omite-se, ainda, em seu dever de respeitar tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro, que, conforme também já asseverado, impõem a mesma obrigação.

Sendo um direito previsto na Constituição e em tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, não se abre ao Poder Legislativo o poder de, discricionariamente, escolher dar-lhes ou não efetividade. É obrigado a tanto, ainda que isto

⁵ Afirma Flávia Piovesan que “a omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar ou outros atos da Administração Pública”. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003:90 apud MENDONÇA, Eduardo. Op. cit., p. 337.

⁶ Ver, por todos, BRANCO, Paulo Gonet; e MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009:1069.

signifique ter de declarar expressamente que normas anteriores à Carta e aos tratados que com eles sejam incompatíveis foram por eles derogadas, revogando-as, então. Afirma Ingo Sarlet:

no que diz com a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, é lícito afirmar, na esteira da já clássica doutrina de Dürig, que esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico), a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo⁷.

Se o Poder Legislativo se omite, de maneira inconstitucional e anticonvencional – porque permite que paire dúvida sobre a subsistência de normas contrárias à Constituição e a tratados de direitos humanos –, cabe ao Poder Judiciário em geral, e ao Supremo Tribunal Federal em particular, no exercício de sua função *contra majoritária de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais e humanos* (art. 102, *caput* da Constituição), dar a estes efetividade, declarando extirpadas do ordenamento, definitivamente, as normas violadoras.

Não se trata, assim, de postura contrária à separação dos poderes – em verdade, este princípio existe justamente para que nenhum poder seja onipotente. Assim, é inerente a ele o sistema de freios e contrapesos, em que um poder controla atuações do outro, se estas se afigurarem contrárias à Constituição.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011:367.

Não pode, portanto, o Poder Legislativo se omitir em seu dever de guarda de direitos fundamentais e humanos e da Constituição e de tratados ratificados pelo Brasil, e tal situação ficar imune a qualquer tipo de controle estatal – isto tornaria o Poder Legislativo onipotente, e permitiria que ele, poder constituído, contrariasse decisões do poder constituinte originário. Assevera Barroso:

A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão da mais alta soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. (...) O Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais⁸.

Não pode o Poder Legislativo, *mesmo que a pretexto de efetivar a vontade da maioria*, se manter inerte se isto importar afronta a direitos fundamentais de um grupo; tal postura seria, em verdade, antidemocrática. Não há democracia onde há afronta a direitos fundamentais de alguns, ainda que amparada em vontade de maiorias. Ditaduras, inclusive, notabilizam-se justamente por isto. Se há tal inércia, não pode o Poder Judiciário, através de seu órgão de cúpula, se omitir também e permitir que tal situação perdure. Os membros do Judiciário não são eleitos precisamente porque não devem contas à maioria, e sim à Constituição e aos direitos fundamentais, ainda que isto seja contrário às pretensões de maiorias. Consoante Barroso:

Juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia. (...) Gustavo Binembom, A nova jurisdição constitucional brasileira, 2001,

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Idem, p. 55.

p. 224, condensando as lições de Dworkin e Habermas, lavrou, em síntese feliz: ‘A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contra majoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia’⁹.

Neste mesmo sentido, é o magistério de Pérez Luño:

existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito¹⁰.

Eventual declaração de não recepção constitucional de leis que proíbem o aborto, portanto, envolve meramente fazer funcionar o sistema de freios e contrapesos e o Estado democrático de direito, não permitindo que um poder viole a Constituição e direitos fundamentais – se o faz, há de ser controlada a atuação por outro, retomando-a aos eixos constitucionais e convencionais.

⁹ Op. Cit., p. 57.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., p. 19, Madri: Tecnos, 1995:19 apud SARLET, Ingo. Idem, p. 60.

Não cabe, então, afirmar que o Supremo Tribunal Federal não teria legitimidade democrática para declarar incompatíveis com a Constituição os artigos que criminalizam o aborto – precisamente, a democracia exige que o faça. A missão do próprio Poder Judiciário é atuar nos casos em que a efetivação de um direito não é espontânea, e a missão da Corte Constitucional em particular é atuar nos casos em que a efetivação de norma constitucional não é espontânea, mesmo que esta não efetivação se dê por conduta (omissiva ou não) de outro Poder – não pode o Estado, de modo geral, se omitir. Não há escolha possível.

Assim, portanto, estamos com Daniel Sarmento ao afirmar que,

por um lado, constitucionalismo e limitações ao poder em demasia podem sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como coautor do seu destino coletivo. Por outro, uma ‘democracia’ sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias, bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática¹¹.

No caso específico, se a atuação conforme os direitos fundamentais – no sentido de revogar expressamente a norma – caberia ao Poder Legislativo e este não o faz, cabe à Corte Constitucional declarar sua não subsistência, por incompatibilidade com a Constituição.

A efetivação de direitos fundamentais, nos moldes já demonstrados, portanto, não é mera liberalidade estatal, e sim *dever* estatal, decorrente da própria Constituição. O Poder Judiciário, ao dar provimento a demandas que visem tal efetivação, nada mais faz do que determinar que se cumpra a Constituição, nos casos em que a

¹¹ MENDONÇA, Eduardo. *Idem*, p. 126.

inércia dos demais poderes é contrária a ela. Sendo a Constituição superior a *todos* os Poderes, o cumprimento de suas determinações não pode depender de juízo de conveniência e oportunidade por parte deles.

Se quedam inertes, deve o Poder Judiciário impor a prestação, conservando, assim, a supremacia da Constituição e o Estado de Direito. Deve, noutros termos, como concluem Courtis e Abramovich, haver “la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente”¹². Como observa Ana Paula de Barcellos, “seria no mínimo irônico que o teórico do direito, a pretexto de defender o espaço democrático, ignorasse a deliberação majoritária concretizada na Constituição, para substituí-la por sua própria convicção na matéria”¹³.

Desta feita, não cabe alegar que se trataria de matéria discricionária ou exclusivamente política. Descumprido direito fundamental, deve o Poder Judiciário, na sua função de compor lides – que é, consoante a tradicional doutrina processualista, o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida –, e como órgão subordinado à Constituição, torná-la efetiva.

Observa Ingo Sarlet que “hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais”¹⁴. Na sociedade atual, não se pode mais conceber o voto como a única forma de legitimação da atuação de

¹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003:150.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula. *Idem*, p. 609.

¹⁴ SARLET, Ingo. *Idem*, p. 367.

um ocupante de cargo público¹⁵. Há outras formas de legitimação, e uma delas, justamente, é o fato de ser a atuação baseada na Constituição. Ainda nas palavras de Sarlet:

os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (...), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que 'o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos'¹⁶.

Dessa forma, em caso de omissão inconstitucional do Poder Legislativo, que deixa de atender comandos constitucionais e convencionais e, conseqüentemente, de extirpar expressamente do ordenamento normas que afrontam direitos fundamentais e humanos, deve o Judiciário, em homenagem à supremacia da Constituição, ao Estado de Direito e ao sistema de freios de contrapesos, inerente à própria separação dos poderes, poder fazê-lo.

¹⁵ Neste sentido também é a lição de Paulo de Tarso Brandão, em Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues [et al.]. *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008:305.

¹⁶ SARLET, Ingo. *Idem*, p. 59.

ANA PAULA SCIAMMARELLA THAUANY VIGAR

A crescente visibilidade social e o protagonismo dos tribunais vêm despertando a ampliação dos estudos sobre o sistema de justiça. O foco tem sido na evolução do significado sociopolítico do judiciário entre os poderes do Estado. Tal panorama aponta para a crescente politização do sistema de justiça e sua imersão nas relações sociais. Daí a necessidade de pensarmos no judiciário como parte dos processos políticos e sociais. Essa atenção às instituições judiciais se amplia especialmente após a Constituição de 88, quando elas ganharam além das atribuições de controle estatal, a tarefa de promover direitos sociais e das minorias. Trata-se de um marco jurídico e político que consolidou mudanças fundamentais na área dos direitos difusos e coletivos e forneceu as bases para a ampliação e conquista de novos direitos (ARANTES E KERCHER, 1999). Essa verdadeira expansão do Judiciário e sua inserção no desenho institucional de certos regimes democráticos acabou por transformá-lo em um espaço estratégico de atuação. Visto que atores políticos e sociais têm recorrido a ele para bloquear decisões majoritárias tomadas em outras esferas e para promover suas causas.

O Judiciário, portanto, é hoje uma importante arena de disputa para os movimentos sociais em ações de caráter coletivo. O direito passou a ser usado como recurso de interação social e política e como mecanismo para o avanço de direitos (MACCANN, 1994). É a chamada *mobilização do direito*, termo usado para descrever processos por meio dos quais indivíduos ou atores coletivos invocam normas, discursos ou símbolos jurídicos para influenciar políticas públicas ou comportamentos (VANHALA, 2015).

Um recurso muito mais amplo que o litígio nos tribunais, centrado em causas individuais. Tal estratégia pode abarcar outras formas de mobilização, como por exemplo, a educação em direitos, campanhas sobre direitos direcionadas à sociedade ou ao Poder Judiciário, orientação jurídica, a litigância em tribunais internacionais, a participação como *amicus curiae* ou em audiências públicas em ações que correm nas cortes supremas ou internacionais, mobilizações para criação de leis, ou alterações de normas existentes.

Um exemplo dessa mobilização é justamente o que se observa na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442, que objetiva assegurar à mulher o direito constitucional de interromper a gestação nas primeiras 12 semanas. A ação foi proposta pelo PSOL em março de 2017 e desde então mais de trinta organizações já solicitaram o ingresso como *amicus curiae* no caso. Dentre elas, três solicitações são oriundas da Defensoria Pública: a petição apresentada pelo NUDEM - Núcleo Especializado de Defesa e Promoção dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo; a petição do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Pará e a petição da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Esse tipo de atuação nos permite visualizar além da *mobilização legal*, o novo modelo institucional da Defensoria Pública, que ultrapassa o atendimento individual para defender, também, interesses coletivos e de maior impacto social. A Defensoria, diferente do que aconteceu com os outros atores e instituições do sistema de justiça, tardou a ganhar protagonismo e autonomia. A Constituição de 1988 estipulou a prestação da assistência jurídica integral e gratuita e reconheceu a Defensoria como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Contudo, foi apenas em 2004, no bojo da reforma da justiça que foi assegurada sua autonomia funcional e administrativa.

Só então ela passou a ser tratada da mesma forma que a Magistratura e o Ministério Público. A expansão da sua atuação conformou um novo modelo institucional, que posteriormente foi também adotado como recomendável no plano internacional¹.

A ampliação da trajetória institucional se consolidou em 2007, com a Lei n.º 11.448, que incluiu a Defensoria Pública no rol de instituições legitimadas para ajuizar ações civis públicas. Podemos afirmar que isso produziu um novo alcance para a ação, já que a Defensoria é historicamente mais permeável às demandas dos movimentos sociais e possui vínculos mais próximos com a sociedade.

Nessa mesma linha, a Lei 132/2009, lei orgânica das defensorias, instituiu a figura de um ouvidor externo para funcionar como um canal de diálogo com a sociedade civil. Ao mesmo tempo em que reforça o papel institucional na educação para direitos e preconiza uma Defensoria comprometida com o princípio da participação social, compromissada com grupos vulneráveis e com o combate às desigualdades. Imprimindo, portanto, um novo modelo de gestão dentro do sistema de justiça, com processos que criam e estreitam os vínculos entre militantes da sociedade civil e defensores públicos. Com a Emenda Constitucional 80 de 2014, possivelmente, esses canais de diálogo e participação popular serão expandidos por todo o país nos próximos anos, por conta da obrigatoriedade de criação de defensorias em todas as unidades jurisdicionais.

Como já afirmou Santos (2008), as Defensorias Públicas possuem um papel relevante para uma verdadeira *revolução democrática da justiça*, que exige a criação de outra cultura de consulta jurídica, de assistência

¹ Assembleia dos Estados Americanos - resoluções AG/RES. 2714 e AG/RES 2656.

e patrocínio judiciário. Segundo o autor, cabe aos defensores afirmar o direito dos intimidados e impotentes, cujos direitos têm sido suprimidos e reproduzidos como não existentes.

É justamente por isso que se destaca o trabalho realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - a mais antiga do país - no âmbito da ADPF nº 442. Na chave da *mobilização do direito*, o trabalho de elaboração da petição de *amicus curiae* é realizado por um grupo defensores que foi capaz de ir além das suas atribuições ordinárias, cotidianas, para se empenhar num projeto coletivo do ponto de vista institucional e de amplo alcance social em termos de impacto. O diferencial do trabalho realizado pela Defensoria do Rio de Janeiro não está só na reunião de defensores de diferentes áreas de atuação para elaboração de uma peça redigida a muitas mãos. Vai além, quando sob a regência da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher propõe a realização de uma pesquisa para levantamento dos processos criminais de aborto em tramitação no estado do Rio de Janeiro. Com o objetivo de dar rosto a esta ação constitucional de caráter abstrato, a DPRJ identificou o perfil das incriminadas por aborto.

O que a pesquisa nos mostra é que o perfil das mulheres incriminadas pela norma que se debate na ação é um perfil conhecido de defensores e defensoras. São elas as mulheres negras, periféricas e faveladas, com baixa escolaridade e em situação de pobreza. Mais do que isso, as que são usuárias da Defensoria nestes casos são aquelas que expuseram a sua vida ao maior risco. Ou seja, essas mulheres estão, como já dizia Angela Davis, “muito mais familiarizadas do que suas irmãs brancas com os bisturis mortalmente desastrados de pessoas inaptas que buscam lucro na ilegalidade”. Grande parte delas são aquelas que tentaram abortar através de métodos “caseiros” e estavam em estágios mais avançados da gestação. Situação que as diferencia das flagradas

em clínicas clandestinas, que segundo a pesquisa, são “mais brancas”, possuem maior escolaridade e são atendidas em menor percentual pela Defensoria Pública.

Se o rosto dessas mulheres já era conhecido pela Defensoria, suas histórias talvez não fossem. A leitura dos casos a partir da seleção cuidadosa realizada pela Diretoria de Pesquisa da instituição surpreendeu e comoveu a equipe heterogênea de defensores, dos mais novos aos mais antigos. Os relatos encontrados nos casos denunciavam a situação de extrema vulnerabilidade e o sofrimento físico e psicológico ao qual essas mulheres foram submetidas. Aquelas que mesmo com medo abortaram, por não poderem criar mais uma criança, ou porque seriam expulsas de casa, as que perderam a vida ao se arriscar a interromper a gravidez nas mãos de curiosas, as que se auto violentaram no desespero de interromper a gestação, entre outras. São auxiliares de limpeza, donas de casa, estudantes, manicures, técnicas de enfermagem, faxineiras, garçonetes, auxiliares de cozinha. São elas as mulheres que abortam. Elas atravessam o nosso cotidiano, mas suas histórias são invisibilizadas, desconhecidas, silenciadas por terem pendentes sobre suas cabeças a espada da Justiça.

É a Defensoria que assiste a maioria delas no momento da defesa criminal. Portanto, ninguém mais interessado na repercussão do julgamento de uma ação desta natureza do que a própria instituição.

Ao dar identidade a essas mulheres, ao dar cor, residência, profissão e contar suas histórias através do mapeamento dos casos, o que a DPRJ faz é aplicar o que Boaventura de Sousa Santos (2008) chama de sociologia das ausências. Tornar visível essas ausências é, segundo ele, um procedimento transgressivo, uma sociologia insurgente, para tentar mostrar que o que não existe é produzido ativamente como não existente, como uma alternativa descartável, invisível à realidade hegemônica.

Talvez daí se distinga o tal ato de *defensorar*, esse neologismo cunhado por Devisate (2004), que vem encontrando seus diferentes sentidos na prática comprometida e engajada de defensores e defensoras com os movimentos sociais e com as populações vulneráveis. Neste caso, particularmente, os movimentos de mulheres e feministas agradecem. E as mulheres também.

Se for verdade, como disse Tavares (2013), que a Defensoria deixou de ser apenas uma instituição essencial à justiça para se transformar numa instituição essencial ao regime democrático, a construção de pontes para ultrapassar o buraco histórico que separa defensores e cidadãos passa por iniciativas como essa.

Para estimular a construção dessas pontes e fortalecer nossas esperanças relembro as palavras de Maya Angelou:

*(...)Deixando para trás noites de terror e atrocidade
Eu me levanto
Em direção a um novo dia de intensa claridade
Eu me levanto
Trazendo comigo o dom de meus antepassados,
Eu carrego o sonho e a esperança do homem escravizado.
E assim, eu me levanto
Eu me levanto
Eu me levanto.*

(Ainda assim eu me levanto, do poema original, em inglês: Still I rise²)

² Disponível integralmente em <http://guardadordepoesia.blogspot.com/2009/10/still-i-rise.html>. Acesso em 18 jun 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério Bastos e KERCHÉ, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil, em *Novos Estudos*, São Paulo, Cebrap, n.º 58, 1999.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEVISATE, Rogério R. Categorização – um ensaio sobre a Defensoria Pública. In: SOARES, Fábio Costa. *Acesso à justiça*. Segunda série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

McCANN, Michael. *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1994.

TAVARES, Renata. Ser defensor não é fazer caridade: novos paradigmas da defensoria para a construção de uma sociedade democrática. In: ROCHA, Amélia; CARNEIRO, Ana; ZAFFALON, Luciana; JOCA, Priscylla; MEDEIROS, Rodrigo de; FURTADO, Talita. (Org.). *Defensoria pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça*. Fortaleza: Dedo de Moças, 2013.

SANTOS, Boaventura de S. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Caio Santiago Fernandes; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Defensoria Pública e movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à justiça no Brasil*. [s.n.], São Paulo, 2015.

VANHALA, Lisa. *Legal Mobilization*. In: Oxford Bibliographies, 2015.

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

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL N.º 442**

Um milhão de mulheres abortam todos os anos na França. Elas abortam em condição arriscada por causa da clandestinidade a que são condenadas, ainda que essa operação, se praticada sob supervisão médica, seja muito simples. Silenciamos sobre esses milhões de mulheres. Declaro ser uma delas. Declaro ter abortado. Da mesma maneira que demandamos acesso livre aos métodos contraceptivos, nós pedimos o aborto livre¹.

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, instituição pública estadual, com assento no art. 134 da CRFB/88 e atuação regulamentada pela Lei Complementar Federal n.º 80/94 e pela Lei Complementar Estadual n.º 06/77 (RJ), cuja Representação em Brasília está situada na SAFS, Quadra 02, Lote 02, Bloco B, Conj. 108 Brasília/DF, CEP 70.070-600, telefone n.º (61) 3326-7317, vem postular sua admissão nos autos na condição de

AMICUS CURIAE

com fundamento no artigo 138 do novo Código de Processo Civil, nos autos da ADPF n.º 442, proposta pelo **Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)**, bem como requerer a juntada do incluso memorial de *amicus curiae*, pelas razões e para os fins adiante expostos.

¹ Em 5 abril de 1971, o jornal francês o *Nouvel Observateur* publicou um manifesto escrito pela escritora e filósofa francesa Simone de Beauvoir, que ficou conhecido como “O manifesto das 343”. No documento, as mulheres que o assinavam admitiam ter feito aborto ilegal e exigiam que o governo francês garantisse às mulheres o direito à contracepção gratuita e ao aborto legal. A postura representava arriscar-se à prisão, eis que naquela época o aborto era considerado crime na França.

ÍNDICE

I. O objeto da ADPF n.º 442

II. A pertinência temática e a representatividade da Defensoria Pública Estadual

III. Igualdade, reconhecimento e discriminação. Uma análise concreta dos processos criminais distribuídos entre 2005 e 2017 no TJRJ por força dos arts. 124 e 126 do CP

III.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?

III.B) Vulnerabilidades interseccionais de gênero, raça e classe. Discriminação interseccional

III.C) O impacto desproporcional da criminalização do aborto

IV. Uma análise teórica da incriminação do aborto sob a perspectiva da criminologia feminista

IV.A) O panorama histórico da criminalização do aborto

IV.B) Patriarcalismo e inferioridade feminina

IV.C) A publicização do conflito, vitimização do estado e o aborto

V. Os direitos à vida e à autonomia privada à luz da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos

- V.A) O dever de compatibilizar a proteção da vida humana com a proteção dos direitos humanos da mulher
- V.B) A proteção da autonomia privada: maternidade voluntária. A proteção da integridade psicofísica. A vedação à tortura e ao tratamento cruel e degradante

VI. (I) Legitimidade democrática da produção da norma incriminadora e relevância do controle de constitucionalidade enquanto função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal

- VI.A) A função contramajoritária exercida no controle de constitucionalidade. Elemento legítimo do sistema de freios e contrapesos
- VI.B) O déficit democrático na produção da norma penal incriminadora. Uma casa legislativa constituída de homens, que legisla nos interesses dos homens

VII. Conclusão

ANEXO

Relatório da diretoria de estudos e pesquisas da DPE-RJ: Análise dos processos criminais pela prática de aborto no TJRJ

I. O OBJETO DA ADPF N.º 442

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) manejada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando a declaração de não recepção parcial pela Constituição de 1988 dos arts. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, a fim de excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas.

Argumenta, para tanto, que os tipos penais de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do CP) e de aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126 do CP) são incompatíveis: i) com a dignidade da pessoa humana, ii) com a cidadania das mulheres; iii) com o dever de promoção da não discriminação como princípio fundamental da República; iv) bem como com os direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (arts. 1.º, incisos I e II; 3.º, inciso IV, 5º, caput e incisos I e III; 6.º, caput, 196; e 226, §7º, todos da CRFB/88).

Pretende, então, garantir às mulheres o direito constitucional a interromper a gestação nas primeiras 12 (doze) semanas, de acordo com a sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir, aos profissionais de saúde, o direito a realizar o procedimento, nos mesmos termos.

Impõe-se a procedência do pedido formulado na petição inicial desta ADPF, como a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro passa a demonstrar, enquanto instituição com representatividade adequada para pluralizar o debate em pauta.

II. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA E A REPRESENTATIVIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL

Delimitado está o cerne do debate instaurado no presente feito, com respeito à ampla gama de direitos e garantias fundamentais consagrados às mulheres na Constituição Cidadã de 1988, bem como nos diplomas de Direito Internacional dos Direitos Humanos adotados pelo Brasil, ainda hoje violados, em especial pela aplicação de normas não recepcionadas, como é o caso da criminalização do aborto, prevista nos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Do mesmo modo, não há qualquer dúvida de que o deslinde da controvérsia afetará os interesses de toda a população de mulheres do Brasil, que se vê atualmente submetida à maternidade compulsória, à mortalidade materna, à sujeição a situações insalubres e inseguras de abortamento, à criminalização, à indevida intervenção do Estado na esfera de sua vida privada, e a toda sorte de discriminação e exclusão social, privada do gozo dos mais elementares direitos civis e alijada do acesso a diversos espaços da vida em sociedade.

A representatividade da Defensoria Pública insere-se nesse contexto em decorrência das suas funções institucionais de promoção dos direitos humanos e, ainda, de defesa dos interesses individuais e coletivos dos grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção

especial do Estado, como dispõem o art. 134 da CRFB/88² e arts. 3.º-A e 4.º, inciso XI, ambos da Lei Complementar nº. 80/94³.

Consciente de seu dever de proteção à população e a grupos vulneráveis, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, desde a década de 1990, aposta na especialização do serviço público de assistência jurídica, de acordo com as recomendações dispostas nas 100 Regras de Brasília sobre acesso à justiça⁴, o que levou à criação, em sua organização administrativa de órgãos, núcleos e coordenações específicas.

Assim, de forma pioneira, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro criou, em 24 de novembro de 1997, o seu órgão especializado na defesa de direitos das mulheres: o Núcleo Especial de Defesa dos Direitos da Mulher e de Vítimas de Violência de Gênero – NUDEM –, que é responsável pelo atendimento de mais de 40 mil mulheres no Estado do Rio de Janeiro, ao longo dos seus 20 anos de existência.

No mesmo sentido, a criação da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher, da Defensoria Pública do Rio de Janeiro – destinada a articular todos os órgãos da DPERJ com atribuição para defesa dos direitos das mulheres –, em outubro de 2016, é fruto desse

² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

³ Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos;

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

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

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

⁴ Documento disponível na íntegra em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 12 nov 2017, às 11h50

fortalecimento progressivo da política de enfrentamento à violência contra as mulheres, iniciada em 1997.

Com isso, nos últimos 20 (vinte) anos, o atendimento tem se aperfeiçoado, no sentido de oferecer às mulheres fluminenses um serviço jurídico de qualidade, abrangendo não só atuação frente ao Poder Judiciário, mas programas de educação e sensibilização em direitos, o exercício da pesquisa e a participação e organização de fóruns e seminários, enquanto agente da cidadania.

O tema ora em questão certamente está entre aqueles enfrentados no cotidiano do Núcleo, sendo indissociável das discussões em torno de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, da violência obstétrica, da criminalização e da mortalidade materna, as quais têm sido objeto de ampla atuação institucional⁵.

Temas tão caros à vida das mulheres têm provocado que a Defensoria Pública esteja à frente do ajuizamento de ações destinadas a reparar as violências sofridas, tais como indenizatórias por morte materna; a autorizar, por meio de alvará judicial, a realização de abortos em caso de má-formação fetal ou risco de vida para a mulher gestante⁶; e alcançam ainda o exercício da defesa criminal de mulheres, quando acusadas pelos crimes dos artigos 124 do CP (de acordo com Relatório da Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da DPERJ – documento anexo –, a instituição foi responsável pela defesa criminal de mulheres acusadas da prática de aborto em 64,7% dos casos distribuídos entre 2005 e 2017).

⁵ São exemplos de eventos organizados pela Coordenação de Defesa dos Direitos da Mulher, nos últimos dois anos: “Aborto, palavra interdita” (2016); “O que é violência obstétrica?” (2017); “Mortalidade materna e direitos humanos” (2017).

⁶ Entre os anos de 2015 e 2017, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ajuizou em favor de mulheres fluminenses 41 requerimentos de autorização de interrupção da gravidez por razões de má formação fetal e inviabilidade de vida extrauterina do feto, tendo obtido êxito em cerca de 80% dos casos.

Na seara criminal, de maneira geral, é amplo o alcance da assistência jurídica prestada às mulheres privadas de liberdade, uma vez que a Defensoria Pública está presente em todas as comarcas do Estado do Rio de Janeiro.

Destaque-se que nas audiências de custódia realizadas a partir de setembro de 2015 no Estado, a Defensoria Pública tem atuado em 100% dos casos⁷, dentre os quais os de 245 mulheres, o equivalente a 7,4% das pessoas presas, das quais 75,1% receberam a liberdade após a audiência de custódia.

Além da contribuição do ponto de vista técnico e fático, a participação da Defensoria Pública como amigo da corte aporta maior legitimidade democrática às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais.

Inclusive, porque a criminalização secundária, por força dos tipos penais dos arts. 124 e 126 do CP, terá como alvo preferencial mulheres em situação de pobreza, com baixo grau de instrução, negras, ocupantes das áreas periféricas, como bem destacou o Ministro L. R. Barroso, no julgamento do HC 124.306/RJ:

a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito⁸. (Grifamos)

⁷ Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134f48924d4c4c74f41832.pdf>. Acesso em 12 nov 2017.

⁸ Decisão prolatada no HC 124.306/RJ, da Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 12 nov 2017, às 12h07.

Seja pela identidade da temática objeto da ADPF com as missões constitucionais da Defensoria Pública, seja pela *expertise* acumulada ao longo de duas décadas de atuação, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, na seara da defesa dos direitos nas mulheres, seja, ainda, para garantir representatividade às milhares de cidadãs que estão envolvidas em processos judiciais sobre a temática no país, seja, finalmente, para atingir o propósito da democratização do debate, é dever e pretensão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro participar deste processo na qualidade de *amicus curiae*.

Passa-se, portanto, a trazer uma observação da realidade concreta da criminalização do aborto, que permita enxergar de que forma a norma incriminadora impacta os diferentes grupos de mulheres, além de suas consequências gerais para a saúde pública.

III. IGUALDADE, RECONHECIMENTO E DISCRIMINAÇÃO. UMA ANÁLISE CONCRETA DOS PROCESSOS CRIMINAIS DISTRIBUÍDOS ENTRE 2005 E 2017 NO TJRJ POR FORÇA DOS ARTS. 124 E 126 DO CP

III.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?

“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 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)⁹.

No Relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do RJ (documento anexo), 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 aborto¹⁰.

Alguns dos dados colhidos sobre o perfil das pessoas criminalizadas serão especialmente relevantes para o deslinde da ADPF n.º 442. Isso porque as réas, na maioria dos casos, possuem cor e renda definidas. Trata-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 do CP), constatou-se que 12 delas, isto é, 60% eram negras (pretas ou pardas)¹¹.

⁹ Durante esta petição, por vezes, 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 anexo.

¹⁰ 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 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).

¹¹ 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 em 12 nov 2017, às 18h10.

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 réis 22 mulheres que estavam nas clínicas realizando ou haviam acabado de realizar o procedimento, quando da chegada da polícia.

Aqui, constatou-se a prevalência de réis 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 puder¹².

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 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

¹² 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 em 05 out 2018.

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%)¹³. 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.

¹³ Pesquisa na íntegra disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 12 nov 2017, às 12h58.

No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil¹⁴, 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 Brasil¹⁵, 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 pra 51.

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.

¹⁴ Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. UERJ; IPAS Brasil. 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 out 2017.

¹⁵ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/489786-MORTALIDADE-MATERNA-ENTRE-NEGRAS-AUMENTOU-NO-BRASIL.html>. Acesso em 12 nov 2017.

III.B) Vulnerabilidades interseccionais de gênero, raça e classe. Discriminação interseccional

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, Barra de São Francisco do Carmo/RJ).

Na petição inicial da presente ação constitucional de descumprimento de preceito fundamental, o PSOL abordou relevantes questões teóricas, e apontou, desde logo, a desproporcionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que atingem sobretudo mulheres negras e indígenas em situação de pobreza.

Contudo, o Relatório da Diretoria de Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública pretende aprofundar este argumento e demonstrar 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.

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. Conseqüentemente, 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.

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 conseqüências 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 criminal¹⁶. (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 negras¹⁷. (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

¹⁶ FLAUZINA, A. FREITAS, F. VIEIRA, H. e PIRES, T. *Discursos negros*. Legislação, política criminal e racismo. Ed. Brado Negro, Brasília: 2015:142.

¹⁷ 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>. Acesso em 07 jun 2017).

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.

III.C) O impacto desproporcional da criminalização do aborto

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).

A criminalização do aborto tem seu *impacto desproporcional* ao exibir 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 assistência médica (ainda que clandestina) para o procedimento.

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 reprodutivo¹⁸. 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 orientação¹⁹.

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 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.

¹⁸ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

¹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em 27 out 2017.

No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil²⁰, 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).

²⁰ Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. UERJ; IPAS Brasil. 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 out 2017.

Segundo Joaquim Barbosa, a teoria do impacto desproporcional²¹ 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 de igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas²².

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”²³.

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 ..

Assim, o ônus da prova de que não há qualquer violação ao princípio da igualdade caberá a quem editou o ato²⁴, devendo demonstrar que, na prática, a criminalização do aborto não gera efeitos nefastos e desproporcionais sobre as mulheres negras e pobres.

²¹ A doutrina atribui o surgimento da teoria à Suprema Corte norte-americana, no caso *Griggs vs 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.

²² GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001:24.

²³ CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017:123.

²⁴ 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 vs. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* de 2005. No mesmo sentido, decidiu o Corte Constitucional da Colômbia nas *sentencias de tutela* n.º T-026/96 e T-291/09.

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

Para além dos dados objetivos acima demonstrados, vê-se que a própria doutrina reconhece esse recorte, nos termos do magistério de Daniel Sarmento:

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 expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações²⁵.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. p. 49-50. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 09 nov 2017.

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

Com relação 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*)²⁶.

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)²⁷, divulgada em 28/09/2017.

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

²⁶ 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.

²⁷ Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortions-worldwide/en/> Acesso em 03 out 2017.

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 que, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres brasileiras já fez aborto (1 em cada 5,4)²⁸.

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”²⁹.

No mesmo sentido concluiu o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³⁰, 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).

²⁸ Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04 out 2017.

²⁹ Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04 out 2017.

³⁰ Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>. Acesso em 05 out 2017.

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.

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 Guttmacher³¹, investir em contraceptivos e saúde materna e neonatal significa evitar cerca 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.

Não por outra razão que, na recente Revisão Periódica Universal elaborada por Estados-membros das Nações Unidas, a Suíça recomendou ao Brasil que seja garantido o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, incluindo “contracepção e contracepção de emergência, e aborto seguro para todas as mulheres, sem discriminação”, o que também foi reiterado pelo Uruguai.

³¹ Disponível em: <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/adding-it-up-contraception-mnh-2017>. Acesso em 03 out 2017.

Há, então, uma série de outras medidas menos gravosas que poderiam ser adotadas como políticas públicas pelo Estado e que teriam grande efetividade no que toca à redução do número de abortos, como elucida Daniel Sarmento:

Sem embargo, a experiência já comprovou que o meio de proteção mais adequado destas vidas intra-uterinas não é a repressão criminal. Ao invés disso, outras medidas são muito mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais, como, por exemplo, a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma ‘escolha de Sofia’ entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas³². (Grifamos)

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 Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso no bojo do HC n.º 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.

³² SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. p.40. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 09 nov 2017.

(...)

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, como será demonstrado adiante.

Também sob o enfoque de gênero, em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos³³ julgou o caso Artavia Murillo e considerou que a norma que proibia fertilização *in vitro*, apesar de aplicável a todos indistintamente, gerava discriminação indireta sobre pessoas que dependiam do tratamento para exercer sua autonomia reprodutiva. Entendeu-se que, em especial, havia impacto desproporcional com relação a mulheres, diante de um contexto social que impõe, sobre elas, estereótipos referentes à reprodução e à maternidade:

A Corte observa que a OMS assinalou que se bem o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminilidade é definida, muitas vezes, por meio da maternidade. Nessas situações, o sofrimento pessoal da mulher infecunda é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, à estigmatização e, inclusive, ao ostracismo.^{34 35}

³³ Há muito, a Corte Interamericana manifesta-se favoravelmente à proteção ao princípio da igualdade e não discriminação, sob a vertente da vedação à discriminação indireta, como se pode notar, v.g., da Opinião Consultiva n.º 18/2003; do caso das meninas Yean Bosico vs República Dominicana, 2005; do caso Yatama vs Nicarágua, 2005.

³⁴ Tradução livre do original: “La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones, el sufrimiento personal de la mujer infecciosa es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) vs Costa Rica. 28 de novembro de 2012.

³⁵ Também sob o enfoque de gênero, em 1981, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso J.P. Jenkins vs. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., decidiu que havia discriminação indireta na distinção salarial realizada com relação a trabalhadores de meio período e trabalhadores de período integral, haja vista que aqueles eram compostos, predominantemente, por mulheres. Com base no mesmo fundamento, em 1989, no caso M.L. Ruzius-Wilbrink vs Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, a Corte entendeu que também gerava discriminação indireta a normativa que vedou benefícios previdenciários por incapacidade em favor de trabalhadores de meio período.

Ainda no caso *Artavia Murillo*, a Corte também reconheceu a existência de discriminação indireta sob o viés socioeconômico, por ter entendido que a vedação à fertilização *in vitro* gerava efeitos, especialmente contra casais que não possuíam condições financeiras para realizar o procedimento em outros países.

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, valendo-se transcrever a doutrina de Daniel Sarmento:

Na verdade, no campo da igualdade étnico-racial, há fortes razões para a incorporação da análise da discriminação indireta. (...)

Ora, também no Brasil, a internalização da naturalidade da subordinação do afrodescendente compromete a capacidade de visualização da opressão racial. E este fenômeno não ocorre apenas no âmbito das consciências individuais, mas também no espaço das interações sociais, sendo agravado entre nós pela persistência do mito nacional da democracia racial. Assim, a discriminação torna-se opaca e a prova da intenção discriminatória difícilíssima de ser produzida. Por isso, muito mais eficaz para o combate à estigmatização dos negros é a análise dos efeitos concretos de certos atos individuais ou coletivos sobre eles, através da teoria do impacto desproporcional, que teria a virtude de alcançar também aos efeitos do racismo inconsciente³⁶.

³⁶ 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, 2006:150-151.

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.

Sobre o tema, a Corte Constitucional da Colômbia já asseverou que a discriminação indireta pode ser produto de manifestações inconscientes que sejam resultado de costumes ou rotinas arraigadas social e culturalmente e cuja conotação discriminatória não é visibilizada ou reconhecida como tal, nem sequer verbalizada ou expressa claramente:

Muitas vezes, pode acontecer que, por exemplo, pessoas que rejeitam abertamente o sexismo, em certos contextos (como no local de trabalho ou a nível de relações pessoais privadas) assumirem posições ou atitudes claramente machistas que acabam excluindo as mulheres de certos espaços de vida familiar, social, econômica, política e cultural; ou inversamente, pode acontecer que uma pessoa com inclinações discriminatórias baseadas em gênero, etnia ou nacionalidade, em certos contextos, aja de maneira oposta³⁷.

³⁷ Tradução livre de: “Suele ocurrir, por ejemplo, que personas que rechazan abiertamente el sexismo, en contextos determinados (como en el plano laboral o en el plano de las relaciones personales privadas) asumen posiciones o actitudes claramente machistas que terminan por excluir a la mujer de determinados espacios de la vida familiar, social, económica, política y cultural; o a la inversa, puede ocurrir que una persona con inclinaciones discriminatorias en razón del género, la pertenencia étnica o la nacionalidad, en ciertos contextos puede actuar de modo opuesto.” (COLOMBIA, Tribunal Constitucional. *Sentencia de constitucionalidade* n.º C-671/14, 10 de setembro de 2014.)

Por isso é que o “que importa são as consequências do fato. Se produz, ou não, em concreto, a discriminação proibida. Não importa qual seja a intenção”³⁸, como afirmado pelo Ministro Nelson Jobim, fazendo expressa referência ao caso *Griggs vs Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, quando do julgamento da ADI n.º 1946/DF.

Logo, tendo em vista que restou absolutamente demonstrada a maior incidência da criminalização sobre mulheres pobres e negras, verifica-se que os tipos penais em questão promovem a sua parcela de contribuição para perpetuar e aprofundar múltiplos níveis de desigualdade e subordinação.

IV. UMA ANÁLISE TEÓRICA DA INCRIMINAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

“Que ele não queria que a declarante abortasse, mas também sumiu; que não queria ser pai; que homem some, a mulher que fica com a criança.” (M.C.G., solteira, negra, desempregada, 22 anos quando do aborto, Rio de Janeiro)

Não bastassem as consequências concretas da criminalização do aborto sobre os direitos fundamentais das mulheres e sobre o aprofundamento das desigualdades já presentes nas relações sociais, uma investigação teórica à luz da criminologia feminista permite compreender, ainda, que a incriminação desta conduta esteja visceralmente ligada ao estabelecimento de relações de poder entre homens e mulheres.

³⁸ No mesmo sentido, a Suprema Corte do Canadá já teve a oportunidade de se manifestar nos casos *Ontario Human Rights Commission vs Simpsons-Sears* e *Benner vs Canada*.

IV.A) Panorama histórico da criminalização do aborto

A maior parte das religiões pré-cristãs tinham o costume de culto a deidades femininas, principalmente com relação à fertilidade e à sexualidade. São exemplos Pótnia, dos povos do período neolítico na Anatólia, Ísis, dos Egípcios; Ishtar, dos Babilônicos (Astarte, dos Fenícios, e Asterote, dos Filisteus); Nammu, dos Sumérios; Nu Gua, dos Chineses; Tlauteuti, dos Astecas; Era Ix Chel, dos Maias; Brighid, dos Celtas; Easter, dos Nórdicos; além de uma gama de deusas greco-romanas, como Deméter (Ceres), Afrodite (Vênus) e Artêmis (Diana).

Com a expansão do catolicismo, principalmente quando da adesão do Império Romano, e o culto a um Deus único, referido sempre no masculino, e a seu filho, também do gênero masculino, a predominância do patriarcalismo tomou lugar nas sociedades ocidentais, com reflexos até os dias atuais, em maior ou menor grau, a depender do país.

O ápice da confusão entre Estado e Igreja se deu durante a Idade Média, período em que houve a “expropriação do conflito”, isto é, o soberano tomou o lugar dos particulares para ser o único legitimado a resolver os conflitos entre eles, passando a punir aqueles que tivessem cometido crimes. A influência da Igreja trazia uma identidade quase perfeita entre crime e pecado, de modo que, ao fim e ao cabo, era a Igreja que definia que condutas deveriam ser penalizadas.

E foi a Igreja a pioneira na “racionalização” do sistema punitivo, isto é, a primeira a buscar fundamentar os motivos de se punir alguém, os métodos utilizados para se “processar” alguém e as formas de se aplicar a pena a alguém. Esse sistema recebeu o nome de Santa Inquisição e, por meio dela, Estado e Igreja, confundidos em um mesmo corpo orgânico, passariam a criminalizar condutas e pessoas, aplicar e executar suas penas.

Na verdade, tratou-se de uma maneira impecável de controle ideológico-religioso da sociedade. Os poderes dos inquisidores eram virtualmente irrestritos e sua fundamentação, incontestável. As práticas indesejadas eram rapidamente criminalizadas, com algum fundamento metafísico, alicerçados em dogmas e premissas irrefutáveis racionalmente³⁹.

Além das condutas indesejadas, Igreja e Estados passaram a criminalizar grupos minoritários igualmente considerados repulsivos, cada qual por um motivo. Assim aconteceu com judeus, muçulmanos e estrangeiros, em geral. No entanto, em dado momento, a mira cristã se voltou contra um grupo francamente majoritário: o gênero feminino.

A maior obra literária produzida pela Inquisição possivelmente foi o *Malleus maleficarum*, traduzido como *O martelo das bruxas* ou *O martelo das feiticeiras*. Seus autores, Heinrich Kramer e James Sprenger, eram inquisidores e se dedicaram a sistematizar na obra como uma pessoa se tornava uma bruxa, como identificar uma bruxa, quais malefícios uma bruxa poderia produzir, que métodos seguir para se processar uma bruxa, quais penas aplicar-lhes e como executá-las.

Os autores sustentavam abertamente que as mulheres seriam mais propensas a um pacto demoníaco⁴⁰. Justificavam uma inferioridade

³⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008:52-55.

⁴⁰ “Há três coisas insaciáveis, quatro mesmo que nunca dizem: Basta! A quarta é a boca do útero. Pelo que, para saciarem a sua lascívia, copulam até mesmo com demônios. Poderíamos adiantar ainda outras razões, mas já nos parece suficientemente claro que não admira ser maior o número de mulheres contaminadas pela heresia da bruxaria. E por esse motivo convém referir-se a tal heresia culposa como a heresia das bruxas e não a dos magos, dado ser maior o contingente de mulheres que se entregam a essa prática. E abençoado seja o Altíssimo, Que até agora tem preservado o sexo masculino de crime tão hediondo: como Ele veio ao mundo e sofreu por nós, deu-nos, a nós homens, esse privilégio” (KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*, 1484. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2009: 114, apud PEREIRA, Juliana Torres Rodrigues. *Bruxaria e o feminino na visitação inquisitorial ao arcebispado de Braga (1565)* in Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades, *Revista Brasileira de História das Religiões*, v. 3, n. 9, Maringá, jan/2011:3.

física no fato de a mulher ter surgido da costela (apenas uma parcela) de Adão; uma inferioridade moral, no fato de a costela ser curva (em oposição à retidão dos homens); e uma inferioridade religiosa, já que “feminino” derivaria de “*fe minus*” (algo como “menos fé”), uma falsa dedução etimológica.

O rol de condutas atribuíveis a bruxas era tão extenso e aberto que praticamente nada do que uma mulher costumasse fazer escapava de enquadramento. Contudo, há destaque para o exercício de conhecimentos científicos ou paracientíficos⁴¹, como aqueles relacionados à gestação e ao parto, assim como comportamentos que indicassem maior grau de liberdade e autonomia, seja social, político ou sexual⁴².

Com relação especificamente à questão em análise, *O martelo das bruxas*, assim como a bula *Summis desiderantes affectibus*, do Papa Inocêncio VIII, enuncia sete métodos pelos quais os atos de bruxaria infectam o ato sexual e a concepção do útero. O sexto modo é exatamente provocando o aborto, seja em si própria, seja em outra mulher.

⁴¹ PEREIRA, Juliana Torres Rodrigues. *Bruxaria e o feminino na visitação inquisitorial ao arcebispado de Braga (1565)* in Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades, Revista Brasileira de História das Religiões, v. 3, n. 9, Maringá, jan/2011:2.

⁴² “Segundo alguns autores, as mulheres teriam se mostrado menos dispostas a aceitar o confisco dos conflitos comunitários e a apropriação burocrática de todos os tipos de saberes. Com efeito, a mulher é, naturalmente, a transmissora geracional de cultura e por isso devia ser reprimida ou amedrontada para que se imponham linguagens, religiões e modelos políticos novos. (...) Assim, o Manual que comento chamaria, com dureza, de possíveis bruxas aquelas mulheres com especial competência para evitar concepções ou ajudar no parto, bem como aquelas que detinham outros conhecimentos na área da saúde ou podiam influir sobre pessoas com poder. (...) São claramente referenciadas aquelas mulheres que tinham conhecimentos sanitários – parteiras – ou que mantinham relações sexuais com algum domínio da situação, todas elas acusadas de criar impotência no homem, matar crianças ou fetos ou influir nas decisões dos homens, sobretudo se estes eram poderosos” (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008:57-59).

Também, a primeira parte da obra é dividida em questões e a Questão XI assim dispõe: “as bruxas que são parteiras, de diversas maneiras, matam a criança concebida no útero e praticam um aborto; ou, se não o fazem, oferecem o recém-nascido aos demônios”⁴³.

A influência cristã pode não mais gerar a perseguição desenfreada e a queima de mulheres em fogueiras de praças públicas, mas está presente ainda nos dias atuais: o modo como o Estado e a sociedade traçam sua política criminal e produzem suas leis penais é apenas mais um viés de uma sociedade construída sobre um modelo patriarcal.

IV.B) Patriarcalismo e inferioridade feminina

Que a declarante soube por sua filha que Diego não queria ser pai da criança porque não estava preparado para tal e que, com o nascimento da criança, sua carreira ia ser estragada (...); que sua filha não queria tirar a criança, isto é, abortar; (...) que sua filha ficou na casa deles [Diego e da mãe dele, Maristela] até o dia 10 de maio, sendo nesse dia a menina levada, às pressas, para o HE Carlos Chagas (...); que sua filha foi levada para o Hospital Alexander Fleming, porquanto o estado dela era muito grave, segundo uma médica, pois ela tinha sido vítima de um aborto, tendo, naquele momento, a declarante, bem como a médica (...) ouvido de sua filha que quem cometeu tal crime foi Maristela, com um talo de mamona (...); que, daquele hospital, sua filha foi levada para o HGB, local onde veio a falecer”. (D.E.D.P.C., mãe de vítima, Nova Iguaçu).

⁴³ Traduzido livremente a partir do trecho em inglês: “That witches who are midwives in various ways kill the child conceived in the womb, and procure an abortion; or if they do not this offer new-born children to devils” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum*, 1486. Traduzido pelo Reverendo Montague Summers, Edição Online, 2000:147. Disponível em <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusAcrobat.pdf>. Acesso em 13 set 2017).

Posteriormente, com o desenvolvimento dos ideais iluministas, a Razão tomou um lugar de destaque na sociedade e a Ciência passou a ter cada vez mais credibilidade. Com isso, apesar de ainda estar impregnado pelas crenças cristãs, o Estado passou a adotar um discurso menos religioso e mais “científico”, afinal, tudo o que se mostrava racional e científico adquiria, imediatamente, maior credibilidade.

A modernidade trouxe consigo a necessidade de se justificar a perseguição e o controle das “classes indesejadas” por meio da Ciência, não mais da Religião. Sob o paradigma do positivismo científico, diversos autores passaram a identificar e a classificar categorias humanas subalternas, como negros, loucos, anarquistas, mulheres. Talvez a mais famosa obra com essas características seja *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso, um dos maiores expoentes da Escola Positivista Italiana.

A mulher, nesse contexto, era retratada como inferior em sua essência, com mentalidade comparada à de crianças e tratada como objeto. Seu papel na sociedade era muito bem definido e o menor desvio desse percurso desafiava a necessária correção.

Não é preciso dizer que muitas dessas características identificadas como desviantes dizem respeito à sexualidade. O mesmo Lombroso, em sua obra *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, escrito em coautoria com Guglielmo Ferrero, apontou como características de mulheres desviantes a assimetria craniana e facial, a acentuação da mandíbula, o estrabismo, a irregularidade dos dentes, a saliência do clitóris, o maior tamanho dos pequenos e dos grandes lábios vaginais, além da sexualidade exacerbada e da presença de “perversão”, sinalizadas normalmente pela prática da masturbação e do lesbianismo⁴⁴.

⁴⁴ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Traduzido por Nicole Hahn Rafter e Mary Gibson. Durham: Duke University, 2004, apud FARIA, Thais Dumêt. *A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010: 6072.

Ainda na legislação brasileira atual, os signos do patriarcalismo permanecem fortemente presentes e indicam que o modo de organização social contemporânea não superou a ideia de inferioridade feminina e continua baseada numa hierarquia entre gêneros.

Os exemplos são inúmeros. Até 2005, o art. 215 do Código Penal somente punia aquele que se valesse de fraude para manter conjunção carnal com “mulher honesta”, de modo que se presumia a existência de mulheres “desonestas”, e que estas (quem quer que fossem) não mereceriam a proteção do Estado no caso de serem enganadas para fazerem sexo.

O mesmo vale para o aumento de pena, se a mulher fosse virgem (mulheres não virgens mereceriam, assim, menor proteção), na forma do parágrafo único do art. 215. Isso não é à toa. A virgindade era algo caro, não só para a mulher, mas principalmente para os homens, futuros pretendentes. “Oferecer” uma mulher “virgem e honesta” era importante para uma família e, em especial, para um pai. Desse modo, retirar a virgindade de uma mulher mediante fraude era mais grave. O dano à sociedade e àquela família, sobretudo, era maior.

Da mesma forma, os crimes sexuais se encontravam sob a rubrica de “Crimes contra os costumes”. A visão era a de que o estupro, por exemplo, atingia de modo principal a moral pública, não a mulher. Aquele que estupra estaria violando os bons costumes, ofendendo a sociedade inteira (inclusive os homens), mais do que aquela mulher que foi estuprada.

Além da sociedade, é expressa a proteção maior à família da mulher do que a ela própria. O art. 221 do Código Penal previa que a pena era diminuída pela metade se, após o rapto, “o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família”. Note-se: se

houvesse a prática de ato libidinoso, tanto fazia “devolver” ou não à família, porque aquela mulher já não “valia” mais tanto.

A legislação também previa a possibilidade de se afastar a punibilidade daquele que se casasse com a mulher que tivesse estuprado (art. 107, inciso VII, do Código Penal). Não é preciso dizer a pressão que era exercida para arranjar esse casamento, tanto por parte do agressor descoberto e de sua família, quanto por parte da família da própria vítima, que ficava constrangida com o ocorrido e via as possibilidades de encontrar um marido para ela sensivelmente diminuídas (exceto pelo próprio estuprador).

Mais estarrecedor era o inciso seguinte, que extinguiu a punibilidade do agressor se a vítima se casasse com terceiro! Isso quer dizer que, se ser estuprada não eliminasse as chances de encontrar um pretendente, o estuprador não merecia mais nenhuma sanção. Fica evidente que o tipo penal não protegia a mulher, mas seu “valor” para encontrar um marido. Logo, se o estupro não diminuiu esse valor e a mulher conseguiu um marido, quer dizer que o estupro não causou mal punível algum! É incrível que esse inciso tenha permanecido em vigor até o ano de 2005.

A legislação penal não estava dirigida à proteção da mulher, mas da sociedade (em seus costumes), da família, da moral e, até mesmo, do agressor.

O capítulo dos crimes contra os costumes do Código Penal Brasileiro sofreu revisão no século XXI. Todavia, observa-se a persistência na práxis judicial dos fatores morais e religiosos, no julgamento de crimes sexuais. Ademais, outras normas jurídicas fundadas na ideia de inferioridade feminina permanecem em nossa legislação, como é o caso do aborto.

IV.C) A publicização do conflito, a vitimização do estado e o aborto

que o declarante é inspetor de polícia lotado na 4ª DP e plantonista no Hospital Municipal Souza Aguiar; que, no dia de hoje, por volta das 11 horas, estava em sua sala no hospital quando foi procurado pelo Chefe da Equipe de Enfermagem, que lhe comunicou sobre uma paciente que estaria abortando; que o declarante se dirigiu até a 'sala vermelha', onde se encontrava a nacional C. (...); que o declarante disse que era assistente social, que estaria para ajudá-la e disse que ela teria que lhe dizer a verdade; que C. relatou ao declarante que fez o aborto, porque já possuía um filho e não teria mais condições de ter outro (...)".
(A.S.O., policial, Rio de Janeiro).

O Estado Brasileiro realiza uma opção política ao manter a criminalização do aborto, mesmo que até o terceiro mês de gravidez. Está elegendo (contra as evidências científico-rationais) a destituição do poder das mulheres sobre o próprio corpo. Está levando às últimas consequências a publicização do corpo e da vida da mulher.

Agindo como uma espécie de “proprietário” do feto, o Estado manifesta um interesse enorme em seu nascimento (mesmo que este seja pouco mais do que um aglomerado de células, como na primeira semana de gestação), que é capaz de se sobrepôr aos interesses legítimos da mulher, que é um ser humano formado, com corpo, sistema neurológico, emoções, plano de vida, relacionamentos, posição social, enfim, um ser complexo e detentor de direitos que são infinitamente mais afetados pela criminalização do que o inverso.

No caso do aborto, o discurso racional moderno que procura justificar a punição é apenas isso: discurso. Mesmo que a Ciência comprove que a interrupção da gravidez até determinado estágio não causa dor ao feto ou que demonstre a inviabilidade de determinadas gestações, o Estado ainda cede à fé, às crenças, às opiniões pessoais, às tradições, enfim, ao irracional.

Se o Direito Penal é encarado como a *ultima ratio* para manter a pacificação da sociedade, isto é, corrigir e prevenir danos sociais, não é preciso mais do que a análise dos números e um exercício de raciocínio simples para perceber que a criminalização produz mais danos ao tecido social do que pretende coibir.

Como visto no capítulo III acima, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não serve para as finalidades declaradas da punição. Então, é necessário responder à pergunta: para que ou para quem a norma incriminadora do aborto serve em um Estado democrático de direito?

V. O DIREITO À VIDA E À AUTONOMIA PRIVADA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos à vida e à autonomia privada são dispostos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos nos seguintes termos:

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (Grifamos)

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. (Grifamos)

V. A) O dever de compatibilizar a proteção da vida humana com a proteção dos direitos humanos da mulher

A partir da Constituição da República e dos diplomas internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro, não há como se extrair que o direito à vida seja apto a embasar o cerceamento do direito da mulher à escolha pela interrupção da gestação.

Isso porque, enquanto na CRFB/88 (art. 5.º, caput), não há nenhuma disposição específica sobre o momento de surgimento da vida humana nem sobre o marco temporal a partir do qual ela deve ser protegida; na CADH (art. 4.1), assegura-se que “toda pessoa” tem direito à vida e que este deve ser protegido, “em geral, desde a concepção”.

Não se trata, contudo, de simples coincidência. Ao revés, a ausência de disposição sobre o momento de surgimento da vida humana no ordenamento internacional e interno decorre da própria ausência de consenso científico sobre isso, como já reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete final da CADH. ⁴⁵ ⁴⁶(nota na próxima página)

⁴⁵ As partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado “ser humano”. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano, enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno. Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso. (...) Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida. Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham”. Item 183 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. (Grifamos)

Apesar desse obstáculo, o referido tratado internacional, como visto, assegurou a sua proteção “em geral, desde a concepção”.

Muito embora tampouco exista consenso científico sobre o momento da concepção⁴⁷, prevalece que ocorre com a implantação do embrião no útero materno. Assim, segundo a disposição da parte final do art. 4.1 da CADH, o direito à vida deve ser protegido, *em geral*, desde a implantação do embrião no útero materno.

A maior controvérsia, no entanto, paira sobre a interpretação da locução “*em geral*”. Segundo a Corte, “a interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular”⁴⁸.

Quando dos debates que ensejaram a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, alguns Estados problematizaram, justamente, que a previsão, sem ressalvas, de proteção ao direito à vida desde a concepção tornaria incompatíveis com a CADH normas internas que autorizassem a realização de aborto.

⁴⁶ No mesmo sentido, tem-se o entendimento de tribunais constitucionais: Corte Suprema dos Estados Unidos, Caso Roe vs Wade, 410 U.S. 115, 157 (1973); Tribunal Supremo de Justiça do Reino Unido, Caso Smeaton vs The Secretary of State for Health, [2002] EWHC 610 (Admin), voto do juiz Munby, par. 54 e 60; Corte Suprema de Justiça da Irlanda, Caso Roche vs Roche & Ors, Sentença de 15 de dezembro de 2009, [2009] IESC 82; Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006. Ver, ainda, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso Vo. vs França, (n.º 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84.

⁴⁷ “A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”. Uma corrente entende “concepção” como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião. Outra corrente entende “concepção” como o momento de implantação do óvulo fecundado no útero. O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião.” Item 180 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

⁴⁸ Item 188 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

Por isso, para conciliar a norma da CADH com a possibilidade de realização de interrupção da gestação, a solução encontrada foi incluir a expressão “em geral” na referida norma⁴⁹, buscando deixar claro que inexistiria incompatibilidade com a Convenção quando da edição de lei interna autorizando o aborto.

Situação semelhante, inclusive, ocorreu durante os trabalhos preparatórios para a Declaração Americana de Direitos Humanos (DADH)⁵⁰. Esta, inicialmente, iria prever a proteção ao direito à vida também em favor dos que estivessem ainda por nascer; todavia, se optou pela supressão dessa expressão final visando a, justamente, evitar a incompatibilidade de normas internas que permitissem o aborto⁵¹.

No plano do sistema das Nações Unidas, o mesmo ocorreu durante a elaboração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵² e da Declaração Universal de Direitos Humanos⁵³.

Assim, da interpretação do art. 4.º, inciso 1 da CADH, se extrai que toda pessoa tem direito à vida, que deve ser protegido, em geral, desde a implantação do embrião no útero, mas isso não obsta que leis internas prevejam aborto. O alegado direito à vida do nascituro, então, não seria um direito absoluto, comportando exceções em casos em que conflitasse com outros direitos fundamentais e humanos e se reputasse, por ponderação, que estes deveriam prevalecer.

⁴⁹ Itens 201 a 221 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica; Cf. “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte”, OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973:320.

⁵⁰ Itens 194 a 200 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

⁵¹ Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela.

⁵² Item 225 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

⁵³ Item 224 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

Mais especificamente, consolidou a Corte Interamericana sua interpretação do artigo 4.º no tema do aborto quando do julgamento do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica, no qual se decidiu que o nascituro não pode ser entendido como uma pessoa, titular de direitos da mesma forma que os que já nasceram. Seu direito à vida é tutelado por meio da proteção da mulher e, conseqüentemente, não pode se dar às custas dos direitos desta:

A expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana⁵⁴ e da Declaração Americana.⁵⁵ Ao analisar todos estes artigos, não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração ao já argumentado, no sentido [de] que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 supra), pode-se concluir, em relação ao artigo 4.1 da Convenção, que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto”, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais.
(...)

Os relatórios do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (doravante denominado Comitê “CEDAW”, por suas siglas em inglês) deixam claro que os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação.⁵⁶

⁵⁴ A esse respeito, os artigos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 e 25.2 da CADH.

⁵⁵ Vide artigos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXVII da DADH.

⁵⁶ Caso L.C. vs Peru, Comitê CEDAW, Com. nº. 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

O Comitê expressou, além disso, sua preocupação pelo potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde⁵⁷. O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na CEDAW.^{58 59} (Grifamos)

Logo, para a Corte Interamericana, o aborto não viola o direito à vida do feto, pois, muito embora o nascituro deva ser protegido, não é pessoa, pelo que essa proteção nunca pode se dar à custa dos direitos à dignidade, autonomia e integridade psicofísica da mulher, os quais prevalecem.

V.B) A proteção da autonomia privada: maternidade voluntária. A proteção da integridade psicofísica. A vedação à tortura e a tratamento cruel e degradante

Que afirma que foi no dia 12 do corrente para a cidade do Rio de Janeiro, juntamente com Rômulo [pai do feto] (...); que a declarante sabia que ia fazer um aborto, mas, mesmo sem querer cometer tal ato, para lá foi levada por Rômulo, e não teve condições de reagir e evitar pois estava muito amedrontada e psicologicamente dominada por Rômulo, pois achava que ele era policial e tinha arma (...); agora está tomando medicamento antidepressivo; que a declarante informa que continua com muito medo de Rômulo.” (S.S.A., solteira, branca, do lar, 23 anos quando do procedimento, Duas Barras/RJ).

⁵⁷ Comitê CEDAW, Observações finais a: Belize, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. n.º. 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. n.º. 38 (1999); Colômbia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. n.º. 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53º Período de Sessões, Supl. n.º. 38 (1998); Paraguai, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51º Período de Sessões, Supl. n.º. 38 (1996).

⁵⁸ Cf. Comitê CEDAW, Observações Finais: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), e Comitê do CEDAW, Observações Finais: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999). No mesmo sentido, Corte Interamericana, Caso Artavia Murillo vs Costa Rica, item 260.

⁵⁹ Itens 222 e 227 do Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

Ademais, como visto, a CADH assegura o direito à vida *privada*, expressão que, segundo a Corte, alcança as escolhas individuais de vida:

O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à privacidade.⁶⁰

A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.⁶¹

A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais⁶², e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres⁶³. Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico.⁶⁴

⁶⁰ Caso Atala Riffo e crianças vs Chile, par. 135.

⁶¹ Caso Rosendo Cantú e outra vs México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010, par. 119, e Caso Atala Riffo e crianças vs Chile, par. 162.

⁶² Na Corte Interamericana, ver Caso Rosendo Cantú e outra vs México, par. 119 e Caso Atala Riffo e crianças vs Chile, par. 162. No Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o tema é abordado no Caso Niemietz vs Alemanha, par. 29, e no Caso Peck vs Reino Unido, par. 57.

⁶³ Caso Gelman vs Uruguai. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, par. 97.

⁶⁴ Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 143.

O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.⁶⁵ (Grifamos)

Com efeito, dizer que as mulheres possuem direito à liberdade e à autonomia privada significa dizer que podem viver suas vidas pautando-se por normas estabelecidas por elas próprias, conforme o que entendam que dá mais sentido à sua existência.

No que tange ao tema aqui analisado, é imperioso considerar que a maternidade é e só pode ser uma escolha da mulher e não uma imposição de terceiros ou do Estado. Assim, ela pode desejar ser mãe; pode não desejar o ser; e, mais ainda, pode determinar *quando* ser. A escolha realizada, qualquer que seja, não deve ser sancionada pelo Estado nem direta nem indiretamente, sob pena de afronta ao direito à liberdade e à autonomia privada.

A concretização dessa opção pela não maternidade deve ser efetivada não só por meio da utilização de terapias contraceptivas, mas também por meio da possibilidade de interrupção da gestação, notadamente tendo em vista que aquelas são submetidas a risco de falha. O aborto, então, por vezes, será o instrumento para exercício da íntima decisão de não ser mãe e, conseqüentemente, do direito fundamental e humano à liberdade e à autonomia privada.

⁶⁵ Caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, par. 142. Ver, ainda, Caso do *Massacre de Ituango vs Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de julho de 2006, par. 194, e Caso *Atala Riffo e crianças vs Chile*, par. 161.

Ainda segundo a Corte Interamericana, o direito à vida privada (art. 11 da CADH) compreende a noção de autonomia reprodutiva:

O direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.⁶⁶ (Grifamos)

Ademais, além dos direitos a liberdade e vida privada, criminalizar a mulher que cometeu o crime de aborto significa violar, também, a sua integridade psicofísica e a sua saúde. Criminalizá-la é fazer com que ela viva em desconformidade com as suas próprias escolhas, impedindo a concretização de seus projetos pessoais, o que pode causar dano grave à sua integridade psicofísica e à sua saúde, pelos prejuízos gerados a seu bem-estar.

Nessa linha de entendimento, tem-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas⁶⁷, bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou

⁶⁶ Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 146. A mesma conclusão consta da Recomendação Geral nº 24 (A Mulher e a Saúde) do Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 02/02/99, pars. 21 e 31 b).

⁶⁷ Caso das Crianças Yean e Bosico vs República Dominicana. Sentença de 8 de setembro de 2005, par. 205 e 206, e Caso Furlan e familiares vs Argentina. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2012, par. 250.

problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde⁶⁸. No âmbito europeu, a jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade⁶⁹. Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.⁷⁰ (Grifamos)

Por outra perspectiva, viola-se a integridade psicofísica (art. 5 da CADH), já que, como visto, criminalizar o aborto não significa impedir que ele ocorra, mas enseja, apenas, a ausência de fiscalização da sua prática e, por via de consequência, a legitimação do aborto inseguro.

⁶⁸ Caso Vélez Loo vs Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010, pars. 220, e Caso Diaz Peña Vs. Venezuela. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de junho de 2012, par. 137.

⁶⁹ Caso Glass vs Reino Unido (n° 61827/00), Sentença de 9 de março de 2004, pars. 74-83; Caso Yardımcı vs Turquia (n° 25266/05), Sentença de 5 de janeiro de 2010; final, 28 de junho de 2010, pars. 55 e 56, e Caso P. e S. vs Polónia (n° 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou neste último caso que os Estados têm "a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life"; ver também, ainda no Tribunal Europeu, Caso McGinley e Egan vs Reino Unido (n° 10/1997/794/995-996), Sentença de 9 de junho de 1998, par. 101.

⁷⁰ Caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, par. 147. No Caso Penal Castro Castro vs Peru, a Corte Interamericana também se manifestou no sentido de que a falta de atenção médica adequada pode ocasionar sofrimento físico ou psicológico adicional (Sentença de 25 de novembro de 2006, Mérito, reparações e custas, par. 302).

Assim, o Estado brasileiro acaba por cancelar o risco de morte e de danos físicos e emocionais às mulheres que realizam o procedimento, impondo-lhes, por vezes, verdadeira tortura, tratamento cruel e degradante.

Em um dos casos analisados pela Defensoria Pública, o procedimento era realizado por duas mulheres (mãe e filha) que não possuíam formação médica. Narra a denúncia oferecida pelo Ministério Público que ambas realizaram três procedimentos abortivos.

No primeiro, introduziram um tubo de borracha flexível no útero da vítima e injetaram uma substância indeterminada. Diante do fracasso, introduziram uma agulha de tricô, o que deu ensejo não só à quebra desse objeto no interior do corpo da vítima, mas à perfuração do seu útero e da parede do intestino reto. Após fazer a vítima pernoitar no local, sem qualquer prestação de socorro médico adequado, a vítima, na manhã seguinte, expeliu o feto, apresentando intenso sangramento e hipertermia. Diante disso, iniciou-se o terceiro procedimento abortivo: a aspiração – provavelmente para retirar qualquer resíduo existente no útero –, o que fez com que parte das vísceras da vítima fosse expelida pelo canal vaginal. Somente após a constatação notória de que ela se encontrava morrendo, as acusadas procuraram socorro junto a uma terceira pessoa, também denunciada, que deixou a vítima no hospital.

Para além do aborto, submeter a mulher a um procedimento rudimentar como esse – utilizando uma agulha de tricô, aspirando suas vísceras e, ainda, não oferecendo sequer prestação de socorro em prazo razoável – configura nada menos do que tortura ou, no mínimo, um tratamento cruel e degradante.

Verifica-se, pois, que a criminalização do aborto viola 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.

VI. (I) LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA PRODUÇÃO DA NORMA INCRIMINADORA E RELEVÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENQUANTO FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Finalmente, passa-se a enfrentar o derradeiro argumento central dos peticionantes contrários à declaração de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, especialmente veiculado pela Advocacia Geral da União e pelas Casas Legislativas, qual seja: o fundamento do pluralismo político e a separação dos poderes da república (arts. 1.º, V, e 2.º, caput, da CRFB/88), que, segundo a AGU, recomendaria fosse a questão levada a debate no âmbito Poder Legislativo, a fim de garantir a “legitimidade democrática de uma decisão majoritária”.

VI. A) A função contramajoritária exercida no controle de constitucionalidade. Elemento legítimo do sistema de freios e contrapesos

A democracia, em primeiro lugar, pressupõe que haja prevalência da vontade da maioria, sem, no entanto, desconsiderar os direitos fundamentais, sejam estes titularizados por minorias quantitativas ou por minorias políticas (grupos com baixa representatividade política nas Casas Legislativas).

Isso porque, como podemos colher do magistério do eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios⁷¹.

A própria previsão de direitos fundamentais na Constituição da República busca colocá-los a salvo de maiorias parlamentares ocasionais, que busquem revogá-los. Sua positivação na Constituição, com status de cláusulas pétreas (art. 60, §4.º, da Carta Magna), tornou ao menos mais difícil sua supressão. No caso brasileiro, a supressão dos direitos fundamentais é proscrita por força do art. 60, § 4.º, da CRFB/88. Nas palavras da ilustre advogada e professora de Direito Constitucional Ana Paula de Barcellos:

À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios de deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.⁷² (Grifamos)

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2009:58.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007:603

Por via de consequência, o controle de constitucionalidade – que é realizado, de maneira concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, da CRFB) – tem como um de seus fundamentos precisamente a proteção dos direitos fundamentais, ainda que contra uma maioria legislativa⁷³.

Da mesma forma, a doutrina aponta que a contrariedade à Constituição pode ocorrer também por omissão, quando o Poder Legislativo deixa de editar norma necessária a dar eficácia a previsão constitucional, ou quando deixa de revogar expressamente norma que não seja compatível com a Constituição atual, permitindo que perdure dúvida sobre sua subsistência ou não e, conseqüentemente, que alguns órgãos insistam em aplicá-la, contrariando a Carta Magna⁷⁴.

É precisamente essa a situação que se verifica neste feito, no qual se examina a contrariedade por omissão à CRFB/88, haja vista o descumprimento pelo Poder Legislativo de seu dever de revogar de forma expressa dispositivos do Código Penal que são, consoante já demonstrado, incompatíveis com a Carta política adotada em 1988.

A citada omissão, como expusemos acima, representa, ainda, descumprimento do dever do Estado Brasileiro de respeitar tratados de Direitos Humanos já ratificados, internalizados e em pleno vigor, com status supralegal, segundo os precedentes do próprio STF.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade*, idem p. 2.

⁷⁴ Afirma Flávia Piovesan que “a omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar ou outros atos da Administração Pública”. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2ª ed, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003:90, apud MENDONÇA, Eduardo. Op. cit., p. 337.

Não há, pois, uma esfera de discricionariedade do Poder Legislativo para, com base numa decisão, ainda que majoritária, escolher emprestar ou não efetividade a direitos humanos vigentes. Afirma o constitucionalista Ingo Sarlet:

no que diz com a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, é lícito afirmar, na esteira da já clássica doutrina de Dürig, que esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico), a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo⁷⁵.

Dessarte, diante do cenário de não recepção de normas emanadas do legislador ordinário e omissão do Poder Legislativo em revogá-las ou compatibilizá-las ao ordenamento constitucional vigente, cabe ao Poder Judiciário em geral, e ao Supremo Tribunal Federal em particular, no exercício de sua função contramajoritária de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais e humanos (art. 102, caput, da CRFB), eliminar do ordenamento jurídico as normas não recepcionadas pelo Constituinte.

Não se trata, assim, de postura contrária à separação dos poderes – em verdade, esse princípio existe justamente para que nenhum poder seja onipotente. Assim, o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis e, antes, inerente ao sistema de freios e contrapesos, em que cada um dos Poderes da República tem a competência de controlar as atuações dos demais, quando essas se afigurarem contrárias à Constituição.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011:367

Precisa a observação de Ingo Sarlet a esse respeito, segundo o qual “hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais”.⁷⁶ (Grifamos)

VI.B) O déficit democrático na produção da norma penal incriminadora. Uma casa legislativa constituída de homens, que legisla nos interesses dos homens

A argumentação dos peticionários contrários aos pedidos deduzidos na presente ADPF, no sentido de entregar a decisão acerca da legalidade da prática do aborto inteiramente à esfera deliberativa do Poder Legislativo, encontra obstáculos não só na teoria constitucional, mas também na realidade histórica que constitui as democracias liberais contemporâneas.

Basta dizer que a conquista do direito ao voto foi, durante muitas décadas, a principal agenda do movimento feminista. Isto é, o Estado Liberal Democrático constituiu-se na desigualdade de gêneros, suprimindo as mulheres do espaço da pólis, da deliberação política.

Relegadas ao espaço da vida privada, cujo conteúdo político é negado pela modernidade, as mulheres viram-se historicamente alijadas até as primeiras décadas do século XX⁷⁷ da vida coletiva e da condição de cidadãs.

Poderíamos crer que a inclusão formal das mulheres no *demos* as habilitaria para a tomada de decisões na esfera pública.

⁷⁶ SARLET, Ingo. Idem, p. 367.

⁷⁷ O voto feminino no Brasil foi garantido pela primeira vez na história no Código Eleitoral Provisório (Decreto n.º 21.076) de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas.

Todavia, como percucientemente alertam Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel:

as décadas seguintes à obtenção do sufrágio feminino mostraram que era perfeitamente possível a convivência entre o direito de voto das mulheres e uma elite política formada quase exclusivamente por homens.⁷⁸ (Grifamos)

Basta uma mirada para a baixa proporção de mulheres nas instâncias de poder político no Brasil para constatar essa realidade. Na Câmara dos Deputados, pouco mais de 10% dos parlamentares federais são mulheres, o que leva o Brasil a ocupar o 154.º lugar entre 193 países do ranking elaborado pela Inter-Parliamentary Union (associação dos legislativos nacionais de todo o mundo), à frente apenas de alguns países árabes, do Oriente Médio e de ilhas polinésias⁷⁹.

Outros fatores da ordenação social, como a divisão do trabalho entre gêneros (trabalho remunerado na esfera pública / trabalho doméstico não remunerado na esfera privada) influenciam substancialmente a participação de homens e mulheres no campo político. Valendo-nos mais uma vez das lições de Luis Felipe Miguel e Flávia Biroli:

A presença no campo político, sobretudo a ocupação de suas posições mais centrais, carrega exigências de disponibilidade de tempo que trabalham de forma objetiva contra aqueles que estão presos a outros tipos de compromissos. Como, dada a organização atual da sociedade, as mulheres são as principais responsáveis pela gestão de suas unidades domésticas, o tempo se torna uma barreira importante para o início ou o progresso de uma carreira política; com frequência, limitam sua ambição

⁷⁸ MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1a edição, Boitempo, São Paulo, 2014:93.

⁷⁹ Dados disponíveis em: <http://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>. Acesso em 12 nov 2017, às 19h06.

devido a questões como a necessidade de permanecer morando na mesma cidade, que são bem menos presentes nos cálculos políticos dos homens⁸⁰. (Grifamos.)

Não à toa as Leis n.ºs 9.504/1997 e 12.034/2009 estabeleceram a obrigatoriedade de que os partidos ou coligações destinem 30% de suas vagas à participação de mulheres.

Dados do Tribunal Superior Eleitoral permitem constatar que, ainda atualmente, os partidos brasileiros destinam em geral menos recursos para suas candidatas mulheres, uma vez que provém dos diretórios – historicamente ocupados por homens – a tomada de decisão acerca da aplicação dos recursos do partido.

É emblemática a recente votação da Proposta de Emenda Constitucional n.º 181 (conhecida como “PEC Cavalo de Tróia”), que insere na Constituição a proibição absoluta do aborto, passando a excluir do ordenamento jurídico os casos de abortamento legal que eram autorizados desde 1940 pelo art. 128 do Código Penal. Na Comissão Especial composta na Câmara dos Deputados para emitir parecer sobre a proposta, dezoito deputados homens se manifestaram favoravelmente e apenas uma deputada votou contra a PEC⁸².

A comissão é formada por 28 deputados, dos quais apenas três são mulheres.

Como afirmar, nesse cenário, que o Poder Legislativo é uma esfera democrática de decisão sobre a autonomia reprodutiva das mulheres?

⁸⁰ MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1a edição, Boitempo, São Paulo, 2014:106.

⁸¹ Dados disponíveis em: <http://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>. Acesso em 12 nov 2017, às 19h13.

⁸² Inteiro teor da proposta legislativa e outras informações relevantes disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>. Acesso aos 12 nov 2017, às 19h23.

Como sustentar que a decisão tomada por um parlamento formado por 90% de homens será respeitadora dos direitos fundamentais de homens e mulheres em condições igualitárias?

Como obter a revisão dos privilégios masculinos e reestruturar a posição das mulheres no sistema político por meio unicamente do exercício do direito ao voto?

A constitucionalista Adriana Vidal, em sua dissertação “A constituição das mulheres”, traçou um interessante panorama acerca do debate em torno do aborto na Assembleia Constituinte de 1988 (que contou somente com 26 deputadas mulheres e nenhuma senadora, num universo de 594 parlamentares), apontando que, apesar de a CRFB/88 não ter disposto expressamente sobre a “tutela da vida” para proibi-lo em absoluto, as discussões travadas já indicavam um retrocesso, com a possível supressão das hipóteses de aborto legal previstas no art. 128, do Código Penal⁸³.

Na medida em que foi detectada a tendência ao retrocesso pelo posicionamento dos parlamentares, o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres iniciou um trabalho estratégico para excluir a matéria da discussão constituinte. Entretanto, o tema ainda é objeto de disputas, como revelam propostas legislativas como a PEC 181, o “Estatuto do Nascituro” ou PL 478/2007, o PL 1.793/2007 (Bolsa Estupro)⁸⁴ e a Medida Provisória 557/2011, todas propostas destinadas a restringir as possibilidades legais de interrupção da gravidez e ampliar a criminalização pela prática de aborto.

⁸³ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição e direitos das mulheres: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Nacional Constituinte e suas consequências no texto constitucional*. Editora Juruá, Curitiba: 2015:429.

⁸⁴ Idem, *ibidem*.

Em conclusão de sua pesquisa, a autora destaca a profusão de toda sorte de estereótipos de gênero e a possibilidade de qualificar a constituinte como um “microcosmo extremamente representativo dos processos de luta por direitos, bem como do exercício realizado para refrear essa luta”⁸⁵.

Nesse sentido, é patente que a produção do direito por meio da deliberação sobre diplomas formais pelo Poder Legislativo é falha no sentido de não considerar as experiências e valores mais típicos de mulheres do que de homens⁸⁶.

Daí a necessidade de, diante da tarefa de aplicação do Direito, olhar debaixo da superfície, para identificar as implicações de regras aparentemente neutras e democraticamente discutidas que representam perpetuação da situação de subordinação das mulheres. Nas palavras da Professora de Direito da Duke University, Katherine T. Bartlett, “uma análise legal rigorosa nunca pode pressupor neutralidade de gênero”⁸⁷.

Resulta, dessarte, crucial o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal para proclamar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal e garantir assim a supressão do déficit democrático existente no debate legislativo sobre o aborto e a autonomia reprodutiva das mulheres desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, no exercício de seu essencial papel contramajoritário, indispensável para o aprofundamento da democracia brasileira.

⁸⁵ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição e direitos das mulheres: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Nacional Constituinte e suas consequências no texto constitucional*. Editora Juruá, Curitiba: 2015: 446.

⁸⁶ BARTLETT, Katherine T. Métodos jurídicos feministas, in *Métodos feministas en el Derecho*, FERNANDEZ, Marisol e MORALES, Félix (coord.), Palestra Editores, 1a edição, Lima, 2011:32.

⁸⁷ BARTLETT, Katherine T. Métodos jurídicos feministas, in *Métodos Feministas en el Derecho*, FERNANDEZ, Marisol e MORALES, Félix (coord.), Palestra Editores, 1a edição, Lima, 2011: 42.

VII. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a Defensoria Pública a V. Ex.ª:

- (i) seja deferida sua admissão na qualidade de *amicus curiae* nesta ADPF n.º 442, a fim de que participe dos debates atinentes ao pedido de declaração de não recepção parcial dos tipos dos arts. 124 e 126 do Código Penal;
- (ii) seja deferida a possibilidade de sustentação oral (art. 131, § 3.º, do Regimento Interno do STF); e
- (iii) no mérito, seja julgado procedente o pedido para que seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, a fim de excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas, nos termos postulados na petição inicial.

Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2017.

Arlanza Rebello
Defensora Pública

Matilde Alonso
Defensora Pública

Livia Casseres
Defensora Pública

Beatriz Cunha
Defensora Pública

Mariana Castro
Defensora Pública

Ricardo de Mattos
Defensor Público

SOBRE AS AUTORAS/AUTOR

ANA PAULA SCIAMMARELLA

Professora assistente da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Fundação Escola da Defensoria Pública do Estado Rio de Janeiro (FESUDEPERJ). Integrante do Grupo de Trabalho Gênero, da articulação Fórum Justiça. Integrante do Comitê Latino-americano para Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM).

BEATRIZ CARVALHO DE ARAUJO CUNHA

Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

CAROLINA DZIMIDAS HABER

Mestre e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Diretora de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

LÍVIA MIRANDA MÜLLER DRUMOND CASSERES

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA GABRIELLE ALBUQUERQUE PRESLER CRAVO

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

MARIANA CASTRO DE MATOS

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro dos Grupos de Trabalho para Análise Estratégica de Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Direito à não Discriminação e Direito à não Submissão à Tortura. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

RICARDO DE MATTOS PEREIRA FILHO

Bacharel em Direito, graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

THAUANY VIGAR

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bolsista de Incentivo Acadêmico do projeto de pesquisa Mobilização do Direito e Lutas Sociais: Mapeamento das Estratégias de Litigância para Políticas Públicas e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Janeiro.



ENTRE A MORTE E A PRISÃO

QUEM SÃO AS MULHERES CRIMINALIZADAS
PELA PRÁTICA DO ABORTO NO RIO DE JANEIRO

Fruto da articulação entre integrantes do Grupo de Trabalho de Monitoramento das Políticas Institucionais na Perspectiva de Gênero da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a presente publicação reúne, na forma de artigos, os textos e as ideias centrais desenvolvidos pelas autoras e pelos autores e que consubstanciaram a petição de ingresso da instituição na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, na qualidade de *amicus curiae*.

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENADORIA DE DEFESA
DOS DIREITOS DA MULHER



APOIO



Fesudeperj
Fundação Especial Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro