

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional (doc.1), devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 06.954.942/0001-95, com sede na SCS, Quadra 5, Bloco B, Loja 80, Brasília, Distrito Federal, representado, na forma do seu Estatuto Social (doc. 2), pelo seu Presidente, Luiz Araújo (ata da eleição em anexo, doc. 3), vem, por suas advogadas abaixo assinadas (procuração em anexo, doc. 4), com fundamento no disposto no art. 102, § 1º da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, ajuizar a presente

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR,

indicando como preceitos violados 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, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º), para que seja declarada a **não recepção parcial** dos art. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940).

1. NOTA INTRODUTÓRIA

1. O questionamento da legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário, doravante descrito apenas como “aborto”, exige o enfrentamento de uma pergunta: os art. 124 e 126 do Código Penal se justificam diante de preceitos constitucionais?¹ A tese desta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º).

¹ O mais apropriado seria assumir “interrupção da gestação” como o objeto de análise desta ADPF, no entanto o Código Penal brasileiro utiliza o termo “aborto”, por isso a escolha terminológica.

2. Por razões diversas, presume-se que a criminalização do aborto se justificaria para proteger a vida do embrião ou do feto, o que seria um direito previsto no ordenamento constitucional.² Tanto a razoabilidade desse pressuposto será posta em discussão quanto a ausência de seus fundamentos constitucionais será demonstrada nesta ADF. Segundo Ronald Dworkin, “não há nenhum fato biológico à espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema”.³ Isso significa que a solução da questão do aborto deve ser jurídica, e as evidências científicas relevantes à pacificação constitucional da controvérsia devem ser aquelas que apontam para os sentidos de justiça da criminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos.

3. É do aprendizado da interpretação constitucional deste Supremo Tribunal Federal (STF) e de tantas outras cortes constitucionais que direitos fundamentais adquirem sentido pleno do justo na convivência harmoniosa entre si e com outras normas constitucionais. As afirmações jurídicas, segundo Dworkin, “combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro: interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.⁴ Esse processo Dworkin nomeia “o direito como integridade”, em que a coerência é tanto vertical quanto horizontal. É a partir do direito como integridade que se deve entender a linha de continuidade entre as decisões desta Suprema Corte no HC 84.025, ADI 3.510, a ADPF 54 e HC 124.306, os quais estabeleceram premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto.

4. A despeito do extenso debate constitucional transnacional sobre o caráter não absoluto e sim gradual da proteção jurídica ao desenvolvimento embrionário e fetal, também já assentado na jurisprudência desta Suprema Corte, o aborto seria um “caso difícil” pelo forte

² A Organização Mundial de Saúde (OMS) define “aborto” a interrupção de uma gravidez antes do marco de viabilidade do feto, ou seja, antes de o feto se tornar viável para vida extrauterina. A definição de “viabilidade” é variável em diferentes países, podendo variar entre tempo gestacional mínimo de 20 a 28 semanas, e de peso fetal mínimo de 400 a 1.000 gramas (WORLD HEALTH ORGANIZATION SCIENTIFIC GROUP. *Spontaneous and induced abortion*. Geneva: World Health Organization, 1970. (World Health Organization Technical Reports Series, n. 461). Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/38211/1/WHO_TRS_461.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2017). “Embrião” é o desenvolvimento celular de um óvulo fecundado por um espermatozoide até 8 semanas após a fertilização, e “feto” é o termo usado para designar esse desenvolvimento celular a partir de 8 semanas de gravidez até o nascimento ou aborto (ZEGERS-HOCHSCHILD, F. *et al.* International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology and the World Health Organization revised glossary of ART terminology, 2009. *Fertility and Sterility*, v. 92, n. 5, nov. 2009. Disponível em: <[http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(09\)03688-7/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(09)03688-7/pdf)>. Acesso em 31 jan. 2017).

³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 11-12.

⁴ DWORKIN, Ronald. Integridade no direito. In: _____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271.

apelo moral que provoca.⁵ Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial,⁶ como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo: *qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?*

5. A longa permanência da criminalização do aborto é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável. Em um contexto de descriminalização do aborto, nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade. Porém, hoje, o Estado brasileiro torna a gravidez um dever, impondo-a às mulheres, em particular às mulheres negras e indígenas, nordestinas e pobres, o que muitas vezes traz graves consequências ao projeto de vida delas. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostra que, somente em 2015, 417 mil mulheres realizaram aborto no Brasil urbano e 503 mil mulheres em extrapolação para todo o país.⁷ Isso significa que cerca de uma mulher a cada minuto faz aborto no Brasil. O aborto é, portanto, um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras.

6. A desigualdade racial e de classe no exercício do direito de determinar se gostaria de ter e quando seria o melhor momento para o nascimento de filhos torna o aborto um evento mais comum na vida de mulheres que vivenciam maior vulnerabilidade social: 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto na vida, ao passo que 9% das mulheres brancas o fizeram. Do total de mulheres brasileiras que fizeram aborto, hoje, estima-se que 3.019.797 delas tenham filhos; isso significa que, no atual marco de criminalização, essas seriam famílias cujas mães ou já deveriam ter estado presas, ou estariam, neste momento, presas pelo crime de aborto.⁸ O já falido sistema prisional brasileiro seria quadruplicado, e as

⁵ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Salvador, v. 240, p. 43-82, abr./jun. 2005. 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: 4 fev. 2017.

⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Azevedo Abreu. São Paulo: Editora ABDR, 2000.

⁷ A Pesquisa Nacional do Aborto foi realizada pela Universidade de Brasília e pela Anis – Instituto de Bioética, com financiamento do Ministério da Saúde e Fundo Elas. Em 2010, quando foi realizada a primeira edição da pesquisa, o estudo recebeu o prêmio de excelência em literatura sobre saúde pela Organização Pan-Americana de Saúde, Prêmio Fred. L. Soper. (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017).

⁸ Dados estimados a partir da Pesquisa Nacional do Aborto 2016 e dos dados da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios 2014 (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017. (INSTITUTO

mulheres seriam a principal população carcerária.⁹ Mas não seriam quaisquer mulheres nos presídios: é principalmente para as mulheres negras e indígenas, pobres e menos escolarizadas que os efeitos punitivos do aborto resultariam em prisão. A seletividade do sistema prisional brasileiro ganharia uma face assustadoramente feminina, pobre, negra e indígena.

7. Ainda que a taxa de prisão por aborto seja desprezível quando comparada ao universo de mulheres que realizaram aborto, não se pode argumentar ausência de efeitos nocivos da lei penal. Para além da persecução penal discriminatória imposta a decisões reprodutivas das mulheres, a criminalização do aborto amplia seus efeitos de morbimortalidade. Estudos recentes estimam que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorram de abortos inseguros, e estão concentradas em países pobres.¹⁰ No Brasil, a própria criminalização dificulta a produção de dados nacionais confiáveis sobre a mortalidade associada ao aborto inseguro, mas sabe-se que cerca de metade das mulheres que fez um aborto ilegal no país precisou ser internada.¹¹

8. Para demonstrar as violações resultantes da criminalização do aborto para os direitos fundamentais das mulheres, esta peça se organiza em duas seções:

- I. Analisa como, a partir dos anos 1970, cortes constitucionais se estabeleceram como instância legítima para as interpelações constitucionais provocadas pela questão do aborto, em particular *Roe v. Wade*, nos Estados Unidos, e *Aborto I (BVerfGE 1, 39)* e *Aborto II (BVerfGE 88, 203)*, na Alemanha. O percurso explicita, respectivamente, o

BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2014*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017).

⁹ Daniel Sarmiento ressalta que a taxa de condenação criminal para o crime de aborto é “absolutamente desprezível”, pois se não o fosse “seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar as milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas” (SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Salvador, v. 240, p. 43-82, abr./jun. 2005. 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_sarmiento.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017).

¹⁰ (SINGH, Susheela; DARROCH, Jacqueline E.; ASHFORD, Lori S. *Adding it up: the costs and benefits of investing in sexual and reproductive health 2014*. New York: Guttmacher Institute, 2014. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/report/adding-it-costs-and-benefits-investing-sexual-and-reproductive-health-2014>>. Acesso em: 26 fev. 2017). (KASSEBAUM, Nicholas J. *et al.* Global, regional, and national levels and causes of maternal mortality during 1990–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013. *The Lancet*, v. 384, n. 9947, p. 980-1004, 2014. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(14\)60696-6/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(14)60696-6/abstract)>. Acesso em: 26 fev. 2017). (SAY, Lale *et al.* Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis. *The Lancet Global Health*, v. 2, n. 6, p. e323–e333, 2014. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(14\)70227-X/abstract](http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(14)70227-X/abstract)>. Acesso em: 26 fev. 2017).

¹¹ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

marco dos trimestres (definição de limites temporais para a criminalização do aborto associados à viabilidade do feto para a vida extrauterina) e o marco das causais (definição de exceções à ilicitude do crime de aborto) na constitucionalização do direito ao aborto.¹² Identifica ainda nas decisões desta Suprema Corte, na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306, premissas pacificadas para o enfrentamento da questão do aborto – incluindo a inadequação do estatuto de pessoa ao embrião ou feto e o critério do nascimento como marco para a imputação de direitos fundamentais à criatura em desenvolvimento –, que fazem da presente ADPF o resultado de um processo cumulativo, consistente e coerente de atuação responsável desta Suprema Corte na proteção de direitos fundamentais das mulheres.

- II. Por dois métodos interpretativos enfrenta a inconstitucionalidade da criminalização do aborto: *primeiro*, percorre a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana por dimensões essenciais vinculadas a outros direitos constitucionais; *segundo*, pelo teste da proporcionalidade, demonstra como a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo e, além de não coibir a prática, não promove os meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto. **Os dois métodos interpretativos demonstram como a criminalização do aborto resulta em graves infrações de direitos fundamentais vinculados à violação da dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres.**

2. PRELIMINARMENTE

2.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL)

9. A legitimação ativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) fundamenta-se no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999, que estabelece como legitimados para propor Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental todos aqueles já elencados no art. 103 da Constituição Federal como legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), hoje com representação de seis parlamentares no Congresso Nacional, é legitimado à propositura

¹² “Causal” é um termo comum ao direito penal e constitucional latino-americano no tema do aborto, em particular, após a decisão da Suprema Corte da Colômbia em 2010. Seu uso é derivado da expressão em espanhol, *causal de excepción*, que em português seria equivalente a “causa excludente de ilicitude”. O uso do neologismo “causal” para se referir também em português às exceções de punição ao aborto se deve à interlocução transconstitucional latino-americana.

13. Por isso, deve-se levar em consideração três requisitos para o cabimento da ADPF: *i.* a existência de um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão a preceito fundamental; *ii.* a demonstração de ameaça ou violação a preceitos fundamentais; e *iii.* o cumprimento do pressuposto da subsidiariedade, ou seja, a demonstração de que não há outro meio eficaz de sanar a violação alegada. Será demonstrada a seguir a satisfação desta ação a cada um dos requisitos mencionados.

2.2.1 ATO DO PODER PÚBLICO

14. Entende-se por ato emanado do Poder Público, para efeito de avaliação de cabimento de ADPF, aqueles produzidos pelo governo federal, estadual ou municipal que possuam natureza administrativa, judicial ou normativa e tenham possivelmente violado preceito fundamental. Nesta ação, o ato estatal do qual resulta a lesão que se pretende reparar consiste no conjunto normativo expresso nos art. 124 e 126 do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/1940), oriundo do Congresso Nacional, nos seguintes termos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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.

15. Conforme se demonstrará a seguir, tais artigos violam preceitos fundamentais que informam direitos constitucionalmente garantidos às mulheres, e por esse motivo ensejam a presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

2.2.2 PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

2ENPRO%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/p8dmwf9>. Acesso em: 4 fev. 2017.).

16. Em julgamento da medida cautelar da ADPF 33, Ministro Gilmar Mendes afirmou ser difícil indicar em abstrato quais seriam os preceitos fundamentais passíveis de lesão grave a ponto de justificar o processo e julgamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹⁵ Ainda no voto, o Ministro afirmou que alguns desses preceitos estão descritos explicitamente na Constituição Federal (CF), como é o caso dos direitos e das garantias fundamentais – não restritos à redação do artigo 5º, mas também aos indicados ao longo de todo o texto constitucional –, os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, inciso VII) e as cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º). A interpretação extensiva sobre os preceitos cabíveis de arguição é condizente com a previsão constitucional de proteção a lesões a direitos fundamentais por meio de ADPF, uma vez que, não sendo a própria Constituição taxativa sobre quais seriam esses preceitos, exige-se “o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência” para permitir “identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em determinado sistema.”¹⁶

17. Os dispositivos que esta ADPF visa a impugnar (Código Penal, art. 124 e 126) violam uma série de direitos fundamentais das mulheres, todos informados pelos princípios fundamentais da República: o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), da cidadania (CF, art. 1º, inciso II) e da promoção do bem de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação (CF, art. 3º, inciso IV). A criminalização do aborto e a consequente imposição da gravidez compulsória compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, pois não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida. Além disso, a despeito de todas as mulheres estarem potencialmente submetidas à proibição penal do aborto, a criminalização afeta desproporcionalmente mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros

¹⁵ “Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Medida Cautelar. [...] 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de outubro de 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>>. Acesso em: 8 fev. 2017).

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 dez. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico, resultando em uma grave afronta ao princípio da não discriminação. Devido à seletividade do sistema penal, são também as mulheres mais vulneráveis as diretamente submetidas à ação punitiva do Estado, na forma de denúncias por profissionais de saúde, exposição da intimidade médica, assédio da mídia, investigações policiais, prisões provisórias e processos penais. Assim, a criminalização do aborto também afronta o objetivo republicano de promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, inciso IV).

18. A criminalização do aborto provoca violações ao direito à saúde (CF, art. 6º), à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), uma vez que a negação do direito ao aborto pode levar a dores e sofrimentos agudos para uma mulher, ainda mais graves e previsíveis conforme condições específicas de vulnerabilidade que variam com a idade, classe, cor e condição de deficiência de mulheres, adolescentes e meninas. Nos últimos anos, mecanismos internacionais de monitoramento da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984),¹⁷ da qual o Brasil é signatário, têm afirmado que, para além dos casos de dores e sofrimento agudos impostos por pessoas no exercício de autoridade pública para obtenção de informações ou para fins de castigo, também constitui tortura a negação de serviços de saúde reprodutiva, como o aborto, em que profissionais de saúde em situação de autoridade sobre mulheres impõem-lhes sofrimento em razão de discriminação, na medida em que a decisão por não seguir uma gestação contraria a expectativa de maternidade compulsória associada às mulheres.¹⁸ A

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Diário Oficial* [da União], Brasília, DF, 18 fev. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017.

¹⁸ Nesse sentido, afirmou o Relator Especial sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Juan Méndez: “As mulheres são vulneráveis à tortura e aos maus-tratos quando procuram assistência médica em função de desconformidade real ou aparente com as funções que a sociedade determina para cada sexo (Comentário Geral nº 2). A discriminação contra mulheres, meninas e outras pessoas com base em sexo, gênero, orientação sexual real ou percebida ou identidade de gênero e características sexuais muitas vezes é subjacente à tortura e aos maus-tratos cometidos contra elas em serviços de saúde. Isso é especialmente verdadeiro quando as pessoas buscam tratamentos, como o aborto, que podem ser contrários às funções e expectativas que a sociedade atribuiu ao seu gênero. O Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece cada vez mais que os abusos e maus-tratos infligidos a mulheres que tentam obter atendimento em serviços de saúde reprodutiva podem causar enormes e duradouros sofrimentos físicos e emocionais provocados por motivo de gênero (A/HRC/22/53). Prestadores de serviços de saúde tendem a exercer autoridade considerável sobre seus pacientes, o que coloca as mulheres em posição indefesa, ao passo que a falta de marcos legais e regulamentares que permitam às mulheres exercer seu direito de acesso a serviços de saúde reprodutiva as tornam mais vulneráveis à tortura e aos maus-tratos” [tradução livre] (NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

criminalização do aborto viola ainda o direito à saúde (CF, art. 6º) em leitura combinada com a inviolabilidade do direito à vida e à segurança (CF, art. 5º, *caput*) por relegar mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros. É assim que a coerção punitiva tem efeitos não só no senso de integridade, mas também na ocorrência de mortes evitáveis e morbidade, isto é, danos à saúde física e mental das mulheres.

19. A criminalização do aborto viola o direito ao planejamento familiar (CF, art. 226, §7º), que se constitui direito fundamental por ser fundado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e é infringido quando uma mulher é impedida de tomar uma decisão reprodutiva relevante e crucial. Pode-se ainda entender que, por impedir às mulheres o efetivo controle sobre a própria fecundidade e a possibilidade de tomar decisões responsáveis sobre sua sexualidade, sem risco de sofrer coerção ou violência, a criminalização do aborto configura-se violação do direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*) e aos direitos sexuais e reprodutivos.

20. Direitos sexuais e reprodutivos, apesar de não estarem expressamente previstos em texto na Constituição Federal, são decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade (CF, art. 5º, *caput*) e estão descritos em compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994),¹⁹ a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995),²⁰ e o Consenso

– A/HRC/31/57. 5 jan. 2016. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/31/57>. Acesso em: 24 fev. 2017).

¹⁹ “Princípio 8. Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2017).

²⁰ “C. A mulher e a saúde. [...] 96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências. [...] C.1 Promover o acesso da mulher durante toda sua vida a serviços de atendimento à saúde, à informação e a serviços conexos adequados, de baixo custo e boa qualidade: 106. Medidas que os governos, em colaboração com as organizações não governamentais e organizações de empregadores e trabalhadores, e com o apoio das instituições internacionais, devem adotar: [...] k) considerar a possibilidade de rever as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017).

de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013),²¹ no qual se pactuou a revisão de leis para cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos. Direitos sexuais e reprodutivos também são reconhecidos por órgãos de monitoramento de tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, como o Comitê CEDAW,²² que monitora a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), e o Comitê DESC,²³ que acompanha o seguimento ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

²¹ “Acesso universal a serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva: [...] 40. Eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, incorporando no conjunto de prestações integrais dos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva medidas para prevenir e evitar o aborto inseguro, que incluam a educação em saúde sexual e saúde reprodutiva, o acesso a métodos contraceptivos modernos e eficazes e o assessoramento e atenção integral frente à gravidez não desejada e não aceita, bem como a atenção integral depois do aborto, quando necessário, com base da estratégia de redução de risco e danos; [...] 42. Assegurar, nos casos em que o aborto é legal ou não está penalizado na legislação nacional, a existência de serviços de aborto seguros e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita e instar aos demais Estados a considerar a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento. Montevideu, 2013. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso_montevideo_por.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017).

²² Ao tratar da saúde das mulheres, a Recomendação Geral nº 24/1999 do Comitê CEDAW orienta Estados-Parte a “alterar a legislação que criminaliza o aborto, a fim de abolir as disposições punitivas impostas às mulheres que se submetem a abortos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres. Recomendação Geral nº 24. 1999. Disponível em: <<http://monitoramentocedaw.com.br/wp-content/uploads/2013/08/Publi-Cedaw-3-Parte-2-OK.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017). Mais recentemente, na Recomendação Geral nº 33/2015, mencionando expressamente a proteção a direitos sexuais e reprodutivos de meninas e mulheres, o Comitê reconhece que a criminalização do aborto é discriminatória contra as mulheres e recomenda aos Estados-Parte que “Revoguem a criminalização discriminatória, e revisem e monitorem todos os procedimentos penais a fim de assegurar que não discriminem direta ou indiretamente as mulheres; descriminalizem formas de comportamento que não sejam criminalizadas ou punidas tão duramente se realizadas por homens; descriminalizem comportamentos que somente podem ser realizados por mulheres, como o aborto [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres. Recomendação Geral nº 33 sobre acesso das mulheres à justiça. 2015. Disponível em: <<http://monitoramentocedaw.com.br/wp-content/uploads/2013/08/Nova-Recomenda%C3%A7%C3%A3o-Geral-da-Cedaw-2016-N%C2%BA-33-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-CEDAW-C-GC-33-P.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017).

²³ A Observação Geral nº 22/2016 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, relativa ao direito à saúde sexual e reprodutiva, destaca a evolução dos marcos normativos de reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos desde a Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), e estabelece que: “A fim de reduzir as taxas de mortalidade e morbidade maternas é necessário atenção obstétrica de urgência e assistência qualificada nos partos, particularmente nas zonas rurais e distantes, e medidas de prevenção de abortos em condições de risco. A prevenção das gestações não desejadas e dos abortos em condições de risco requer que os Estados adotem medidas legais e políticas para garantir a todas as pessoas a utilização de contraceptivos acessíveis, seguros e eficazes e uma educação integral sobre sexualidade, em particular para adolescentes; liberalizar leis restritivas ao aborto; garantir acesso de mulheres e meninas a serviços de aborto sem risco e, posterior a casos de aborto, assistência de qualidade, especialmente capacitando provedores de serviços de saúde; e respeitar o direito das mulheres de tomar decisões autônomas sobre sua saúde sexual e reprodutiva” [tradução livre] (NACIONES UNIDAS. Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. 2016. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en>. Acesso em: 24 fev. 2017).

Culturais (1976). A criminalização do aborto viola a previsão de direitos sexuais e reprodutivos desses compromissos internacionais, ao não permitir às mulheres: viver a sexualidade livre de coerção, discriminação ou violência; decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos; e gozar do mais alto padrão de saúde sexual e reprodutiva.

21. A criminalização do aborto afronta também o princípio da igualdade de gênero, decorrente do direito fundamental à igualdade (CF, art. 5º, *caput*) e do objetivo fundamental da República de não discriminação baseada em sexo (CF, art. 3º, inciso IV), uma vez que impõe às mulheres condições mais gravosas,²⁴ inclusive perigosas à sua vida e saúde, para a tomada de decisões reprodutivas, desproporcionais em comparação com as condições para a tomada das mesmas decisões por parte dos homens, que não são submetidos à criminalização e a consequências da coerção penal nas condições de exercício de seus direitos a uma vida digna e cidadã.

2.2.3 SUBSIDIARIEDADE

22. A exigência de que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas seja manejada quando “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da previsão constitucional da ADPF, mas consta do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999. Por essa razão, é também entendimento desta Corte que esse requisito deve ser interpretado de maneira restritiva: para que não caiba a impetração de ADPF, é necessário que outra possibilidade de ação tenha capacidade de proporcionar resultados semelhantes e de eficácia compatível aos obtidos com a ADPF; do contrário, nos termos do Ministro Celso de Mello, “a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição”.²⁵

²⁴ Aqui seguimos o léxico constitucional do binarismo sexual de homens e mulheres. No entanto, transhomens, isto é, corpos sexados como femininos ao nascer e que vivem como homens socialmente podem ter potência reprodutiva pelo útero e, portanto, gestar. Sendo assim, semelhante interpretação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana na questão do aborto como sendo dignidade das mulheres se estenderia aos transhomens com potência reprodutiva uterina.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. *Diário de Justiça da União*, 28 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo243.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

23. O sistema de controle difuso de constitucionalidade mostra-se incapaz de fazer cessar ou prevenir as violações que os atos normativos ora questionados causam a preceitos fundamentais de forma geral e definitiva, como a ADPF poderia. Dessa maneira, a arguição da lesão apenas no controle difuso pode levar à permanência de inconsistência interpretativa dos diversos tribunais, a insegurança jurídica e, ainda mais grave, a permanência da violação dos preceitos fundamentais que aqui se visa reparar e proteger.²⁶

24. Por isso, é preciso avaliar a existência de outro meio eficaz para questionar a mesma matéria no conjunto das ações diretas, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Uma vez que os dispositivos ora questionados (art. 124 e 126 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940) encontram-se em texto legal pré-constitucional, não passível de controle por qualquer outra espécie de processo objetivo,²⁷ resta configurado o cabimento da presente ADPF.

3. DIREITO COMPARADO E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 A QUESTÃO DO ABORTO NOS ANOS 1970

25. As últimas décadas do século 20 foram o tempo da revisão constitucional do aborto em diferentes países democráticos. Alguns casos são paradigmáticos para a história do

²⁶ A esse respeito, importa ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 33: “É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias [...]. A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes de pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 dez. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 23 fev. 2017).

²⁷ O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento sobre o não cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade quando o objetivo é questionar norma anterior à Constituição Federal de 1988. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 344, Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 1992. *Diário da Justiça*, 7 dez. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266306>>. Acesso em: 25 fev. 2017).

direito comparado, como a Alemanha e os Estados Unidos;²⁸ outros casos são importantes para a compreensão de como as cortes constitucionais se estabeleceram como instância legítima para as interpelações constitucionais provocadas pela questão do aborto no espaço político, como ocorreu na França e, mais recentemente, na Colômbia, na Cidade do México (Distrito Federal do México) e em Portugal.²⁹

26. A pesquisa constitucional comparada, sustenta Reva Siegel, deve se concentrar menos em se questionar se as decisões judiciais responderam à cultura política em cada país e mais em entender como as decisões responderam aos conflitos políticos.³⁰ Além disso, a passagem da questão do aborto do Legislativo para o Judiciário não se deu de maneira artificial, pelo contrário: “nas cortes, o conflito foi prontamente inteligível como um conflito *constitucional*, porque ele *já havia* se apresentado como um argumento sobre justiça e o caráter fundamental da comunidade democrática” [com grifos no original].³¹ Por isso, importa

²⁸ A Alemanha enfrentou dois importantes litígios constitucionais sobre aborto, conhecidos como *Aborto I*, em 1975, na Alemanha Ocidental, e *Aborto II*, em 1993, logo após a unificação. Já os Estados Unidos tiveram também dois casos paradigmáticos julgados no mesmo dia, em 22 de janeiro de 1973, *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton*. (GERMANY. Federal Constitutional Court. BVerfGE 39,1 - Abortion I. [Karlsruhe], 25 fev. 1975. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 2 fev. 2017). (GERMANY. Federal Constitutional Court. 2 Bvf 2/90 – Abortion II. [Karlsruhe], 28 maio 1993. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 2 fev. 2017). (UNITED STATES. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 US 113. Washington, D.C., 22 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>>. Acesso em: 2 fev. 2017). (UNITED STATES. Supreme Court. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179. Washington, D.C., 22 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108714/doe-v-bolton/>>. Acesso em: 2 fev. 2017).

²⁹ FRANCE. Conseil Constitutionnel. Décision n° 74-54 DC. Loi relatif à l'interruption volontaire de la grossesse [Lei sobre a interrupção voluntária da gravidez]. Paris, 15 de janeiro de 1975. *Journal officiel de la République française*, p. 671, jan. 1975. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454dc.htm>. Acesso em: 2 fev. 2017). (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. Demandante: Mónica del Pilar Roa López e outros. Ponentes: Magistrados Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernandez. Bogotá, D.C., 10 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2017). (MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su Acumulada 147/2007. Promoventes: Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República. Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. México, D.F, 28 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/355/AccdeInconstitu146-2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 fev. 2017). (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 75/2010. Processos n° 733/07 e 1186/07. *Diário da República*, 2ª série, n° 60, 26 mar. 2010. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/2670436>>. Acesso em: 11 fev. 2016).

³⁰ SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

³¹ SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

entender que as decisões foram resultados de processos históricos e políticos de atualização do direito como integridade,³² que resultaram em descriminalização ou legalização do aborto.

27. Os anos 1970 iniciaram-se intensos. Reviravoltas sociais importantes sobre o lugar ocupado pelas mulheres nos espaços doméstico e público, isto é, no cuidado da casa e dos filhos, mas também no mundo do trabalho e da política, provocaram questionamentos sobre o direito ao aborto, ora como uma questão de privacidade (Estados Unidos), ora como uma questão de dignidade (Alemanha), com desdobramentos nas décadas seguintes pela interpretação dos preceitos envolvidos. A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*, em 1973, e o caso *Aborto I*, em 1975, na Alemanha, merecem particular atenção. Esses litígios deram início aos quarenta anos de enfrentamento da questão do aborto em cortes constitucionais de vários países e também a revisões das decisões originais nos dois países, como foi o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, nos Estados Unidos, em 1992, e *Aborto II*, na Alemanha, em 1993.

28. A centralidade dos Estados Unidos e da Alemanha para a jurisprudência internacional de interesse da Corte brasileira se deve a, pelo menos, duas razões: pelos diferentes marcos constitucionais convocados para a revisão constitucional da questão do aborto (privacidade e dignidade, respectivamente),³³ mas também pela inauguração de uma dupla linguagem que atravessou decisões de cortes muito diversas – o *marco dos trimestres* e o *marco das causas*, como ficou conhecida na América Latina a revisão constitucional por indicações para o aborto.³⁴ Nas revisões mais recentes da Suprema Corte estadunidense sobre a questão do aborto, as decisões combinaram o reconhecimento do aborto como um direito reprodutivo das mulheres, com a consideração de *valor* intrínseco do humano no embrião ou feto, porém sem amparo constitucional para imputação de direitos fundamentais.

3.2 OS ESTADOS UNIDOS: ROE V. WADE E O MARCO DOS TRIMESTRES

³² DWORKIN, Ronald. Integridade no direito. In: _____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-332.

³³ SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: COOK, Rebecca J. *et al.* (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 13-35.

³⁴ Siegel descreve como “modelo de períodos” e “modelo de indicações” (SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: Cook, Rebecca J. *et al.* (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 20).

29. *Roe v. Wade* chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo estado do Texas, cuja legislação criminalizava o aborto, exceto quando fosse necessário para salvar a vida da mulher grávida. Donald Kommers sustenta que *Roe v. Wade* deve ser analisado em conjunto a *Doe v. Bolton*, um caso oriundo da Geórgia, onde a legislação era um pouco mais permissiva em matéria de aborto, permitindo-o em três circunstâncias: risco à vida da mulher ou de dano sério e permanente à saúde da mulher; grave, permanente e irremediável malformação no feto; estupro.³⁵ Nos dois casos, a Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo Kommers, “declarou que o termo liberdade [...] inclui o direito à privacidade”.³⁶ Ambos os casos tinham o mesmo precedente-chave para a revisão constitucional sobre direitos reprodutivos: *Griswold v. Connecticut*, de 1965, no qual a Suprema Corte reconheceu o direito das pessoas casadas usarem contraceptivos como interpretação decorrente do direito à privacidade conjugal,³⁷ o que foi revisto, em 1972, no caso *Eisenstadt v. Baird*, como um direito independente do status civil da pessoa, ou seja, “se o direito à privacidade significa alguma coisa é o direito individual, da pessoa casada ou solteira, a estar livre da intromissão da autoridade governamental em questões tão fundamentais que a afetam, tais como a decisão de cuidar ou gerar uma criança”.³⁸

30. *Roe v. Wade* foi a decisão que inaugurou o marco dos trimestres na análise constitucional, algo inovador à interpretação jurídica sobre a questão do aborto, muito embora já assentado nos cuidados de saúde à mulher grávida, mesmo para a medicina da época. O marco dos trimestres acompanhava o desenvolvimento da gestação no fundamento de quanto mais imaturo o feto maior o respeito ao direito de privacidade das mulheres (no primeiro trimestre, não caberia interferência legal na decisão das mulheres, até porque o procedimento do aborto no início da gestação ofereceria possivelmente menos riscos à mulher do que o trabalho de parto;³⁹ no segundo trimestre, o procedimento médico poderia ser regulado para

³⁵ KOMMERS, Donald. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 441-458.

³⁶ KOMMERS, Donald. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 446.

³⁷ UNITED STATES. Supreme Court. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479. Washington, D.C., 7 jun. 1965. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/107082/griswold-v-connecticut/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

³⁸ UNITED STATES. Supreme Court. *Eisenstadt v. Baird*. 405 U.S. 438. Washington, D.C., 22 mar. 1972. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108489/eisenstadt-v-baird/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

³⁹ *Roe v. Wade* anunciava o que hoje é consenso na literatura médica: o aborto legal realizado no primeiro trimestre da gestação é um procedimento seguro (RAYMOND, Elizabeth G.; GRIMES, David A. The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States. *Obstet Gynecol.* v. 119, n. 2, part. 1, p. 215-219, fev. 2012. Disponível em:

proteger a saúde da mulher, mas não para limitar seu direito de escolha; e, no terceiro trimestre, próximo à viabilidade do feto com sobrevida extrauterina, as leis estaduais poderiam, se assim quisessem, regular ou restringir o acesso ao aborto, exceto em caso de risco à vida ou saúde da mulher).

31. Em *Doe v. Bolton*, a Corte Suprema dos Estados Unidos não estabeleceu um marco temporal para permissão ou restrição do direito ao aborto e afirmou que o procedimento deveria ser garantido quando fosse necessário para proteger a saúde das mulheres, sendo que “saúde” se compreende “à luz de todos os fatores – físico, emocional, psicológico, familiar e a idade da mulher – relevantes ao bem-estar da paciente. Todos esses fatores podem estar relacionados com a saúde”,⁴⁰ o que, sustenta Kommers, acabou por virtualmente autorizar o aborto em qualquer estágio da gravidez.⁴¹

32. Nos anos seguintes, novos casos alcançaram a Corte Suprema dos Estados Unidos em contestações sobre aborto, *Webster v. Reproductive Health Services*, 1989, e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 1992.⁴² No primeiro, a Corte declarou que os estados poderiam dar preferência a políticas públicas para a gravidez em lugar de políticas de saúde para o aborto, e por isso era constitucional a restrição ao uso de recursos públicos para financiar abortos não terapêuticos, muito embora isso não pudesse significar a proibição ao procedimento conforme decidido em *Roe v. Wade*. No segundo, ocasião em que a Corte foi efetivamente confrontada sobre a manutenção ou não da decisão de *Roe v. Wade*, o resultado foi a rejeição do *marco dos trimestres* como parâmetro para as garantias

<<http://journals.lww.com/greenjournal/pages/articleviewer.aspx?year=2012&issue=02000&article=00003&type=abstract>>. Acesso em: 9 fev. 2017. (WEITZ, Tracy A. *et al.* Safety of aspiration abortion performed by nurse practitioners, certified nurse midwives, and physician assistants under a California legal waiver. *American Journal of Public Health*, v. 103, n. 3, p. 454–461, 2013. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3673521/pdf/AJPH.2012.301159.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017). (BOONSTRA, Heather D. *et al.* *Abortion in women’s lives*. New York: Guttmacher Institute, 2006. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/2006/05/04/AiWL.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017). (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, TASK FORCE ON MENTAL HEALTH AND ABORTION. *Report of the Task Force on Mental Health and Abortion*. Washington, D.C., 2008. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017).

⁴⁰ UNITED STATES. Supreme Court. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179. Washington, D.C., 22 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108714/doe-v-bolton/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

⁴¹ KOMMERS, Donald. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 446.

⁴² (UNITED STATES. Supreme Court. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490. Washington, D.C., 3 jul. 1989. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/112330/%20webster-v-reproductive-health-services/>>. Acesso em: 3 fev. 2017). (UNITED STATES. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833. Washington, D.C., 29 jun. 1992. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/112786/planned-parenthood-of-southeastern-pa-v-casey/>>. Acesso em 3 fev. 2017).

constitucionais do direito ao aborto e sua substituição pelo parâmetro de proibição aos “obstáculos indevidos” ao direito ao aborto.

33. O direito ao aborto continuava sendo um direito constitucional das mulheres, porém não mais conforme os marcos gestacionais. Valeriam os termos das legislações estaduais, desde que não provocassem barreiras injustas às mulheres nos estágios iniciais da gravidez (antes que o feto atingisse a viabilidade).⁴³ A decisão de 1992, e as seguintes, ecoou o que Siegel descreve como “paternalismo das cortes”,⁴⁴ ao impor aconselhamentos compulsórios prévios ao aborto ou tempo de espera entre a consulta em serviços de saúde e a realização do aborto, cuja decisão da Corte Suprema de Portugal, em 2010, é um exemplo.⁴⁵

3.3 A ALEMANHA: *ABORTO I*, *ABORTO II* E O MARCO DAS CAUSAS

34. A questão constitucional do aborto na Alemanha atravessou diferentes momentos políticos visceralmente relacionados à história do país: conhecida como caso *Aborto I*, em 1975, uma decisão da Corte Constitucional da então Alemanha Ocidental revogou recente lei que legalizava o aborto até 12 semanas de gravidez.⁴⁶ Em 1992, após a reunificação do país,

⁴³ Nos anos 2000, outros dois importantes casos na Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentaram o tema do aborto, *Stenberg v. Carhart*, em 2000, e *Gonzales v. Carhart*, em 2007, ambos sobre o procedimento conhecido como *dilatação e extração*. Em 2000, a Corte decidiu que a lei do estado de Nebraska que proibia o uso desse método era inconstitucional, porque não previa exceção aos casos de risco à vida ou à saúde da mulher e era ambígua a ponto de sugerir a proibição de outros métodos semelhantes – por isso seria uma lei a impor um obstáculo indevido ao direito ao aborto. Em 2003, o Congresso estadunidense aprovou uma lei federal que proibia o procedimento (Federal Partial Birth Abortion Ban Act), e o tema chegou novamente à Corte 4 anos depois. Em *Gonzales v. Carhart*, a constitucionalidade da lei federal foi mantida (UNITED STATES. Supreme Court. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914. Washington, D.C., 28 jun. 2000. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/118387/stenberg-v-carhart/>>. Acesso em: 3 fev. 2017). (UNITED STATES. Supreme Court. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124. Washington, D.C., 18 apr. 2007. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/145744/gonzales-v-carhart/>>. Acesso em: 3 fev. 2017).

⁴⁴ SIEGEL, Reva. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. *The Yale Law Journal*, n. 117, 2008. p. 1694-1800. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=fss_papers>. Acesso em: 4 fev. 2017.

⁴⁵ A lei mais recente de aborto em Portugal é de 2007, com uma decisão da Corte Constitucional de 2010 validando o modelo de períodos gestacionais. Segundo Ruth Rubio-Marín, Portugal tem “uma rica história” de cinco decisões na Corte Constitucional desde meados dos anos 1980 – iniciando com a completa proibição criminal, passando pela autorização por causais e, por fim, após o referendo nacional, chegando à constitucionalidade da lei de aborto. A demanda por inconstitucionalidade da lei foi levada à Corte Constitucional por um grupo de parlamentares que sustentavam ser a “vida humana inviolável” (ou seja, mesmo o período breve de autorização para o aborto de 10 semanas deveria ser revisto) e disputavam o conteúdo do aconselhamento, pois alegavam que as informações prestadas às mulheres deveriam ter por objetivo dissuadi-las de realizar o aborto. A Corte Constitucional de Portugal rejeitou os dois argumentos (RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: new trends in European constitutionalism. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.) *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 36-55).

⁴⁶ GERMANY. Federal Constitutional Court. BVerfGE 39,1 - Abortion I. [Karlsruhe], 25 fev. 1975. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 2 fev. 2017.

uma revisão da legislação do aborto foi desencadeada, para estabilizar uma norma comum à nova Alemanha diante de regulações opostas no tema.

35. A lei aprovada pelo parlamento unificado era muito semelhante àquela ratificada após a decisão *Aborto I*, ou seja, mantinha a criminalização do aborto com as causais de indicação, porém, assim como a lei de 1974 declarada inconstitucional, estabelecia que o aborto não era ilegal se realizado por demanda da mulher nas primeiras 12 semanas e após aconselhamento. Novamente houve um litígio, conhecido como *Aborto II*: a Corte Constitucional fez um julgamento abstrato da lei e manteve o aborto na condição de crime sem punição. A partir de então, na Alemanha, se a mulher se submeter a aconselhamento e receber um certificado, está livre para realizá-lo até o limite de 12 semanas.⁴⁷

36. A lei de aborto da Alemanha Ocidental de 1974 atualizava o Código Penal de 1871. Pelo artigo 218, a punição para quem realizasse um aborto era de até 5 anos de prisão; se a mulher realizasse o aborto em si própria, a pena era de até 1 ano de reclusão ou multa; se realizado nas primeiras 12 semanas e após comprovado o aconselhamento, não haveria punição. Ou seja, na nova lei de 1974 foi adotado o modelo temporal com autorização do aborto no primeiro trimestre, em diálogo com a decisão de *Roe v. Wade* do ano anterior, ainda que com o condicionante híbrido do aconselhamento. Segundo Kommers, a lei de aborto foi precedida de quase uma década de debates parlamentares para reduzir a punição “sem que, ao mesmo tempo, abandonasse a proteção ao nascituro”.⁴⁸ Essa combinação entre reconhecer os direitos das mulheres e a proteção ao feto marcou a reflexão alemã desde os anos 1970.

37. A lei alemã de aborto foi contestada por parlamentares e governadores estaduais cristãos e acabou invalidada no caso *Aborto I*. A decisão da corte foi de que o dever do Estado de proteger o direito à vida e à dignidade “proíbe não só ataques diretos do Estado à vida em desenvolvimento, mas também requer a proteção e a promoção do desenvolvimento dessa vida”.⁴⁹ Diferentemente da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Roe v. Wade*, o Tribunal alemão definiu quando a vida humana teria início: “no décimo quarto dia

⁴⁷ (GERMANY. Federal Constitutional Court. 2 Bvf 2/90 – Abortion II. [Karlsruhe], 28 maio 1993. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 2 fev. 2017). (SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: Cook, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 13-35).

⁴⁸ KOMMERS, Donald. Autonomy, dignity and abortion. In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 449.

⁴⁹ GERMANY. Federal Constitutional Court. BVerfGE 39,1 - Abortion I. [Karlsruhe], 25 fev. 1975. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 2 fev. 2017.

após a concepção”. Ao final, houve importante reconhecimento de que a proteção ao feto não prevaleceria em todas as circunstâncias.

38. A Corte alemã decidiu que o aborto não sofreria punição se decorrente de gravidez resultada de estupro, grave perigo à vida ou à saúde da mulher, grave malformação do feto e, a mais central para a garantia dos direitos das mulheres, se houver razões sociais extremas que levem a mulher a viver uma pressão extraordinariamente maior do que a normalmente vinculada à gestação. Determinou-se ainda que o acesso aos serviços de aborto, quando demandado pela causal das razões sociais, seria condicionado a aconselhamentos prévios à mulher para dissuadi-la do aborto. Assim, a Corte, mesmo após decidir pelo caráter inconstitucional da lei, reconheceu ser preciso haver exceções à proibição geral do aborto, devido ao reconhecimento do direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

39. O Tratado de Unificação da Alemanha forçou o retorno da questão do aborto à Corte Constitucional após a aprovação da lei de 1992 que autorizava o aborto até a 12ª semana de gestação. A nova reforma declarava “não ser ilegal” o aborto até esse limite gestacional. Segundo Kommers, em reação semelhante à de 1974, grupos cristãos recorreram à Corte Constitucional, dando início ao caso *Aborto II*. A decisão da Corte manteve uma linha de coerência com o primeiro litígio, reafirmando que o aborto é uma prática indesejável e que as mulheres têm, por regra, o dever de prosseguir com a gestação, mas não deveriam ser punidas em caso de aborto no primeiro trimestre, se o Parlamento adotasse um esquema regulatório para preservar o desenvolvimento do feto.

40. O padrão regulatório considerado constitucional deveria incluir aconselhamento com informações sobre educação sexual e planejamento familiar, programas de assistência social e apoio para acesso a moradia, educação e formação profissional às mulheres, de maneira a constituir estratégia não penal do Estado para cumprir o dever de proteção ao direito à vida e proteção ao feto. Uma das características da questão do aborto na Corte alemã é a centralidade do princípio da dignidade humana (não apenas neste caso, mas em várias outras questões constitucionais no país), mas também a imposição de condicionalidades às mulheres, como aconselhamento compulsório e tempo de espera entre a decisão e o procedimento.

41. A Colômbia foi o primeiro país da América Latina a ter recepcionado uma revisão constitucional da legislação criminal de aborto nos anos 2000.⁵⁰ Não havia causas para o aborto segundo a lei penal, e o país era um dos mais restritivos do mundo: até mesmo em caso de risco de vida para a mulher o aborto era criminalizado.⁵¹ Em 2006, uma decisão da Corte Constitucional colombiana, sentença C-355/06, tornou o aborto um direito constitucional em três causas: se a vida ou a saúde da mulher estiver em perigo (saúde física e mental); se a gravidez for resultado de estupro ou incesto; se a malformação fetal for incompatível com a sobrevivência extrauterina do feto.⁵² Dez anos depois da decisão da Corte colombiana, o país se encontrava em outro marco de sensibilidade política para o enfrentamento de emergências humanitárias de saúde – se comparada ao Brasil, a epidemia do vírus Zika teve outras proporções no país, quanto ao impacto na saúde mental das mulheres grávidas e infectadas pelo vírus, e na proteção de outros direitos fundamentais, em 2016.⁵³

42. A demanda de aborto alcançou a Corte Constitucional colombiana em 2005, 1 ano depois que o Supremo Tribunal Federal do Brasil havia iniciado a primeira revisão constitucional da questão do aborto na América Latina e no Caribe, após mais de 30 anos de deflagração da reflexão constitucional internacional. A ADPF 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) e questionava o STF sobre a

⁵⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. Demandante: Mónica del Pilar Roa López e outros. Ponentes: Magistrados Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernandez. Bogotá, D.C., 10 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

⁵¹ Noventa e sete por cento das mulheres em idade reprodutiva da América Latina e Caribe vivem em países onde o acesso ao aborto é restrito por lei. No Chile, na República Dominicana, em El Salvador, no Haiti, em Honduras, na Nicarágua e no Suriname a proibição legal ao aborto não tem qualquer exceção, nem mesmo para salvar a vida da mulher ou em caso de estupro (SEDGH, Gilda. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. *The Lancet*, v. 388, n. 10041, p. 258-267, maio 2016. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)30380-4/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)30380-4/abstract)>. Acesso em: 26 fev. 2017).

⁵² Para uma compreensão do processo argumentativo do caso, *vide* ROA, Mónica. From constitutional court success to reality: issues and challenges in the implementation of the new abortion law in Colombia. *IDS Bulletin*, v. 39, n. 3, p. 83–87, 2008. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1759-5436.2008.tb00466.x/pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁵³ (MCNEIL, Donald; COBB, Julia Symmes. Colombia is hit hard by Zika, but not by microcephaly. *The New York Times*, New York, 01 nov. 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/11/01/health/colombia-zika-microcephaly.html?emc=eta1&_r=0>. Acesso em: 10 fev. 2017). (GONZÁLEZ-VÉLEZ, Ana Cristina. Comment on the article by Baum *et al.* *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, n. 5, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000500606>. Acesso em: 10 fev. 2017).

atipicidade do aborto em caso de anencefalia no feto, isto é, em um quadro grave de malformação fetal em que não haveria possibilidade de sobrevivência extrauterina.⁵⁴

43. O tema da ADPF 54 não era totalmente novo para o STF: em 2003, chegou à Corte o HC 84.025, em favor de uma jovem mulher grávida de feto com anencefalia. Em Plenário, a Corte julgou prejudicado o pedido devido ao óbito da recém-nascida. A Corte foi informada enquanto procedia ao julgamento, já tendo sido proferido o voto favorável do então Relator Ministro Joaquim Barbosa. Ministro Celso de Mello também se pronunciou:

O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de autoritária restrição à esfera de livre-arbítrio e de autodeterminação das pessoas, que hão de ser essencialmente livres na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste a mulher, seja o controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere o controle sobre a sua própria fecundidade.⁵⁵

44. A Suprema Corte brasileira concedeu uma liminar na ADPF 54, em julho de 2004, para garantir às mulheres o direito de decidir pela interrupção da gestação de fetos anencefálicos, mas a decisão foi cancelada por se considerar necessário um julgamento prévio sobre o cabimento de ADPF para a demanda. Foram necessários quase 8 anos para que o STF julgasse a constitucionalidade do aborto em caso de anencefalia, em 2012, e a tal ponto a discussão foi considerada um “caso difícil” que a primeira audiência pública da história da Corte foi convocada.⁵⁶ Ministro Carlos Ayres Britto assim resumiu os desafios da Corte diante do caso:

O conjunto normativo penal que apõe na voluntária interrupção da gravidez a tarja da delitividade – sobre duas específicas excludentes de pena – exprime um querer legislado que se me afigura um ato do poder público [...] regulador de matéria – essa matéria da anencefalia fetal – permanentemente aberta aos mais acirrados conflitos de opinião; conflitos tanto jurídico-penais

⁵⁴ DINIZ, Debora. A arquitetura de uma ação em três atos – anencefalia no STF. *Revista Direito UnB*, v. 2, n. 2, p. 161-183, 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/77>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁵⁵ Voto de Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 25 fev. 2017).

⁵⁶ As audiências públicas para a ADPF 54 foram primeiro convocadas, porém realizadas depois das relativas à ADI 3.510.

e constitucionais quanto filosóficos e religiosos, além de médicos, evidentemente.⁵⁷

45. Entre a propositura da ADPF 54 e a decisão final, a ADI 3.510 alcançou a Suprema Corte brasileira: a Procuradoria-Geral da República questionava a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, que autorizava a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida. A tese da ação era clara: “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação” e por isso o artigo da Lei questionada feriria “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.⁵⁸ Ou seja, o questionamento de constitucionalidade da Lei de Biossegurança, como ficou conhecida, demandava ao STF a explicitação de quando a vida humana teria início, para uma derivada imputação da inviolabilidade do direito à vida do embrião congelado, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

46. Como se observou no ajuizamento da ADI 3.510, a pretensão de definição jurídica do momento de início da vida humana ou de início de proteção ao direito à vida buscava conferir caráter absoluto à definição. A iniciativa destoa da experiência regional de interpretação e aplicação dos instrumentos de proteção a direitos humanos. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica) estabelece 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” (artigo 4) [sem grifos no original].⁵⁹ Em 2012, a Corte Interamericana de

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017..

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017.

⁵⁹ Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao analisar a questão do aborto, explicita como ser recepcionado tal artigo: “Signatário do Pacto de São José de Costa Rica, que faz conter aquele ditame, poderia parecer, inicialmente, que teria havido, em razão daquela aquiescência com a norma internacional, a opção constitucional pela garantia do direito à vida desde a concepção. Aquela Declaração, contudo, flexibiliza o quanto dito pela locução em geral. Ou seja, há quase que uma vontade de que os ordenamentos de cada Estado optem pela proteção do direito à vida desde a concepção, sem que tanto signifique uma definição estabelecida já naquele ato” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 158).

Direitos Humanos (Corte IDH) condenou a Costa Rica por proibir fertilização *in vitro* – que envolve possibilidade de perda embrionária – em nome da proteção do direito à vida desde a concepção.

47. A Corte IDH entendeu que a proibição da Costa Rica resultou em interferência excessiva e arbitrária nos direitos de seus cidadãos à integridade, liberdade, vida privada, autonomia reprodutiva, acesso a serviços de saúde reprodutiva e planejamento familiar. Ao fazê-lo, a Corte IDH afirmou que a proteção de direito à vida “em geral, desde o momento da concepção”, tal como previsto no Pacto de São José da Costa Rica, não autoriza a equiparação de um embrião a uma pessoa e que a proteção à vida tem que ser gradual, de forma a ser compatível com a realização 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 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 nela. [...] Portanto, a Corte conclui que o objetivo e fim da cláusula “em geral” do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos. [...] *A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana.*⁶⁰ [sem grifos no original]

48. A Suprema Corte brasileira tem, assim como a experiência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assumido um caminho sólido e coerente na interpretação da proteção gradual ao desenvolvimento fetal pelo direito comum. Ao julgar a ADI 3.510 e aprovar a constitucionalidade da pesquisa com embriões, o STF afirmou que a Constituição Federal não estabelece quando a vida humana tem início, sendo esta uma questão externa para o enfrentamento da constitucionalidade da pesquisa com embriões humanos. O mais significativo da recusa do STF em responder à inquietação extrajurídica do então Procurador-

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2017.

Geral da República, Claudio Fonteles, foi o percurso argumentativo traçado pelos votos dos Ministros ao demonstrar que não haveria como se imputar direitos fundamentais ao embrião. *O estatuto de pessoa só seria reconhecido após nascimento com vida*, como se segue da ementa do acórdão:

E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com timbre de fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar) [...] A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana e a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana [...] O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. *Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.*⁶¹ [sem grifos no original]

49. A ADI 3.510 antecipou-se ao julgamento da ADPF 54, mas não foi sem razão: por um lado, havia um senso histórico de urgência pela agenda promissora da pesquisa científica no país; por outro, mesmo incitando reflexões significativas sobre a origem da vida humana, não se provocava claramente o STF com a questão do aborto. Coube ao Ministro Marco Aurélio Mello a construção da ponte argumentativa entre o que, no futuro da Corte, aproximaria a ADI 3.510 da ADPF 54, pois assentou não ser suficiente a existência de criatura humana em desenvolvimento para a presunção de direitos fundamentais, como o direito à vida, pois é no nascimento com potência de sobrevida que deve repousar o marco para a personalidade jurídica:

A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente.⁶²

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017.

⁶² Ministro Marco Aurélio Mello ainda percorre as indicações do Código Penal – para salvar a vida da gestante e em caso de estupro – para demonstrar a falsa presunção de que haveria a prevalência da tese concepcionista na Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*,

50. Foi na ADPF 54 que a Suprema Corte brasileira verdadeiramente se movimentou para a primeira análise de constitucionalidade dos efeitos da criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940. O enfrentamento na ADI 3.510 do critério no nascimento com vida para a imputação de direitos fundamentais permitiu à Corte um acúmulo interpretativo sólido para o enfrentamento da questão da anencefalia, em que o quadro fático da malformação levava a uma interpretação de atipicidade do aborto nesse caso. Coube à Ministra Rosa Weber uma leitura constitucional do Direito Penal, ao proferir o voto favorável na ADPF 54:

Vê-se, claramente, que os graus de reprovabilidade são diferentes e que a situação da mãe ou gestante é levada em consideração. Praticar o infanticídio não gera penas tão graves quanto cometer um homicídio, que, por sua vez, é punível de forma mais exasperada do que a prática de um aborto. Ainda, é de se considerar que a lesão corporal grave tem uma pena máxima maior do que a do aborto. Também é importante frisar que o aborto provocado sem o consentimento da gestante tem pena de 3 a 10 anos, bem inferior à de homicídio. Assim, para fins de valoração da reprovabilidade, espera-se menos da relação da gestante e da sociedade com o feto do que na relação entre dois indivíduos já totalmente formados organicamente no que tange à proteção da vida e do direito à plenitude da integridade física como bens jurídicos. Lembrese, ademais, que o estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Fica evidente que, para o direito penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto [...] O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteção, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe [...] A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. *E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida.*⁶³ [sem grifos no original]

Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017).

⁶³ Voto da Ministra Rosa Weber. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

Apesar do tímido impacto demográfico da decisão, pois a gravidez de um feto anencefálico é um evento raro na medicina, foi um resultado significativo para a consolidação de um percurso principiológico desta Corte para a interpretação dos direitos reprodutivos das mulheres como uma questão constitucional de garantias fundamentais.

51. Em novembro de 2016, houve julgamento do HC 124.306 pela Primeira Turma do STF. O caso dizia respeito à prisão preventiva de funcionários de uma clínica clandestina de aborto localizada no Rio de Janeiro. A Primeira Turma entendeu que estavam ausentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar e, portanto, determinou a soltura dos pacientes. Além disso, a maioria da Turma seguiu um voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso que incidentalmente (e sem eficácia contra todos e efeito vinculante) concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos 3 primeiros meses de gestação, por ser medida legal desproporcional que viola direitos fundamentais das mulheres, incluindo direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade. Seguindo argumentação consolidada na ADI 3.510 e na ADPF 54, Ministro Barroso afirmou:

O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.⁶⁴

52. A presente ADPF deve, portanto, ser entendida como resultado de um processo cumulativo, consistente e coerente desta Suprema Corte no enfrentamento da questão do aborto como uma matéria de direitos fundamentais: na ADI 3.510, a Corte superou a pergunta sobre o início da vida como condição de possibilidade para a constitucionalidade da pesquisa com embriões e fundamentou a interpretação de que não há como se imputar aos embriões o estatuto de pessoa ou mesmo o caráter absoluto do direito à vida; na ADPF 54, a Corte alinhou-se a tendências de cortes internacionais no enfrentamento da questão do aborto por causais,⁶⁵ além de reafirmar a interpretação de que não há direito absoluto em nosso ordenamento

⁶⁴ Ementa do voto-vista vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017).

⁶⁵ A decisão da ADPF 54 foi de atipicidade exclusivamente para a situação fática da anencefalia, mas com um percurso argumentativo que se aproxima do debate do aborto por causais.

constitucional.⁶⁶ No HC 124.306, a maioria da Primeira Turma do STF interpretou a questão do aborto como decisão reprodutiva moralmente razoável das mulheres, cuja criminalização viola seus direitos fundamentais. É, portanto, na compreensão do direito como integridade, nos sentidos horizontal e vertical propostos por Dworkin, que esta ADPF demonstra a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil.

53. Este é novamente o papel urgente reclamado a esta Corte, o da função de proteção de grupos vulneráveis. Ao analisar o tema da criminalização do aborto e a missão do direito constitucional com a realização da justiça, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha afirmou que: “O direito constitucional brasileiro permite, pelos seus termos, seja o assunto socialmente debatido e sobre ele concluído não mais pela simples aplicação da norma penal (que, enquanto prevalece há de ser aplicada, como é óbvio), mas a fim de que se conclua se ela atende, mais de 60 anos depois de sua promulgação, aos anseios da sociedade brasileira.”⁶⁷

54. Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 54, assim descreveu o relevante papel do STF ao reconhecer o direito das mulheres em interromper a gestação em caso de anencefalia no feto:

desempenhar no plano da jurisdição das liberdades, o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger grupos vulneráveis contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Põe-se em relevo, desse modo, a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado democrático de direito.⁶⁸

⁶⁶ O que por vezes se descrevem como direitos fundamentais absolutos só pode se referir a uma ordem máxima de hierarquia jurídica a orientar a ação estatal, mas não à imposição dogmática de uma pretensão de proteção jurídica sobre todas as demais. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam: “Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Prieto Sanchis noticia a afirmação de que ‘não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos’. Iguamente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações ‘que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros’ (art. 18 da Convenção de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, da ONU). A leitura da Constituição Brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240-241.).

⁶⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 164.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%20F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

55. Isso não significa, prosseguiu Ministro Celso de Mello, ignorar o princípio majoritário⁶⁹, mas respeitá-lo:

não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de Direito.⁷⁰

Não é pela representação política que a Corte assenta a legitimidade de suas decisões, mas pela *representação argumentativa* do cidadão, pois, como sustenta Robert Alexy, “O princípio fundamental: ‘Todo o poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional, argumentativamente.”⁷¹ É na representação argumentativa da ordem democrática que o STF já enfrentou “questões difíceis” vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana para a garantia de projetos de vida plurais e razoáveis, como foi a demanda por união civil entre pessoas do mesmo sexo, ADPF 132.⁷² Na última década, esta Corte

⁶⁹ Sobre o papel contramajoritário das cortes, afirma Luigi Ferrajoli: “É nesta sujeição do juiz à Constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes” (FERRAJOLI, Luigi. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101-102).

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

⁷¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradutor: Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, v. 217, 1999. p. 66. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/0>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 198, out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

sedimentou-se como instância de reflexão do processo político, segundo os termos de Alexy, ou na expressão de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, como instância para “a pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório mais elevado”.⁷³

56. No julgamento da ADI 3.510, Ministro Gilmar Mendes, também fundamentado nesta compreensão de Alexy, assentou a interpretação que deve prevalecer para o papel da Corte de representação argumentativa democrática:

a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.⁷⁴

Para sustentar a “exemplar desenvoltura” com que o STF tem enfrentado as questões difíceis, Ministro Gilmar Mendes lembrou o caso *Roe v. Wade* como confronto argumentativo que não causou “ruptura do ponto de vista institucional e democrático”. Ao enfrentar estes casos, a Suprema Corte demonstra ser também “a Casa do povo, tal qual o parlamento”, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes.⁷⁵

4. A TESE DA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À CIDADANIA E À NÃO DISCRIMINAÇÃO DAS MULHERES PELA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E SEU IMPACTO NOS DIREITOS À VIDA, À LIBERDADE, À IGUALDADE, À PROIBIÇÃO DE TORTURA, À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

57. O preceito fundamental “dignidade da pessoa humana” é também descrito como “dignidade da pessoa” ou simplesmente “dignidade”. O respeito ao complexo sintagma constitucional não deve ser abandonado – não é a dignidade de qualquer criatura a que a

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 716-718.

⁷⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017.

⁷⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017.

Constituição Federal se refere, mas a da *pessoa humana*. É certo ainda que o caráter essencial da dignidade está dado tanto pela sua ordem lexical entre os preceitos fundamentais quanto pelo percurso histórico e transconstitucional da dignidade como um valor e princípio para pacificação de casos difíceis.

58. Não há preceitos absolutos em nosso ordenamento constitucional. Afirmar a anterioridade lexical e o caráter essencial do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana não é o mesmo que afirmar seu caráter absoluto ou autônomo frente a outros preceitos. Se há algo de primordial no preceito da dignidade da pessoa humana é seu estatuto constitucional como fundamento da República (CF, art. 1º, inciso III), além de sua potência compreensiva para interpretar outros direitos constitucionais, ou seja, ser também fonte para a interpretação de outros princípios constitucionais, o que Jürgen Habermas descreveu como “função catalizadora” da dignidade.⁷⁶

59. Dignidade é um princípio moral largamente compartilhado, muito embora seu conteúdo substantivo, quando refletido em casos concretos, não facilite sua compreensão como um preceito. Habermas, no entanto, sustenta que é “a garantia dos direitos humanos o que origina o status de cidadãos a quem, como sujeitos de direitos iguais, podem invocar serem respeitados em sua dignidade humana”. Por isso, afirma o caráter revelador da dignidade para a derivação de outros direitos fundamentais: “a dignidade humana conforma o ‘portal’ por meio do qual a substância igualitarista e universalista da moralidade é importada para a lei”.⁷⁷

60. Dignidade da pessoa humana foi princípio de fundamento convocado para o enfrentamento da questão do aborto em diferentes cortes constitucionais internacionais, entre elas França, 1975; Canadá, 1988; Alemanha, 1993; África do Sul, 2004; Colômbia, 2006; Cidade do México (Distrito Federal do México), 2008. Nessas decisões, dignidade é um conceito polissêmico, ora com marcas de confessionalidade religiosa, ora interpretado à luz de outros princípios, sendo as sobreposições mais comuns, à luz dos direitos humanos, com a autonomia, igualdade e vida.⁷⁸

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, p. 464-480, jul. 2010. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9973.2010.01648.x/abstract>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, p. 464-480, jul. 2010. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9973.2010.01648.x/abstract>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁷⁸ SIEGEL, Reva B. Dignity and sexuality: claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage. *I.CON*, v. 10, n. 2, p. 355-379, 2012. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_DignitySexuality.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2017.

61. Em uma tentativa de sistematizar o conteúdo do preceito para o julgamento da razoabilidade de questões constitucionais controversas, Ministro Luís Roberto Barroso propôs um “conteúdo essencial mínimo” para a dignidade: valor intrínseco; autonomia; valor comunitário. Por um percurso semelhante, porém com maior centralidade aos elementos do valor intrínseco, da autonomia, da cidadania e da solidariedade, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha perseguiu a tessitura do princípio da dignidade humana, da vida digna e da existência digna para a constitucionalidade de casos difíceis, como o aborto e a eutanásia: “a dignidade como princípio constitucional é de toda a existência, não apenas do viver humano”.⁷⁹ Ao percorrer dois pares de dimensões da dignidade da pessoa humana – valor intrínseco e pessoa constitucional; autonomia e cidadania –, será demonstrada como a criminalização do aborto viola a dignidade da pessoa humana das mulheres.

62. As dimensões da dignidade encontram eco na asserção de Habermas de que “a dignidade humana significa um conceito normativo substantivo, a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as condições em que a dignidade humana é violada”;⁸⁰ não é apenas uma fórmula vazia para agrupar direitos fundamentais pouco relacionados entre si: *i*. Valor intrínseco é “ter valor simplesmente porque se é humano”,⁸¹ ou o reconhecimento de que “a humanidade tem uma dignidade contida na ética da espécie”.⁸² Valor intrínseco e pessoa constitucional são dois elementos da dignidade da pessoa humana; *ii*. Autonomia “é o elemento ético da dignidade humana”, cuja noção central é a autodeterminação.⁸³ A autonomia convoca outros princípios constitucionais, como a cidadania,

⁷⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 26.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, p. 466, jul. 2010. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9973.2010.01648.x/abstract>>. Acesso em 26 fev. 2017.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017.

⁸² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 32.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017.

para a oferecer concretude ao sentido vivido da dignidade, pois “a dignidade da vida humana somente pode ser pensada a partir do espaço de liberdade e autonomia que um ser pode experimentar”.⁸⁴

4.1.1 VALOR INTRÍNSECO – PESSOA CONSTITUCIONAL

63. O valor intrínseco do humano anima o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.⁸⁵ O pertencimento à espécie confere um estatuto moral e jurídico diferenciado às criaturas humanas quando comparado às outras criaturas biológicas. Reconhecer valor intrínseco no pertencimento à espécie humana não é o mesmo que designar todas as criaturas humanas como pessoas constitucionais e, conseqüentemente, a elas conferir direitos e proteções fundamentais.

64. O entendimento do complexo sintagma constitucional “dignidade da pessoa humana” exige maior complexificação analítica do que simplesmente o pertencimento à espécie para os efeitos protetivos e garantidores do princípio constitucional. É certo que somente os humanos recebem o estatuto de *pessoa* para a Constituição Federal. Ao demonstrar o recorte primário da figuração de quem seria protegido pela assunção do “portal”⁸⁶ dignidade da pessoa humana como um preceito – isto é, somente humanos –, surge uma segunda camada

John Martin Fischer é um dos autores que sustenta ser a autodeterminação um direito “mais básico” do que o de voluntariedade em matéria de aborto (FISCHER, John Martin. Abortion and self-determination. *Journal of Social Philosophy*, v. 22, n. 2, p. 5-11, set. 1991. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9833.1991.tb00032.x/pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017). Essa não é uma diferença menor quanto às implicações éticas: o estupro envolve um ato sexual violento que ignora a agência das mulheres – há uma violação da vontade para o ato sexual que pode resultar em uma gravidez. No caso do aborto por relação sexual consentida, mesmo que a vontade para o exercício da sexualidade tenha estado presente, é sobre a autodeterminação do projeto de vida que a proibição do aborto provoca conseqüências injustas. Ou seja, o que deve traçar a fronteira entre as situações fáticas do aborto não é apenas se o ato sexual foi violento ou consentido, tal como hoje determina o Código Penal brasileiro, mas como o elemento da autonomia como autodeterminação é violado pelo dever da gravidez compulsória.

⁸⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 148.

⁸⁵ Daryl Pullman não se refere a núcleo essencial ao mencionar o valor intrínseco do humano, mas considera suficiente ser um representante da espécie humana para a assunção da dignidade. Para Pullman, no entanto, o reconhecimento da dignidade não garante a postulação de direitos às criaturas humanas (PULLMAN, Daryl. Human non-persons, feticide, and the erosion of dignity. *Bioethical Inquiry*, v. 7, p. 353-364, 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2993895/pdf/11673_2010_Article_9257.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017).

⁸⁶ Portal é um termo de Habermas (HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, p. 464-480, jul. 2010. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9973.2010.01648.x/abstract>>. Acesso em: 26 fev. 2017).

de entendimento: somente humanos podem ser qualificados como *peçoas constitucionais*. Não basta o pertencimento à espécie humana, isto é, o valor intrínseco do humano, mas o estatuto de “pessoa humana” para a imputação de direitos fundamentais. O voto do Ministro Marco Aurélio Melo na ADPF 54, em referência à ADI 3.510, é elucidativo dessa compreensão:

[...] este Supremo Tribunal proclamou [na ADI 3.510] que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁸⁷”

65. O conceito *pessoa constitucional* não é de simples pacificação – se, por um lado, não há questionamento sobre o estatuto jurídico das mulheres como pessoas para o ordenamento constitucional, por outro, há quem reivindique igual estatuto para embriões ou fetos em desenvolvimento no útero. Ao se presumir igual estatuto de pessoa constitucional para mulheres e embriões ou fetos, suporia-se um conflito entre quais direitos priorizar, pois a questão do aborto organiza-se a partir da materialidade da *duplicidade na unidade*:⁸⁸ a condição existencial do embrião ou feto é ontologicamente dependente da integridade física e mental da mulher que o gesta. Não há controvérsia jurídica sobre o reconhecimento do estatuto de pessoa constitucional a recém-nascidos, crianças, adolescentes, adultos ou idosos, em qualquer circunstância de vivência do corpo, dependência, deficiência ou envelhecimento.⁸⁹ Assim,

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. *Revista do ICP (Instituto de Ciências Penais)*, v. 1, p.19-86, 2006. Disponível em: <<http://www.unifio.br/files/AbortoAlbertoSilvaFranco.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

Essa alegoria apareceu na decisão da Corte Constitucional alemã em *Aborto II*, de 1993, na tradução oficial da Corte para o inglês sob o termo de “*joined twosomeness*”. Foi utilizada para descrever, ao mesmo tempo, a dependência ontológica do feto à mulher como base do suposto conflito de direitos, mas também para argumentar, segundo alguns ministros, que “a dependência singular à mãe parece justificar a visão de que o Estado tem melhor chance de proteger [o feto] quando trabalha junto com a mãe” – argumentação que confirmou a ênfase em medidas não penais no início da gestação, em lugar da incidência da lei penal no início da gestação (GERMANY. Federal Constitutional Court. 2 Bvf 2/90 – Abortion II. [Karlsruhe], 28 maio 1993. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html>. Acesso em: 2 fev. 2017). Esse foi caminho seguido também pela Corte Constitucional portuguesa, que retomou o termo da Corte alemã em tradução ao português como “dualidade na unidade”, o qual descreve a relação peculiar entre feto e mulher, que, no entanto, não permanece estática durante todo o período da gestação e, em seu início, exige a preponderância da proteção aos direitos da mulher (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 75/2010. Processos nº 733/07 e 1186/07. *Diário da República*, 2ª série, nº 60, 26 de março de 2010: 15581. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/2670436>>. Acesso em: 11 fev. 2017).

⁸⁹ O estatuto de pessoa constitucional não faz distinções, evidentemente, baseadas em impedimentos corporais, físicos, mentais, sensoriais ou intelectuais das pessoas humanas. A proteção dos direitos de pessoas com deficiência é um dos objetivos constitucionais da assistência social (CF, art. 203, inciso IV). A Convenção

depreende-se que afirmar o valor intrínseco do humano no embrião ou feto não é o mesmo que afirmar o estatuto de pessoa constitucional. Uma leitura sistemática da Constituição Federal e de decisões recentes desta Suprema Corte, notadamente na ADI 3.510 e na ADPF 54, demonstram que *o estatuto de pessoa constitucional inicia-se no nascimento com potência de sobrevida, mesmo com auxílio de complexas tecnologias biomédicas.*⁹⁰

66. Ministro Marco Aurélio Mello, no voto relator na ADPF 54, explicitou as razões de a interrupção da gestação em caso de anencefalia ser fato atípico. A ausência de iminência de potência de sobrevida do feto fora do útero permitiu demonstrar como a fertilização não é condição suficiente para a imputação de direitos fundamentais ao embrião ou feto, pois o critério da viabilidade da sobrevivência extrauterina seria decisivo para o entendimento da questão:

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se

Internacional sobre Direitos de Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil com natureza de norma constitucional, estabelece no artigo 10 que “todo ser humano tem o inerente direito à vida e [os Estados-Partes] tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial* [da União], Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017).

⁹⁰ Não é por coincidência que Dworkin aproximou aborto e eutanásia como limites da vida e questões provocadoras sobre a revisão constitucional das liberdades individuais. Da mesma forma, as pessoas constitucionais ao reclamarem o direito de deliberar sobre a própria morte o fazem em nome de um senso ético e jurídico de dignidade e pela vivência da cidadania. Ao se confrontar com a pergunta de se um feto seria equiparável à pessoa constitucional, a resposta de Dworkin se moveu por propriedades morais relevantes que uma criatura precisa ter para a assunção do estatuto de pessoa constitucional: “interesses, inclusive o interesse de continuar vivo, e direitos que protejam esses interesses” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 32). Pullman é igualmente categórico, “para os fins de nosso argumento, supomos que os fetos não são pessoas em nenhum sentido consistente em nenhum momento da gestação” (PULLMAN, Daryl. Human non-persons, feticide, and the erosion of dignity. *Bioethical Inquiry*, n. 7, 2010. p. 354). Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2993895/pdf/11673_2010_Article_9257.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017).

trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.⁹¹

O voto foi seguido pelos Ministros Ayres Britto, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Rosa Weber quanto à menção à ausência de viabilidade extrauterina como um demarcador de ausência de vida ser um bem jurídico a ser protegido em caso de confronto com os direitos da mulher. Se, por um lado, há muitos marcos pelos quais o início da vida pode ser interpretado à luz das ciências biológicas – nenhum deles reconhecido pelo ordenamento constitucional como definidor da ontologia da vida para a imputabilidade de direitos fundamentais –, por outro, viabilidade foi o critério demarcador para o caráter de atipicidade do aborto.

67. Um amadurecimento jurisprudencial desta Suprema Corte na ADI 3.510 e ADPF 54 levou à densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que embrião ou feto é criatura humana com valor intrínseco, mas sem o estatuto de pessoa constitucional – por isso, sua proteção é infraconstitucional.⁹² Embriões e fetos humanos pertencem à espécie humana, podendo se referenciar a eles demandas concretizáveis com o nascimento, como o de futuros direitos patrimoniais.⁹³ Diante do tema, Ministra Cármen Lúcia

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

⁹² Esse entendimento está presente na jurisprudência da Corte Constitucional portuguesa desde o Acórdão nº 85/1985, em que se julgou a constitucionalidade da lei vigente à época, a qual regulava o direito ao aborto por causais: “Só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito –, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’, não vale directamente e de pleno direito para a vida intra-uterina e para os nascituros. [...] A verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.” Esse é um entendimento retomado na decisão do Acórdão nº 75/2010, a última decisão da Corte portuguesa sobre o tema (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 85/1985. Processo nº 95/84. *Diário da República*, 2ª série, 25 de junho de 1985. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/21543/acordao-85-85-de-25-de-junho>>. Acesso em: 23 fev. 2017). A Corte Constitucional da Eslováquia, em 2007, também decidiu em mesmo sentido ao considerar que “de acordo com a Constituição, o nascituro não é um sujeito de direito a quem o direito fundamental à vida, nos termos do artigo 15, sec. 1, primeira sentença, da Constituição, pertence. O nascituro pode, no entanto, tornar-se um sujeito de direito *ex tunc* e, portanto, também ser detentor de direitos fundamentais *ex tunc*, mas sob a condição de que nasça vivo” (SLOVENSKEJ REPUBLIKY. Ústavný Súd. nº 1. ÚS 12/01. 4 dec. 2007. Disponível em: <https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/992296/1_07a.pdf/88e635ba-300a-4cf3-a71b-99ecfe2c8e54>. Acesso em: 23 fev. 2017).

⁹³ O Código Civil estabelece que o nascituro tem direito a receber doações (art. 542) e a suceder (art. 1.798), por exemplo. O exercício desses direitos só tem início, no entanto, com o nascimento com vida (art. 2º). Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha faz uma crítica precisa às pretensões de civilistas de imputar direitos fundamentais ao embrião ou ao feto: “O argumento é falho, porque não se há confundir os direitos do nascituro, que se protegem, retrotraindo os efeitos de atos e fatos anteriores ao nascimento, com os direitos que se titularizam quando sequer há condições de identificar ou autonomizar uma vontade que poderia vir a ser considerada inerente ao embrião ou feto” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios

Antunes Rocha enfrenta as mesmas questões e indaga acertadamente se a abrangência do conceito de pessoa constitucional é suficiente para abordar a matéria: “É de se afastar, portanto, a circunstância de ser, ou não, o embrião ou feto pessoa juridicamente reconhecida ou reconhecível para os fins de se observar a questão do aborto, pois, se a solução para a aceitação ou recusa ao processo de interrupção da gravidez dependesse daquele dado, o tema seria solvido, exclusivamente, pela legislação de cada Estado sem qualquer fundamentação nos valores sociais ou nos princípios constitucionais estabelecidos quanto ao direito à vida digna”.⁹⁴ De fato, não se pretende solucionar a questão do aborto apenas pela conclusão de que não se reconhece o estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Essa é uma das peças para a compreensão da inconstitucionalidade da criminalização do aborto, e é preciso enfrentar as outras dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente a cidadania e autonomia, conforme se verá a seguir.

4.1.2 AUTONOMIA – CIDADANIA DAS MULHERES

68. Outra dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana é a autonomia, que, nos termos de Barroso, “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”.⁹⁵ Um conjunto amplo de direitos estão em cadeia a ela concatenados, tais como o direito de liberdade de expressão, liberdade de crença, planejamento familiar e os direitos sexuais e reprodutivos. Na questão do aborto, a autonomia é a proteção à intimidade moral de cada mulher sobre sua vida reprodutiva, isto é, o reconhecimento de sua capacidade ética de guiar-se por seu projeto de vida individual. Na tradição constitucional dos Estados Unidos, por exemplo, *autonomia* possui um forte componente de privacidade, sendo essa a principal dimensão jurídica que fundamentou a decisão de *Roe v. Wade*: “o direito à

científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 158).

⁹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 146.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017.

privacidade [...] é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez”.⁹⁶

69. A autonomia está diretamente vinculada, na Constituição Federal, ao preceito fundamental da cidadania: por um lado, ter garantias políticas e sociais para estar livre de discriminação, opressão, maus tratos ou tortura; por outro lado, ter protegida a vulnerabilidade existencial para a vida em igualdade. Segundo Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, é na interseção entre dignidade, autonomia e cidadania que o sentido de condição ou existência digna passa a receber conteúdo concreto: “todos e cada um dos homens, todos e cada qual dos povos têm o direito de ver respeitada a sua condição digna, que somente se põe pela garantia do seu direito à liberdade (à autonomia para a tomada de decisões e à soberania para a escolha das políticas estatais) e do seu direito de ser igualmente respeitado sem diferenciações que subestimem ou menosprezem quaisquer seres ou povos”.⁹⁷

70. *Dignidade da pessoa humana das mulheres e cidadania* informam como interpretar o direito à autonomia no caso concreto do aborto. Os indivíduos não existem em condições abstratas. Suas escolhas são sempre feitas em contextos sociais dados e suas motivações são também informadas pelas condições concretas em que vivem. A proteção da autonomia como autodeterminação exige a garantia das condições sociais para a sua realização como projeto de vida: por isso autonomia é tanto a capacidade individual de se autodeterminar quanto as oportunidades, condições e proteções para o exercício da autodeterminação. É do encontro da autonomia privada com os direitos à igualdade e não discriminação que a vida digna cidadã das mulheres pode ser protegida.⁹⁸

71. Cidadania é ter as condições de possibilidade para a vida com dignidade, pois, como sustenta Flávia Biroli, “as escolhas não se dão de maneira isolada das relações de poder”.⁹⁹ Em termos estritamente ontológicos, as pessoas constitucionais nascem em situação

⁹⁶ UNITED STATES. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 US 113. Washington, D.C., 22 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

⁹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 45.

⁹⁸ Flávia Biroli argumenta que é “na atuação dos movimentos feministas que a agenda da reprodução e da sexualidade seria politizada e associada à autonomia e cidadania das mulheres” (BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). *Aborto e democracia*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 21). Na conclusão do artigo, Biroli explicita: “assumo uma posição clara a favor do direito ao aborto como um direito de cidadania”.

⁹⁹ BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). *Aborto e democracia*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 32.

de vulnerabilidade existencial – todas dependem das políticas públicas e sociais, das redes de afeto e sociabilidade, do reconhecimento e segurança, para o desenvolvimento adequado ou mesmo a sobrevivência. Demandas decorrentes da vulnerabilidade existencial das pessoas constitucionais são reconhecidas como justas e promovidas pelas políticas de bem-estar social. Essas demandas variam conforme a vivência concreta das pessoas. Porque somente mulheres engravidam, o direito ao aborto é uma condição de possibilidade para o exercício da cidadania de cada mulher.

72. Não importam as concepções de bem íntimas a cada mulher; direito ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida. Projeto de vida é ter condições sociais e políticas para dar sentido à própria existência, em respeito à ordem constitucional vigente:¹⁰⁰ o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres é um núcleo essencial do projeto de vida para as mulheres. Mesmo que, por convicções privadas, uma mulher não venha a realizar um aborto, a oferta descriminalizada do serviço de saúde é um ato de neutralidade do Estado em questões morais.¹⁰¹ A gravidez coercitiva, isto é, a “maternidade compulsória”, nos termos de Siegel, representa um regime injusto de controle punitivo com potenciais efeitos disruptivos ao projeto de vida das mulheres.¹⁰²

73. Assim como não há o indivíduo típico para a garantia do justo em uma ordem constitucional, também não há a mulher típica para quem a descriminalização do aborto é uma condição para a vivência cidadã. Segundo Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, os efeitos da criminalização do aborto espelham a desigualdade de renda da sociedade brasileira: “mulheres pobres, sem informação sobre procriação, sem condição alguma de assumir,

¹⁰⁰ Projeto de vida se desenvolve da interseção entre concepções privadas de bem e as proteções públicas para o justo. O conceito se inspira em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos como *Loayza Tamayo vs. Peru* e *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, nos quais questões variam de violência estatal (detenção ilegal, tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes) à violação de intimidade de orientação sexual e de escolhas reprodutivas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Loyaza Tamayo vs. Peru* Sentencia de 27 de noviembre de 1998 [Reparaciones y Costas]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2017. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Artavia Murillo e outros* [“Fecundação in vitro”] vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012 [exceções preliminares, mérito, reparações e custas]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2017).

¹⁰¹ Rebecca Cook analisa o papel do estigma e dos estereótipos de gênero para a criminalização do aborto: o estigma da mulher que aborta como violadora da essência do feminino ou mesmo a criação da categoria moral “aborto” distante de sua classificação como um ato médico de saúde reprodutiva (COOK, Rebecca J. Stigmatized meanings of criminal abortion law. In: COOK, Rebecca J. *et al* (Orgs.) *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 347-369).

¹⁰² SIEGEL, Reva. Reasoning from the body: a historical perspective on abortion regulation and questions of equal protection. *Stanford Law Review*, v. 44, n. 261, p. 261-381, 1992. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11656213>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

inclusive materialmente, uma criança ou um filho a mais, são levadas a ter de levar a cabo uma gravidez, que nem sempre gostariam de ter de aceitar, mas que procriam por serem que são sujeitas à ordem penal vigente sem qualquer possibilidade de se excluir, como o podem fazer as pessoas com recursos financeiros”.¹⁰³

74. Há números para o que é descrito como um destino injusto das mulheres subordinadas à lei penal no Brasil. Em torno de uma em cada cinco mulheres no Brasil, aos 40 anos, já fez um aborto, mas a experiência é mais frequente e mais intensamente violadora de direitos fundamentais para mulheres pobres, nordestinas, negras e indígenas: 18% das mulheres do nordeste, em contraste com 11% das mulheres do sudeste e 6% do sul já fizeram um aborto na vida; 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto na vida, ao passo que 9% das mulheres brancas o fizeram.¹⁰⁴ Dada a desigualdade de renda, cor e região da sociedade brasileira, as mulheres brancas, de renda mais alta, do sul e sudeste do país exercem sua autodeterminação quanto ao aborto, mesmo em contexto de ilegalidade, seja pelo acesso aos serviços de saúde em outros países ou por métodos clandestinos mais seguros. Se as vantagens de classe favorecem a autodeterminação das mulheres de maior renda,¹⁰⁵ às pobres resta o aborto realizado em condições muito inseguras ou a maternidade compulsória.¹⁰⁶ A criminalização do aborto também tende a ser particularmente disruptiva aos projetos de vida das mulheres jovens: no nordeste brasileiro, por exemplo, a taxa de gravidez na adolescência é

¹⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum. p. 160-161.

¹⁰⁴ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁰⁵ Por ser crime, as histórias de aborto realizado pelas elites na clandestinidade dificilmente se tornam públicas, mas há indícios de como ocorrem. O jornal francês *Le Monde* noticiou em 20 de janeiro de 2016 a história anônima de Silvia (nome fictício), mulher brasileira de 32 anos que realizou um aborto em clínica luxuosa em São Paulo após descobrir-se infectada por zika (GATINOIS, Claire. L'épidémie de Zika relance le débat sur l'avortement au Brésil. *Le Monde*, Paris, 20 jan. 2016. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/01/20/l-epidemie-de-zika-relance-le-debat-sur-l-avortement-au-bresil_4850105_3244.html>. Acesso em: 13 fev. 2017).

¹⁰⁶ A organização sem fins lucrativos Women on Waves (WoW) fornece medicamentos para aborto para mulheres que vivem em países onde o aborto legal não é universalmente acessível. Um estudo realizado com dados da WoW mostrou que, após a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) anunciar, em novembro de 2015, um alerta epidemiológico sobre o vírus Zika na América Latina e a síndrome neurológica fetal por ele causada, as demandas por medicamentos oriundas de sete países latino-americanos com transmissão autóctone de Zika, legislação restritiva quanto ao aborto e recomendações nacionais de que mulheres evitassem engravidar cresceram entre 36%, taxa de El Salvador e 108%, do Brasil (AIKEN, Abigail, R. *et al.* Requests for abortion in Latin America related to concern about Zika virus exposure. *The New England Journal of Medicine*, v. 375, n. 4 p. 396-398, 2016. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMc1605389>>. Acesso em: 4 fev. 2017).

uma das mais altas da América Latina, e a maternidade compulsória tem consequências imediatas para a realização de várias capacidades das mulheres jovens, como escolarização, trabalho e lazer.¹⁰⁷

75. O direito ao aborto é, além de um exercício de autodeterminação, um elemento central da justiça reprodutiva.¹⁰⁸ Nesse sentido, a revisão da legislação punitiva do aborto pode e deve ser acompanhada de garantias de cidadania às mulheres: acesso à informação, educação escolar sobre saúde sexual e reprodutiva, oferta de métodos modernos de contracepção, assistência sociopsicológica após aborto ou parto, equipamentos sociais para o cuidado das crianças e suporte ao retorno das mulheres ao mundo do trabalho. Nesse sentido, o respeito à autonomia no campo reprodutivo tem como uma de suas consequências a redução de gestações

¹⁰⁷ A taxa de fertilidade entre adolescentes de 15 a 19 anos no Brasil é uma das mais altas da América Latina e do Caribe: 67,2 em cada 1.000 adolescentes em 2010 (ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana. Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil. *Aparte Inclusão Social em Debate*, p. 1-33, ago. 2012. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias_demograficas_e_de_familia_24ago12.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017). Em 2014, adolescentes e mulheres jovens com menos de 20 anos deram à luz cerca de 20% das crianças nascidas no Brasil (SCHUCK-PAIM, Cynthia et al. Unintended pregnancies in Brazil: a challenge for the recommendation to delay pregnancy due to Zika. *PLOS Currents Outbreaks*, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://currents.plos.org/outbreaks/article/unintended-pregnancies-in-brazil-a-challenge-for-the-recommendation-to-delay-pregnancy-due-to-zika/>>. Acesso em: 4 fev. 2017). Cor e classe são regimes de poder que também atravessam a maternidade na adolescência e juventude e seus efeitos. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de 2008, mostravam que quase 18% das adolescentes brasileiras do estrato de renda mais baixo eram mães, enquanto no estrato de renda acima de cinco salários mínimos essa proporção não chegava a 1%. Das meninas sem filhos, com idade entre 10 e 17 anos, somente 6% não estudavam; entre as meninas com filhos, esta proporção chegava a 76%, sendo que 58% das meninas com filhos não estudavam nem trabalhavam. Enquanto as meninas de 10 a 17 anos sem filhos dedicavam em média 14 horas semanais aos afazeres domésticos, as meninas da mesma faixa etária que já eram mães despendiam aproximadamente o dobro deste tempo, 28 horas (CASTRO, Jorge Abrahão; AQUINO, Luseni Maria C. de; ANDRADE, Carla Coelho de (Orgs.). *Juventude e políticas sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_juventudepolitica.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017). Os dados sinalizam as dificuldades de conciliação entre educação, mundo do trabalho, regime de cuidados da casa e uso do tempo para adolescentes e jovens que se tornam mães em uma idade com impactos permanentes para projeto de vida condizente com a igualdade e não discriminação entre mulheres e homens.

¹⁰⁸ COOK, Rebecca; Dickens, Bernard. From reproductive choice to reproductive justice. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, v. 106, n. 2, p. 106-109, 2009. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1016/j.ijgo.2009.03.018/pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

A escolha reprodutiva e a autonomia procriativa, ou a autonomia reprodutiva, são dimensões da justiça reprodutiva – entre os dois conceitos há um alargamento do núcleo essencial da autonomia. Se na autonomia o fulcro é o reconhecimento da autodeterminação de cada mulher, na justiça reprodutiva o centro são as garantias sociais para que a autodeterminação se realize. Por isso, a justiça reprodutiva demanda um marco amplo de proteções aos direitos sociais, tais como acesso à informação, ao planejamento familiar, aos equipamentos sociais de cuidado de crianças, além de um consistente e permanente enfrentamento da desigualdade de gênero. Nos termos de Robin West: “As mulheres necessitam do aborto legal não para se protegerem da interferência indevida do Estado, mas para viverem uma vida melhor e mais integrada, tanto em família quanto no trabalho. E para viverem uma vida melhor e mais integrada, elas necessitam ter poder de escolha entre se reproduzir ou não e ter maior apoio em suas obrigações como mãe, da mesma forma como tem o homem com quem venham a se relacionar” [tradução livre] (WEST, Robin. From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights. *Yale Law Journal*, v. 118, n. 7, p. 1394-1432, 2009. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/784_g5k61bm1.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017).

não planejadas e, conseqüentemente, do número de abortos.¹⁰⁹ Siegel assim descreveu uma justa preocupação com a autonomia das mulheres em um marco de justiça reprodutiva: “promove-se uma visão afirmativa e oficialmente transformativa dos valores familiares referentes à liberdade sexual, aos serviços de saúde acessíveis, com a integração de todos aqueles envolvidos nos trabalhos de cuidado nas esferas de cidadania para garantir o compromisso de amparar todas as pessoas que lutam para sustentar e educar sua família”.¹¹⁰

76. Decisões recentes, em particular de cortes que revisaram legislações punitivas sobre aborto na última década, definiram modelos paternalistas de respeito à autonomia cidadã das mulheres: por um lado, descriminalizaram o aborto, conferindo às mulheres o direito de exercer sua autonomia; por outro, impuseram barreiras para o acesso, sob a alegação de serem estas formas de informar e esclarecer as mulheres sobre o significado do aborto. Por trás das barreiras, descritas equivocadamente como proteção à autonomia, há uma presunção de incapacidade das mulheres em identificar sua própria concepção de bem e deliberar sobre os rumos de seu projeto de vida. Siegel demonstrou como “proteger as mulheres pode violar a dignidade delas se a proteção se basear em pressupostos estereotipados sobre a capacidade e os papéis das mulheres”.¹¹¹

¹⁰⁹ Em 2014, a taxa anual média de abortos em países desenvolvidos foi de 27 para cada mil mulheres em idade reprodutiva; nos países em desenvolvimento, foi de 37 para cada mil mulheres. A taxa de aborto na América do Norte foi de 17 para cada mil mulheres; na Oceania, 19 para cada mil; na Europa, 30 para cada mil mulheres; na África, 24 para cada mil; na Ásia, 36 para cada mil; na América Latina e Caribe, 44 para cada mil mulheres. Não há evidências de que leis altamente restritivas ao aborto possam ser associadas a menores taxas de aborto. No entanto, é sabido que as taxas de necessidades não atendidas de contracepção moderna são maiores em países com leis mais restritivas sobre aborto, o que ajuda a explicar por que países desenvolvidos – que concentram acesso mais amplo à contracepção e ao aborto legal – tem taxas menores de aborto (SEDGH, Gilda. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. *The Lancet*, v. 388, n. 10041, p. 258-267, maio 2016. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)30380-4/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)30380-4/abstract)>. Acesso em: 26 fev. 2017).

¹¹⁰ SIEGEL, Reva. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. *The Yale Law Journal*, n. 117, 2008. p. 1797. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=fss_papers>. Acesso em: 4 fev. 2017.

¹¹¹ SIEGEL, Reva. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. *The Yale Law Journal*, n. 117, 2008. p. 1797. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_DignitySexuality.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017.

A Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres foi ratificada pelo Brasil em 1984. O artigo 5º diz que: “Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para: a) Modificar os padrões socio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial* [da União], Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 4 fev. 2017).

77. Estereótipos são formas estabelecidas e permanentes de atualizar as desigualdades de gênero e o patriarcado. Segundo Rebecca Cook, “no estereótipo de gênero, são ignoradas as necessidades individuais das mulheres, tratadas de acordo com a categoria mulher”.¹¹² Ser tratada como a genérica categoria “mulher” é apenas uma figuração sexada da genérica categoria homem, ignorando particularidades das mulheres em idade reprodutiva, em particular as mais vulneráveis. Pela genérica, porém inexistente, categoria mulher, os estereótipos de gênero criam expectativas de destino às mulheres, tais como a reprodução, a maternidade compulsória, ou mesmo a heterossexualidade. Mulheres fora dessas expectativas estereotipadas em nome de uma “natureza feminina” são vítimas de graves violações de direitos e mesmo de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

78. A criminalização do aborto e a ausência de políticas de promoção da saúde sexual e reprodutiva não só têm um efeito claro de disrupção sobre o projeto de vida de mulheres como pode chegar a colocar a vida delas em risco. A morte por aborto é, certamente, uma das experiências mais terríveis vividas por uma mulher comum no Brasil. Elas ocorrem no anonimato, um efeito perverso da clandestinidade. Nos últimos anos, ao menos três casos ganharam projeção nacional: as mortes de Jandira Magdalena dos Santos Cruz, Elizângela Barbosa e Caroline de Souza Carneiro, todas no estado do Rio de Janeiro. Jandira, de 27 anos, mãe de duas meninas, não podia prosseguir com a terceira gravidez e por isso buscou uma clínica clandestina para realizar o aborto. Teria pago R\$ 4.500 pelo procedimento. Foi vista pela última vez em 26 de agosto de 2014, em uma rodoviária da zona oeste do Rio de Janeiro, de onde teria sido levada por um motorista até a clínica. Seu corpo foi encontrado no dia seguinte, mutilado e carbonizado, dentro de um carro. Elizângela, de 32 anos, mãe de três filhos, teria decidido interromper a quarta gestação por medo de, grávida, não conseguir retornar ao mundo do trabalho. Como Jandira, foi vista pela última vez ao se encontrar com um homem que a levaria até uma clínica clandestina em Niterói, em setembro de 2014. No dia seguinte, chegou morta à emergência de um hospital local. Caroline tinha 28 anos e morava na cidade de Paraíba do Sul. Teria procurado uma clínica clandestina de aborto na cidade do Rio de Janeiro com ajuda do namorado. Seu corpo foi encontrado em 19 de agosto de 2016,

¹¹² COOK, Rebecca. *Rebecca Cook entrevistada por Debora Diniz*. Revisão jurídica: Beatriz Galli e Carmen Campos. Tradução: Ana Terra Mejia Munhoz. Rio de Janeiro: EdUERJ. 2012. p. 36.

abandonado na rua de uma cidade da Baixada Fluminense. Posteriormente um laudo confirmou que a causa da morte foi uma hemorragia interna decorrente de procedimento abortivo.¹¹³

79. Esta é uma desposseção da ontologia das mulheres pelo patriarcado da lei penal, pois somente mulheres engravidam e somente para elas a criminalização do aborto pode resultar em tortura ou morte. Um componente fundamental para avaliar se um tratamento é cruel, desumano ou degradante, segundo parecer elaborado por procedimentos especiais independentes do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e apresentado em pedido de *amicus curiae* à ADPF 5.581, é “a impotência da vítima”, em particular em contextos de assistência à saúde em que as mulheres “são dependentes dos trabalhadores de saúde que lhes fornecem os serviços”. E continua “em determinadas circunstâncias, as negações de aborto podem causar dores ou sofrimentos agudos para a mulher, adolescente ou menina, que chegam ao patamar de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Esta dor pode ser física ou mental, e em certos casos é previsível”.¹¹⁴

80. Os efeitos gravosos da criminalização do aborto, além de violadores de princípios fundamentais da República, como da dignidade da pessoa humana das mulheres, da cidadania, da não discriminação e de direitos fundamentais vinculados, resultam ainda em um quadro passível de ser descrito como torturante e evitável: “leis criminais que penalizam e que restringem o aborto induzido [...] consistentemente geram maus resultados de saúde física,

¹¹³ (CASO Jandira: grávida morta em clínica clandestina de aborto se torna símbolo no Rio. *Portal R7*, São Paulo, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/caso-jandira-gravida-morta-em-clinica-clandestina-de-aborto-se-torna-simbolo-no-rio-18122014>>. Acesso em: 13 fev. 2017). (COSTA, Bernardo. Mulher sai para fazer aborto e é encontrada morta em Niterói. *Extra*, Rio de Janeiro, 22 set. 2014. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/mulher-sai-para-fazer-aborto-e-encontrada-morta-em-niteroi-14009639.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017). (COELHO, Henrique. Mulher morreu de hemorragia interna após aborto, diz laudo da polícia. *GI Rio*, Rio de Janeiro, 06 set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/09/mulher-morreu-de-hemorragia-interna-apos-aborto-diz-laudo-da-policia.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017).

¹¹⁴ Parecer sobre obrigações internacionais de direitos humanos relacionados à prestação de serviços de aborto, assinado pelo Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Sr. Juan Mendez; pela Relatora Especial sobre violência contra as mulheres, suas causas e consequências, Sra. Dubravka Simonovic; pelo Grupo de Trabalho sobre discriminação contra mulheres na lei e na prática, Sr. Alda Facio, Relatora-Presidente, Sra. Emna Aouij, Sra. Kamala Chandrakirana, Sra. Frances Raday, Sra. Eleonora Zielinska; pelo Relator Especial sobre o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, Sr. Dainius Puras; e pela Relatora especial sobre direitos das pessoas com deficiência, Sra. Catalina Devandas-Aguilar, e apresentado pela organização não governamental Anis – Instituto de Bioética em pedido de admissão como *amicus curiae* na ADI 5581 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Amicus Curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 31 de outubro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 4 fev. 2017).

resultando em mortes que poderiam ter sido impedidas, morbidade e problemas de saúde”.¹¹⁵ Por fim, mas não menos importante, segundo Robin West, “a questão que a Corte enfrenta, ao final das contas, não é de moralidade do aborto, mas do poder do estado criminalizar o aborto”.¹¹⁶ Caso contrário, o Estado brasileiro precisaria reconhecer que é conivente e que mantém esse quadro de violação de direitos e, mais gravemente, de humilhação com possível enquadramento em práticas de torturas e de discriminação às mulheres.

4.2 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

81. A proporcionalidade é um método para maximizar os efeitos do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais; sendo assim, é uma ferramenta técnico-jurídica para o enfrentamento hermenêutico constitucional de casos difíceis.¹¹⁷ O objetivo de submeter casos difíceis ao teste da proporcionalidade é o de interpretar se um ato restritivo do poder do Estado, para promover a realização de um direito fundamental, restringe outro direito fundamental. Na questão do aborto, como já demonstrado no item 4.1 desta ADPF, não haveria conflito entre direitos fundamentais, dada a impossibilidade de se imputar direitos fundamentais ao embrião ou feto.¹¹⁸ Como um exercício argumentativo concorrente,

¹¹⁵ Parecer sobre obrigações internacionais de direitos humanos relacionados à prestação de serviços de aborto, assinado por Relatores Especiais da Organização das Nações Unidas (ONU) e apresentado pela organização não governamental Anis – Instituto de Bioética em pedido de admissão como *amicus curiae* na ADI 5581 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Amicus Curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 31 de outubro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 4 fev. 2017).

¹¹⁶ WEST, Robin. From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights. *Yale Law Journal*, v. 118, n. 7, p. 1394-1432, 2009. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/784_g5k61bm1.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017.

¹¹⁷ Virgílio Afonso da Silva esclarece que “proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, não é sinônimo de razoabilidade, o que implica uma análise crítica da doutrina sobre o assunto” [com grifos no original] (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 3 fev. 2017).

¹¹⁸ No julgamento da ADPF 54, Ministro Marco Aurélio Mello afirma, assim como nesta ADPF, que há estatuto diferenciado entre criaturas humanas intraútero e pessoas humanas, para negar a possibilidade de direito à vida do feto anencéfalo a ser tutelado. Para tanto, recorre a artigo da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, que diferencia “ser humano” de “pessoa humana”: “O embrião é [...] ser humano, ser vivo, obviamente [...] Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”. Adiante, concede como argumento subsidiário a possibilidade de ponderar o hipotético direito à vida do feto anencéfalo – argumento do qual discorda – com o direito à vida da mulher: “Se a ponderação ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo”. A sequência de nosso argumento segue o mesmo raciocínio de Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível

no entanto, seria uma ponderação entre os direitos fundamentais das mulheres e o respeito ao valor intrínseco do humano no embrião ou feto.

82. Segundo Verónica Undurruga, a proporcionalidade pode ser pensada em diferentes e consecutivos estágios do raciocínio constitucional para casos substantivos.¹¹⁹ Os estágios são como testes ou parâmetros para disciplinar o controle de constitucionalidade: *i.* adequação; *ii.* necessidade; *iii.* proporcionalidade estrita.¹²⁰ A literatura sobre proporcionalidade exige que a previsão legal sob análise supere cada um dos três testes para ser considerada constitucional. Se falha em um dos testes, a análise deve ser interrompida e a previsão legal, declarada inconstitucional. No entanto, nesta seção serão apresentados, como prática argumentativa do desacordo moral razoável, todos os testes e as subsequentes falhas que demonstram a inconstitucionalidade da criminalização do aborto pela exaustão de diferentes métodos interpretativos.

4.2.1 TESTE DA ADEQUAÇÃO

83. No caso específico da questão do aborto, *o teste da adequação* avalia: primeiro, se existe um objetivo constitucionalmente passível de proteção pela criminalização do aborto – neste caso, o valor intrínseco do embrião ou feto no útero de uma mulher; segundo, se o meio, isto é, a lei penal, seria adequado para alcance do objetivo, ou seja, se a criminalização do aborto alcançaria ou fomentaria a proteção desse valor. “O parâmetro da adequação exige que a lei que infringe um direito ou valor constitucional esteja racionalmente conectada a um

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017).

¹¹⁹ UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the constitutional review of abortion Law. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 77-97.

¹²⁰ Afonso da Silva considera a avaliação do que descrevemos como “objetivo constitucionalmente passível de proteção” como um possível quarto teste da proporcionalidade, tendência entre autores da Corte Europeia de Direitos Humanos; diz ele: “a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende agir”. Informa ainda que há autores, como Gilmar Ferreira Mendes, que mencionam apenas os testes da adequação e da necessidade (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 3 fev. 2017).

objetivo constitucional legítimo”, ou seja, a Suprema Corte deve analisar tanto a legitimidade do objetivo quanto se os meios são apropriados para o que a lei propõe regular.¹²¹

84. Na primeira etapa do teste de adequação, a criminalização do aborto seria considerada inconstitucional por falta de objetivo legítimo, porém, para seguir a aplicação completa do teste, será avaliada ainda se a criminalização se justificaria como estratégia legislativa capaz de impedir a prática do aborto. O efeito de prevenção geral da lei penal não pode ser assumido *ex ante*, mas precisa ser demonstrado por evidências sobre seu efeito nos direitos fundamentais de partes envolvidas na imputação de conflito, o que Virgílio Afonso da Silva descreve como “condição para exigibilidade de sua aplicação (*dimensão empírica*)” [com grifos no original].¹²²

85. A primeira edição da Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) foi publicada em 2010.¹²³ Com metodologia baseada na técnica de urna, que permite garantir sigilo e anonimato às mulheres entrevistadas, a pesquisa mostrou que, aos 40 anos, uma em cada cinco mulheres brasileiras já havia feito pelo menos um aborto. Seis anos depois, a segunda edição da PNA comprovou que a taxa de aborto permaneceu semelhante no país e forneceu mais informações: só em 2015, 503 mil mulheres brasileiras fizeram um aborto. Elas são mulheres comuns: a maioria é jovem, tem filhos e segue uma das religiões majoritárias no país – são católicas, evangélicas ou espíritas.¹²⁴

86. Os dados empíricos sobre os efeitos da criminalização mostram que a lei penal não impede que abortos sejam feitos e, injustamente, força as mulheres comuns à ilegalidade e aos riscos da clandestinidade, favorecendo um mercado desregulado e arriscado de medicamentos e clínicas inseguras. O principal método de aborto ilegal no Brasil utiliza

¹²¹ UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the constitutional review of abortion Law. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 82.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

¹²³ Exercícios de pensamento, típicos da filosofia moral que provocam o pensamento jurídico, como a alegoria do violinista de Judith Jarvis Thomson, apesar de fascinantes não serão considerados para o teste de proporcionalidade. Daremos prioridade ao mundo vivido, não ao imaginado (THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. *Philosophy and Public Affairs*, v. 1, n. 1, p. 47-66, 1971. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2265091.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017).

¹²⁴ (DINIZ, Debora; MEDEIROS; Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Cien Saude Coletiva*, v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em: 25 fev. 2017). (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017).

medicamentos; o princípio ativo mais consumido para esse fim é o misoprostol, originalmente prescrito para tratamento de úlcera gástrica.¹²⁵ Como exemplo dos graves riscos impostos às mulheres, em particular àquelas muito jovens e às demais precarizadas pela criminalização, cabe destacar um estudo realizado com 30 adolescentes em maternidade referência no Piauí: quase todas provocaram o aborto com uso de medicamentos ilegais (94%), eram adolescentes muito jovens (63% até 17 anos), negras (60%) e com pouca escolarização (43% ensino fundamental apenas). Houve 10% de casos com complicações graves pelo aborto, tais como hemorragia grave, perfuração uterina e infecção uterina; e 23% das adolescentes já estavam na segunda gestação.¹²⁶

87. Outra pesquisa realizada no estado do Piauí, sobre mortes de adolescentes em contexto pós-aborto ocorridas entre 2008 e 2013, mostra como a criminalização do aborto afeta o atendimento em saúde de adolescentes em situação de risco, a ponto de vulnerabilizá-las à morte. O estudo em profundidade dos casos revelou a história de uma adolescente negra de 18 anos e que, já mãe de uma menina de 2 anos, descobriu-se grávida e decidiu realizar um aborto por de medicamentos clandestinos. Os comprimidos adquiridos custaram metade de seu salário mensal. Após três ou quatro dias aguardando pelo sangramento do aborto, a adolescente sentiu fortes cólicas e buscou o atendimento médico de urgência. Ao ser atendida, recebeu diagnóstico de ameaça de aborto, mas apenas foi orientada a tomar analgésicos. Após 1 semana, o sangramento reiniciou, com sintomas de febre. Dessa vez, o diagnóstico foi de aborto infectado e, mesmo assim, a única medicação prescrita foi a de um inibidor de aborto. A adolescente continuou internada enquanto sua situação de saúde se agravava, com persistente sangramento que a levou à anemia e debilitação grave. O hospital justificava que a persistência de viabilidade fetal era a razão pela qual deveria seguir aguardando mudança no quadro. Após mais 2 semanas, o novo diagnóstico recebido foi de choque séptico pela morte fetal. O procedimento médico de curetagem foi finalmente realizado e a adolescente foi encaminhada para a Unidade

¹²⁵ (DINIZ, Debora; MADEIRO, Alberto. Cytotec e aborto: a polícia, os vendedores e as mulheres. *Cien Saude Coletiva*, v. 17, n.7, p. 1795-1804, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n7/18.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017). (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. *Cien Saude Coletiva*, v. 17, n. 7, p. 1671-1681. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n7/02.pdf>>. Acesso em 4 fev. 2017).

¹²⁶ NUNES, Maria das Dores, MADEIRO, Alberto; DINIZ, Debora. Histórias de aborto provocado entre adolescentes em Teresina, Piauí, Brasil. *Cien Saude Coletiva*, v. 18, n. 8, p. 2311-2318, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n8/15.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

de Terapia Intensiva do hospital. Após 45 dias de internação, morreu por sepse, isto é, infecção generalizada.¹²⁷

88. Ambos os estudos, exatamente por terem sido realizados em um dos estados mais pobres do país, carrega importantes lições sobre *a inadequação da criminalização do aborto* para fomentar os fins visados: a) não se promove o valor intrínseco do humano no embrião ou o feto; b) o aborto é um evento reprodutivo que tem início muito precocemente na vida reprodutiva das mulheres, ainda na adolescência; c) a criminalização impede que a assistência ao aborto seja um momento de educação para o planejamento familiar e prevenção para futuros abortos; d) a criminalização favorece um mercado clandestino de medicamentos ou clínicas, amplificando os riscos à saúde e vida das mulheres. Em uma perspectiva nacional, as taxas de morbimortalidade materna e o número de internações em hospitais para curetagens uterinas pós-aborto são evidências sistemáticas dos riscos impostos às mulheres pela ilegalidade do aborto no Brasil.

89. A criminalização do aborto não é capaz de fomentar o resultado pretendido com a restrição de direitos fundamentais das mulheres, qual seja, a redução do número de abortos. Este foi também o caminho seguido pela Corte Constitucional de Portugal, ao decidir pela constitucionalidade da lei de aborto, pois “a utilização do direito penal só se legitima quando seja de lhe atribuir (como requisito mínimo) eficiência, e quando a eficiência que se lhe imputa, sendo incontroversamente superior à de qualquer outro meio alternativo, é também a única capaz de atingir o mínimo de protecção constitucionalmente imposto”.¹²⁸

4.2.2 TESTE DA NECESSIDADE

90. Pela regra de aplicação da máxima da proporcionalidade, uma vez constatada a inadequação da norma avaliada, não mais haveria razão em prosseguir com análise dos subtestes seguintes, porque há uma relação de dependência e anterioridade entre as etapas, “se uma das etapas falha, não há necessidade de continuar com as outras e a lei deve ser considerada

¹²⁷ NUNES, Maria das Dores Sousa. *Morte materna e aborto entre adolescentes no Piauí: análise dos anos 2008 a 2013*. 2016. 104 f., il. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22353/1/2016_MariadasDoresSousaNunes.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

¹²⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 75/2010. Processos n° 733/07 e 1186/07. *Diário da República*, 2ª série, n° 60, 26 de março de 2010: 15581. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/2670436>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

inconstitucional”.¹²⁹ Afonso da Silva explicita o percurso: “em termos claros e concretos, com subsidiariedade [entre as sub-regras da máxima da proporcionalidade] quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos”.¹³⁰ Mas, para seguir o esforço argumentativo de demonstração da inconstitucionalidade da criminalização do aborto por qualquer uma das fases, os subtestes serão prosseguidos.

91. O teste da necessidade exige que a lei violadora de direitos constitucionais seja necessária para alcançar objetivos constitucionais legitimados, ou seja, que não existam outros meios menos intrusivos de igualmente alcançar os resultados. No caso específico do aborto, o teste da necessidade seria rapidamente superado pela análise das evidências comparativas, como sugere Afonso Silva.¹³¹ Tão importante quanto a superação do teste da necessidade é a evidência de que os países de legislação protetiva aos direitos das mulheres apresentam taxas decrescentes de aborto em série histórica, ou mesmo mais baixas quando comparados aos países com legislação mais restritiva.¹³² Isso significa que é com a descriminalização do aborto e com as ampliações nas políticas de planejamento familiar que mais eficazmente pode se proteger o valor intrínseco do humano.

92. A França é um exemplo dessa mudança nas taxas de aborto. Desde que o aborto foi descriminalizado com a Lei Veil, em 1975, as taxas de aborto diminuíram de 19,6 por 1.000 mulheres em idade reprodutiva (de 15 a 49 anos) para 14,8 por 1.000 mulheres, em 1990, isto é, houve redução de 24,5% no número de abortos. Desde então, a taxa tem se mantido constante, e abaixo da média mundial. Importante destacar que o procedimento é integralmente

¹²⁹ UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the constitutional review of abortion Law. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 77-97.

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

¹³² SEDGH, Gilda. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. *The Lancet*, v. 388, n. 10041, p. 258-267, maio 2016. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)30380-4/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)30380-4/abstract)>. Acesso em: 26 fev. 2017.

coberto pelo sistema do seguro nacional de saúde.¹³³ Não há como se imputar a redução do número de abortos exclusivamente à descriminalização do procedimento, mas ao que aqui se descreve como proteções amplas à justiça reprodutiva: acesso à informação, ampla oferta de métodos contraceptivos, redução do estigma relacionado aos temas de saúde sexual e reprodutiva, padrões de fecundidade e até mesmo as relações sociais de gênero mais igualitárias.

93. Há, pelo menos, duas explicações para o fenômeno de redução da taxa de aborto por densificação da atenção sanitária em saúde sexual e reprodutiva. Porém, são moralmente reversas ao que se poderia imaginar – que a descriminalização do aborto levaria à banalização do procedimento. A primeira razão é pela possibilidade de os serviços de saúde acolherem as mulheres na rota crítica do acesso ao aborto: quando o aborto é garantido como uma proteção às mulheres, isto é, como um procedimento regular de saúde reprodutiva, é possível que o sistema de saúde cuide das mulheres e compreenda as razões – que podem ser múltiplas, de ausência de educação sexual a violência doméstica – por que vivem gestações não planejadas, sem o risco de perseguição penal ou receio do estigma. Dados empíricos mostram que os países em que o aborto foi legalizado ou descriminalizado são também aqueles com taxas mais altas de acesso a contraceptivos.¹³⁴ A segunda razão é que países que garantem maior acesso a contraceptivos tendem a diminuir a taxa de aborto, enquanto a taxa de fertilidade é mantida constante.¹³⁵ Não há dúvidas de que a descriminalização do aborto e a oferta ampla de proteção à saúde sexual e reprodutiva é medida capaz de reduzir a taxa de gravidez não planejada e, conseqüentemente, de abortos em um país. Dessa maneira, protege outras dimensões da vida das mulheres, como deixá-las livres de violência sexual.

¹³³ Desde 1975, a lei que descriminaliza a interrupção voluntária da gravidez (IVG), como o aborto é chamado na França, instituiu a obrigatoriedade de preenchimento de formulário sobre o procedimento por todos os profissionais de saúde no país. O formulário da IVG é distribuído e recolhido pelo Ministério da Saúde, publicado e analisado pelo Instituto Nacional de Estudos Demográficos (INED). Os dados dos formulários são publicados anualmente pelo INED (INSTITUT NATIONAL D'ÉTUDES DÉMOGRAPHIQUES. *Avortements: evolution du nombre d'avortements et des indices annuels*. Disponível em: <<https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/avortements-contraception/avortements/>>. Acesso em: 13 fev. 2017).

¹³⁴ (UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. Population Division. World Contraceptive Use 2015. POP/DB/CP/Rev 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/dataset/contraception/wcu2015.shtml>>. Acesso em: 4 fev. 2017). (SEDGH, Gilda. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. *The Lancet*, v. 388, n. 10041, p. 258-267, maio 2016. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)30380-4/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)30380-4/abstract)>. Acesso em: 26 fev. 2017).

¹³⁵ MARSTON, Cicely; CLELAND, John. Relationships between contraception and abortion: a review of the evidence. *International Family Planning Perspectives*, v. 29, n. 1, p. 6-13, 2003. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/article_files/2900603.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2017.

94. O teste da necessidade em teoria criminal deve ainda responder a um princípio *ultima ratio*: a criminalização deve ser a última opção do legislador.¹³⁶ O caráter subsidiário do direito penal foi lembrado por esta Suprema Corte na ADPF 54 e por outras cortes constitucionais que já enfrentaram na América Latina o tema do aborto¹³⁷: o instrumento da lei penal é a mais gravosa intervenção estatal para proteção de bens jurídicos e não se justifica quando não se utilizam outras medidas menos violadoras dos direitos e garantias fundamentais em questão.¹³⁸ No Brasil, as políticas de saúde sexual e reprodutiva, que deveriam garantir às mulheres melhores condições para planejar e cuidar de seus projeto de vida, ainda são deficitárias.

¹³⁶ UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the constitutional review of abortion Law. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 95.

¹³⁷ Nesse sentido, é claro o voto da Ministra Rosa Weber: “Nesse diapasão, sobreleva a dificuldade de justificar a proteção do feto anencefálico por meio da criminalização da conduta da gestante. Os argumentos e ponderações apresentados demonstram as divergências, inclusive no seio da sociedade, sobre a exigibilidade de manutenção da gravidez e a reprovabilidade da conduta. E o Direito Penal moderno se apresenta como *ultima ratio*, devendo, nessa medida, ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por gerar, esta ineficiência, custos sociais e econômicos. A propósito, e em reforço, os princípios informadores do Direito Penal mínimo: idoneidade (a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social); subsidiariedade (deve-se mostrar que não há alternativas para a regulação da conduta indesejada); e racionalidade (deve-se comparar os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 11 fev. 2017).

¹³⁸ O voto concorrente do Ministro da Corte mexicana Juan N. Silva Meza apresenta a questão nos seguintes termos: “O direito penal moderno incorpora o princípio da *ultima ratio*, que exige que as penas, como o mais importante meio coercitivo do Estado, sejam o último dos instrumentos estatais para prevenir ataques a bens e valores fundamentais da sociedade. Por consequência, a intrusão deve ser a mínima possível. Nesse sentido, criminalizar a conduta em questão seria o equivalente a utilizar o direito penal como instrumento simbólico, não como mecanismo de *ultima ratio*. Portanto, a criminalização de conduta é ineficaz e está longe de impedir que as mulheres recorram à interrupção voluntária da gravidez, as marginaliza a se submeter a procedimentos médicos em condições inseguras que até mesmo colocam sua vida em risco” (MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su Acumulada 147/2007. Promoventes: Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República. Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. México, D.F., 28 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/355/AccdeInconstitu146-2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 fev. 2017). Há também importante debate sobre o tema na decisão da Corte Constitucional Colombiana, que ampliou as hipóteses de acesso ao aborto legal: “Isto deve ser entendido à luz do que acertadamente salientou o Procurador, a partir do fato de que ‘o Estado deve preferir, tanto quanto possível, o uso de todos os elementos de gestão, prevenção, dissuasão, atenção e solução de conflitos antes de recorrer ao *ius puniendi*. [...] Isto é assim porque a sanção penal é a mais forte reprovação social e jurídica e leva à maior invasão do Estado e a maiores restrições sobre os direitos e liberdades pessoais. Tudo isso explica o seu caráter de *ultima ratio*. [...] Ainda, pode-se argumentar se a natureza destas medidas para proteger a vida por nascer devem ser de natureza criminal ou seriam mais efetivas previsões de outro tipo, como as políticas sociais ou assistenciais que assegurem a garantia de cuidados médicos, alimentos ou renda à mulher grávida” (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. Demandante: Mónica del Pilar Roa López e outros. Ponentes: Magistrados Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernandez. Bogotá, D.C., 10 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2017).

95. Os dados da última Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS 2006) evidenciam baixo acesso a contraceptivos: o preservativo é o método moderno mais utilizado, mas a consistência do uso é ainda bastante reduzida. Apenas 18,9% das mulheres sexualmente ativas informaram terem se relacionado com parceiro que fez uso consistente do preservativo nos 12 meses anteriores à pesquisa. O uso é ainda menor para mulheres pobres e de baixa escolaridade (1 a 3 anos de educação formal): 10,1% e 4,8%, respectivamente. Ou seja, o Estado falha em oferecer políticas adequadas em saúde que poderiam garantir às mulheres condições para evitar um aborto e, portanto, proteger o valor intrínseco do humano no embrião ou feto – e criminaliza as mulheres pela mesma razão. Além de demonstrar a violação dupla de direitos, essas são evidências empíricas de que a criminalização do aborto não é adequada nem necessária ao objetivo de diminuir sua prática.

4.2.3 TESTE DA PROPORCIONALIDADE ESTRITA

96. Por fim, o parâmetro da *proporcionalidade estrita* avalia os efeitos da lei – se os benefícios justificam os efeitos. O teste da proporcionalidade estrita exige um “balanço cru” do impacto concreto da lei, sustenta Undurraga:¹³⁹ o impacto positivo da criminalização do aborto para a proteção do valor intrínseco do humano de embriões ou fetos contra os impactos negativos nos direitos fundamentais das mulheres. Uma análise da proporcionalidade estrita permite analisar os efeitos extensos da criminalização do aborto. Um deles é a estigmatização dos serviços de saúde e dos profissionais de saúde envolvidos na assistência ao aborto.¹⁴⁰

97. O aborto, se for realizado no primeiro trimestre da gestação, é um procedimento seguro, com menos de 0,05% de risco de complicações que exijam atenção hospitalar.¹⁴¹ No

¹³⁹ UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the constitutional review of abortion Law. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 92.

¹⁴⁰ FAUNDES, Anibal; MIRANDA, Laura. Ethics surrounding the provision of abortion care. *Best Practice & Clinical Obstetrics & Gynaecology*, Article in Press, 2017. Disponível em: <<http://www.bestpracticeobgyn.com/article/S1521-6934%2817%2930004-4/pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

¹⁴¹ (WEITZ, Tracy A. et al. Safety of aspiration abortion performed by nurse practitioners, certified nurse midwives, and physician assistants under a California legal waiver. *American Journal of Public Health*, v. 103, n. 3, p. 454-461, 2013. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3673521/pdf/AJPH.2012.301159.pdf>>. Acesso em 9 fev. 2017). Um estudo de 2012 mostrou que, nos Estados Unidos, o risco de morte associado ao parto é 14 vezes maior do que aquele associado ao aborto legal. Também não há evidências que demonstrem relação de causalidade entre abortos legais realizados no primeiro trimestre da gravidez e maior risco de infertilidade, gravidez ectópica, aborto espontâneo, malformação fetal, câncer ou sofrimento mental (RAYMOND, Elizabeth G.; GRIMES, David A. The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States. *Obstet Gynecol.* v. 119, n. 2, part. 1, p. 215-219, fev. 2012. Disponível em:

entanto, o estigma da criminalização do aborto alcança os serviços de saúde sexual e reprodutiva das mulheres de modo geral e assim amplia os riscos de saúde e a sujeição a tratamentos humilhantes e degradantes às mulheres que realizam o aborto ilegalmente e procuram os serviços de saúde para assistência pós-aborto. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostrou que 67% das mulheres que confirmaram ter abortado em 2015 precisaram ser internadas,¹⁴² o que representa um intenso processo de adoecimento desnecessário, humilhação e sofrimento às mulheres, além de impacto nos recursos públicos de saúde.

98. O estigma que acompanha a criminalização do aborto no Brasil impõe graves restrições aos direitos das mulheres e alcança também situações em que o aborto é legal no país. Na última década, houve uma drástica redução dos serviços de aborto legal no Brasil, isto é, dos pontos de referência humanizados para o atendimento da mulher vítima de estupro, em risco de vida ou grávida de feto anencefálico. Segundo dados do governo federal, em 2009, eram 60 serviços em funcionamento no país. Recente censo nacional mostrou uma vertiginosa redução para 37, com concentração de 80% dos procedimentos em um único serviço. Os serviços estão concentrados em capitais e grandes cidades, e em sete estados não há nenhum serviço disponível.¹⁴³ Em alguns dos serviços de referência, sequer a contracepção de emergência era oferecida às mulheres vítimas de estupro. É preciso lembrar que o estupro é uma violência comumente intrafamiliar e com vítimas entre meninas e adolescentes, o que torna intransponíveis as barreiras para o acesso aos serviços e aos cuidados de saúde.¹⁴⁴

99. A inadequação da criminalização não se expressa apenas na incapacidade da lei em coibir a prática e proteger o valor intrínseco do humano no embrião ou feto, mas nos efeitos injustos para situações em que há excludente de punibilidade pelo Código Penal.

<<http://journals.lww.com/greenjournal/pages/articleviewer.aspx?year=2012&issue=02000&article=00003&type=abstract>>. Acesso em 9 fev. 2017). (BOONSTRA, Heather D. *et al. Abortion in women's lives*. New York: Guttmacher Institute, 2006. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/2006/05/04/AiWL.pdf>>. Acesso em 9 fev. 2017). (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, TASK FORCE ON MENTAL HEALTH AND ABORTION. *Report of the Task Force on Mental Health and Abortion*. Washington, D.C., 2008. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017).

¹⁴² DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁴³ MADEIRO, Alberto; DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil: um estudo nacional. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 2, p. 563-572, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

¹⁴⁴ DINIZ, Debora et al. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. *Revista Bioética*, v. 22 n. 2, p. 291-198, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/11.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

Segundo Alexy, “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”.¹⁴⁵ Tanto a perspectiva empírica (a magnitude do aborto ilegal e inseguro no Brasil) quanto a perspectiva constitucional (a ausência de genuíno conflito entre direitos fundamentais) demonstram a gravidade da criminalização do aborto para a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, em particular da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

4.2.4 DESPROPORCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

100. Há evidências empíricas demonstrando como o acesso ao aborto seguro é uma proteção da dignidade e da cidadania da pessoa humana das mulheres. Além disso, demonstrou-se como a criminalização não é meio racional para impedir o dano que se visa a proteger com a proibição do aborto, isto é, dano decorrente de hipóteses de direito fundamentais baseadas no valor intrínseco do humano no embrião ou feto. Como argumenta Undurraga, “os tribunais tendem a assumir premissas intuitivamente sem justificá-las, em particular supor que a penalização é um método efetivo para proteger a vida do nascituro, e outras suposições sustentadas em estereótipos de gênero que subestimam os efeitos da penalização na vida das mulheres”.¹⁴⁶ Enfrentaram-se ainda os efeitos injustos dessas falsas presunções para a garantia de direitos fundamentais das mulheres.

101. No caso concreto do aborto, a proporcionalidade é um método para garantir que não haja uso do direito penal para fins discriminatórios das mulheres, pois os efeitos da lei punitiva são diretamente vividos pelas mulheres. A criminalização do aborto não é medida suficiente, tampouco razoável para coibir sua prática, e não é eficiente para garantir o objetivo a que se justifica. O que resta é responder à pergunta de Afonso da Silva: “qual é a relação entre *a otimização diante das possibilidades fáticas* e a regra da proporcionalidade?” [sem grifos no original].¹⁴⁷ As possibilidades fáticas são os caminhos a serem enfrentados para

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradutor: Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, v. 217, 1999. p. 78. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/0>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

¹⁴⁶ UNDURRAGA, Verónica. Proportionality in the constitutional review of abortion Law. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 77.

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

a garantia e proteção dos direitos fundamentais das mulheres; no caso em questão, o reconhecimento do direito constitucional à interrupção da gestação.

102. O item 4.1 desta peça demonstrou que não há objetivo constitucional legítimo na criminalização do aborto. Sendo assim, os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto não suportam os testes da técnica da proporcionalidade, pois a imputação do conflito se origina em critérios extrajurídicos para defender objetivos constitucionais ilegítimos e violadores dos direitos das mulheres. Como sustentou o Tribunal Constitucional de Portugal, ao confirmar a constitucionalidade da lei do aborto, “mais do que com os limites do direito penal, nos vemos confrontados aqui como os limites do Direito”.¹⁴⁸

5. PEDIDOS

103. Resta evidente a incompatibilidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal com o texto constitucional por afronta aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como aos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou ao tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º). Os precedentes estabelecidos por esta Suprema Corte na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306 afirmam a impossibilidade de imputar estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Ao embrião ou feto é reconhecido o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana, por isso, a proteção infraconstitucional gradual na gestação. No entanto, essa proteção não pode ser desproporcional: tem que ter como limites o respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.

104. Ter um filho é um evento central na vida das mulheres; portanto, as condições de que dispõem para decidir se, como ou quando fazê-lo concretizam os princípios fundamentais de dignidade da pessoa humana e da cidadania, na medida em que conformam a capacidade delas de se autodeterminar, de forma a realizar o projeto de vida. Sob a criminalização do aborto, as condições são injustas: submetem as mulheres a riscos evitáveis de adoecimento e morte, bem como a tratamentos humilhantes e degradantes em momentos de

¹⁴⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 75/2010. Processos n° 733/07 e 1186/07. *Diário da República*, 2ª série, n° 60, 26 de março de 2010: 15585. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/2670436>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

intensa vulnerabilidade, o que viola o direito delas à vida, à integridade física e psicológica, à saúde e à não submissão a práticas de tortura ou tratamentos desumanos; impedem-nas de gozar a vida conforme suas próprias concepções de bem, o que infringe o direito delas à liberdade e à autonomia; discriminam decisões reprodutivas delas, afrontando a previsão constitucional de igualdade entre homens e mulheres; reproduzem a desigualdade de renda, cor e região que torna algumas vidas mais precarizadas que outras, o que frustra o princípio fundamental da República, de promoção do bem de todas as pessoas sem qualquer forma de discriminação; impõem-lhes extremo sofrimento quando buscam tomar decisões responsáveis sobre o futuro, o que desrespeita o direito ao planejamento familiar.

105. Por fim, ainda que se imagine ser um objetivo constitucionalmente legítimo a proteção ao valor intrínseco do humano no embrião ou feto, a máxima da proporcionalidade demonstra que a criminalização do aborto não é medida adequada nem necessária para alcançar tal finalidade, já que não coíbe a prática nem promove meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto, que exigem educação sexual integral, acesso a métodos contraceptivos adequados, combate à violência sexual e fortalecimento da igualdade de gênero. A única eficácia garantida pela criminalização do aborto diz respeito à promoção de graves violações de direitos fundamentais das mulheres, o que consolida a demonstração de sua desproporcionalidade. A criminalização do aborto não protege o direito à vida, apenas subjuga mulheres, em particular as jovens, negras e indígenas, pobres e nordestinas.

106. Ao longo desta argumentação, diferentes métodos de interpretação constitucional levaram ao mesmo resultado: a inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Neste contexto, é útil reconhecer a solução jurídica encontrada pela maioria dos países desenvolvidos e por um crescente número de países em desenvolvimento: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Cidade do México (México), Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guiana Francesa, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Moçambique, República Tcheca, Rússia, Suíça e Uruguai autorizam a interrupção da gestação por decisão da mulher até 12 semanas de gestação; na África do Sul, no Camboja, nos Países Baixos, na Romênia e na Suécia, o prazo varia entre 13 e 18 semanas; em países como Austrália, Canadá, China e Estados Unidos, o limite gestacional para aborto varia internamente, e em geral segue o marco temporal mínimo de 12 semanas.¹⁴⁹ No voto que liderou a decisão majoritária da

¹⁴⁹ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The World's Abortion Laws 2017*. Disponível em: <<http://worldabortionlaws.com/map/>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal no HC 124.306, Ministro Luís Roberto Barroso destacou que “praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime”.¹⁵⁰

107. Os marcos legais internacionais de interrupção da gestação por prazos são coerentes tanto com experiências das mulheres quanto com recomendações médicas. Mesmo em países onde o aborto legal é possível permitido em até após mais de 20 semanas de gestação, a maioria dos procedimentos ocorre muito antes: nos Estados Unidos, em 2013, 66% dos procedimentos foram realizados em até 8 semanas de gestação e 91% ocorreram em até 13 semanas; no Reino Unido, em 2014, 80% dos procedimentos ocorreram em até 10 semanas e 92% em até 13 semanas.¹⁵¹ A interrupção da gestação no primeiro trimestre é segura, com menos de 0,05% de risco de complicações;¹⁵² a Organização Mundial de Saúde inclusive recomenda que, até 9 semanas de gestação, o aborto medicamentoso seja realizado em ambiente de conveniência às mulheres, como a residência, após orientação médica adequada e acesso a medicamentos, de forma a garantir maior privacidade e bem-estar.¹⁵³

5.1 PEDIDO LIMINAR

108. A probabilidade do direito, um dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, foi demonstrada na argumentação quanto à inconstitucionalidade da criminalização total do aborto. Os artigos 124 e 126 do Código Penal impõem uma coerção

¹⁵⁰ Voto-vista vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017).

¹⁵¹ JATLAOUI, Tara C. *et al.* Abortion surveillance – United States, 2013. *MMWR Surveill Summ.*, v. 65, n. SS-12, p. 1-44, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.ss6512a1>>. Acesso em: 17 fev. 2017. UNITED KINGDOM. Department of Health. *Abortion statistics, England and Wales: 2014*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/statistical-data-sets/abortion-statistics-england-and-wales-2014>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

¹⁵² WEITZ, Tracy A. *et al.* Safety of aspiration abortion performed by nurse practitioners, certified nurse midwives, and physician assistants under a California legal waiver. *American Journal of Public Health*, v. 103, n. 3, p. 454-461, 2013. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3673521/pdf/AJPH.2012.301159.pdf>>.

¹⁵³ A Organização Mundial de Saúde também recomenda que o uso de estabelecimentos hospitalares seja reservado a casos de aborto após 9 semanas de gestação e eventuais casos de complicações pós-aborto (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Clinical practice handbook for safe abortion*. 2014. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/clinical-practice-safe-abortion/en/>. Acesso em: 11 fev. 2017).

punitiva desprovida de objetivo constitucional legítimo – conforme jurisprudência consolidada por esta Suprema Corte quanto à inexistência de estatuto de pessoa constitucional para embrião ou feto – e que ainda tem graves efeitos de violação de princípios fundamentais da República e direitos fundamentais das mulheres.

109. As mais de 500 mil mulheres que realizaram um aborto no Brasil em 2015 configuram o perigo do dano.¹⁵⁴ A cada minuto, uma mulher brasileira toma a decisão reprodutiva de não seguir com uma gestação e, em função da criminalização, o procedimento de interrupção potencialmente ocorre em condições insalubres e sob ameaça de perseguição criminal, agravadas ainda pela desigualdade racial, econômica e regional. Se é evidente que a perseguição criminal por aborto é altamente seletiva e arbitrária, ela é real e frequentemente decorre da violação de sigilo médico por profissionais de saúde ao atender mulheres que estão enfrentando as consequências de morbimortalidade impostas pela criminalização.¹⁵⁵ Mulheres jovens, negras e indígenas, pobres e pouco escolarizadas são algemadas em macas, saem do hospital direto para delegacias, possuem sua intimidade de saúde devassada por investigações policiais e midiáticas e enfrentam a possibilidade de serem levadas a júri popular, conforme se observa em decisões judiciais de tribunais de todo o país.¹⁵⁶

110. Os jornais atualizam a cada dia a urgência do perigo de dano imposto às mulheres pela criminalização do aborto. Há dez anos, o “caso das 10 mil” assombrou mulheres

¹⁵⁴ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁵⁵ Faltam dados nacionais precisos sobre a magnitude da perseguição criminal de mulheres por aborto no país, mas o tema é recorrente em veículos de notícias: (MACIEL, Edgar. De 1 milhão de abortos ilegais no País, 33 viraram casos de polícia em 2014. *Estadão*, São Paulo, 20 dez. 2014. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,de-1-milhao-de-abortos-ilegais-no-pais-33-viraram-casos-de-policia-em-2014,1610235>>. Acesso em: 19 jan. 2017). (COSTA, Mariana Timóteo da; SANCHES, Mariana. “Estou mais assustada do que revoltada”, diz jovem que foi presa após fazer aborto. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 fev. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/estou-mais-assustada-do-que-revoltada-diz-jovem-que-foi-presa-apos-fazer-aborto-15402548#ixzz4Z8WvJD3Z>>. Acesso em: 19 jan. 2017). (APPLE, Caroline. SP tem 16 pessoas presas pelo crime de aborto. *R7*, São Paulo, 6 ago. 2016. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/sp-tem-16-pessoas-presas-pelo-crime-de-aborto-06082016>>. Acesso em: 19 jan. 2017). (JOVEM é detida suspeita de provocar aborto com remédios em Bauru. *G1 Bauru e Marília*, Rio de Janeiro, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2016/11/jovem-e-detida-suspeita-de-provocar-aborto-com-remedios-em-bauru.html>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

¹⁵⁶ Vejam-se, exemplificativamente, decisões colegiadas de tribunais que mantiveram sentenças de pronúncia contra mulheres acusadas de condutas enquadradas sob o art. 124 do Código Penal: Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), Segunda Câmara Criminal, RSE 00044596520088080002, Relator José Luiz Barreto Vivas, julgamento em 13/7/2011; Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), 8ª Câmara de Direito Criminal, RSE 0090499-67.2005.8.26.0224, Relator Moreira da Silva, julgamento em 14/3/2013; Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), 1ª Câmara Criminal, RSE 0002047-52.2005.8.12.0004, Relatora Maria Isabel de Matos Rocha, julgamento em 22/6/2015; Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), 4ª Câmara Criminal, RSE 1.0210.13.002303-4/001, Relator Doorgal Andrada, julgamento em 23/11/2016.

em todo o país: em 2007, uma clínica de planejamento familiar foi fechada em Campo Grande (MS) sob a suspeita de realizar abortos ilegais. A operação policial violou a privacidade e o direito ao sigilo médico de quase 10 mil mulheres que haviam sido pacientes da clínica ao longo dos anos; confiscou, acessou e tornou públicos os prontuários médicos. Cerca de 1.500 mulheres foram indiciadas e a muitas foram impostas penas alternativas; quatro profissionais de saúde foram levadas a julgamento pelo tribunal do júri e condenadas a penas que variaram entre 1 e 4 anos de prisão.¹⁵⁷ Há poucas semanas, uma mulher de 26 anos, moradora de uma das cidades mais pobres da região metropolitana de Curitiba, buscou atendimento médico no Hospital Universitário Evangélico de Curitiba, após induzir um aborto de forma insegura. Chegou como emergência médica, mas, após receber alta, foi levada do hospital ao cárcere da Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa, onde permaneceu por três dias, até conseguir pagar a fiança. A suspeita é de que tenha sido denunciada por um enfermeiro, que desrespeitou seu direito a atendimento humanizado e sigiloso.¹⁵⁸

111. Apresentados os elementos que configuram a probabilidade do direito e o perigo do dano que autorizam a tutela de urgência, com base no art. 5º, *caput*, §3º da Lei nº 9.882/99, pede-se que seja concedida medida liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal ora questionados a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. E que se reconheça o direito constitucional das mulheres de interromper a gestação, e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento.

5.2 PEDIDO DEFINITIVO

Por todo o exposto, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL requer:

¹⁵⁷ COSTA, Alexandra Lopes da. Inquisição contemporânea: uma história de perseguição criminal, exposição da intimidade e violação de direitos no Brasil. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 19, dez. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74601/inquisicao_contemporanea_historia_costa.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017.

¹⁵⁸ ABORTO: prisão de paciente em Hospital Evangélico de Curitiba coloca em risco a vida das mulheres. *Portal Catarinas*, [Santa Catarina], 22 fev. 2017. Disponível em: <<http://catarinas.info/aborto-prisao-de-paciente-em-hospital-evangelico-de-curitiba-coloca-em-risco-a-vida-das-mulheres/>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

(a) a notificação do Congresso Nacional para que preste informações, com base nos art. 5º, §2º, e art. 6º, da Lei nº 9.882/1999;

(b) a promoção da oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, com base nos art. 5º, § 2º, e art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999;

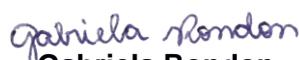
(c) a confirmação da medida liminar e, no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte **declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal**, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

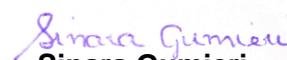
Nestes termos, pede deferimento.

Brasília-DF, 06 de março de 2017.


Luciana Boiteux
OAB/RJ nº 90.503


Luciana Genro
OAB/RS nº 83.739


Gabriela Rondon
OAB/DF nº 43.231


Sinara Gumieri
OAB/DF nº 40.523

Lista de documentos anexados

1. Certidão de bancada do PSOL no Congresso Nacional
2. Estatuto do PSOL
3. Ata de Eleição do Presidente do PSOL
4. Procuração para as advogadas
5. Cópia do ato questionado: Código Penal, art. 124 e 126