



**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA RELATORA CÁRMEN LÚCIA,
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (“IBCCRIM”), pessoa jurídica de direito privado, de natureza civil sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ sob o nº 68.969.302/0001-06, com sede em São Paulo - SP, na Rua XI de Agosto, nº 52, 2º Andar, Centro, CEP 01018-010 (Estatuto Social e Ata de Assembleia, docs. 1 e 2), com o apoio jurídico e parceria da Clínica de Litigância Estratégica da FGV Direito SP e pelos advogados ao final subscritos, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 7º, §2º da Lei 9.868/99 e 131, §3º do Regimento Interno do STF, manifestar-se na qualidade de

AMICUS CURIAE



nos autos da ação direta de inconstitucionalidade ADI 5.581, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), com objetivo de questionar os seguintes dispositivos legais: art. 1º, "caput", § 1º, II e § 3º, art. 18, "caput", §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 13.301, de 27 de junho de 2016; de acordo com a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), nos termos a seguir expostos.

I. LEGITIMIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM PARTICIPAR COMO AMICUS CURIAE NA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART 7º, PARÁGRAFO SEGUNDO, DA LEI 9.868/1999.

O §2º do art. 7º da Lei 9869/1999 preceitua que, considerando a representatividade dos postulantes e a relevância da matéria, o relator poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades¹ na qualidade de *amicus curiae*. Adicionalmente ao processo constitucional, o atual Código de Processo Civil (Lei 13105/2015) dispõe sobre a participação do *amicus curiae* nos demais processos.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ("IBCCRIM"), fundado em 14 de outubro de 1992, possui atualmente cerca de 5.000 associados em todo o Brasil, dentre advogados, magistrados, professores universitários, estudantes e outros interessados no desenvolvimento das ciências criminais.

¹ Note-se que esta egrégia Corte Constitucional reconhece que sua jurisprudência "[...] consolidou entendimento de que, a exemplo do que acontece com a intervenção de 'amicus curiae' nas ações de controle concentrado, a admissão de terceiros nos processos submetidos à sistemática da repercussão geral há de ser aferida, pelo Ministro Relator, de maneira concreta e em consonância com os fatos e argumentos apresentados pelo órgão ou entidade, a partir de 2 (duas) pré-condições 'cumulativas', a saber: (a) a relevância da matéria e (b) a representatividade do postulante. (Ministro TEORI ZAVASCKI, em decisão proferida, como Relator, no RE 606.199/PR).



Estatutariamente, o postulante tem por finalidades: **I. Defender o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal; II. Defender os princípios e a efetiva concretização do Estado Democrático e Social de Direito;** III. Defender os direitos das minorias e dos excluídos sociais, para permitir a todos os cidadãos o acesso pleno às garantias do Direito Penal e do Direito Processual Penal de forma a conter o sistema punitivo dentro dos seus limites constitucionais; IV. Defender os direitos das vítimas de delito, estimulando ações voltadas à prestação de assistência jurídica, material e psicológica; **V. Estimular o debate público entre os variados atores, jurídicos e não jurídicos, da sociedade civil e do Estado sobre os problemas da violência e da criminalidade, e das intervenções públicas necessárias à garantia da segurança dos cidadãos no exercício de seus direitos fundamentais;** VI. Contribuir, com uma visão interdisciplinar, para a produção e a difusão de conhecimento teórico e empírico, especialmente a respeito dos temas da violência e da criminalidade, e das estratégias voltadas à prevenção e à contenção desses problemas; VII. Promover o debate científico por meio da publicação de livros, teses acadêmicas, boletins e de revista especializada que abordem temas de interesse para o Direito Penal, o Direito Processual Penal, a Criminologia e a Política Criminal; VIII. Promover o debate científico sobre as ciências penais por meio de cursos, debates, seminários, encontros, ou conferências que tenham o fenômeno criminal como tema básico; IX. Promover a realização de cursos de pós-graduação *lato sensu* ou *stricto sensu*.

Apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o IBCCRIM já atuou como *amicus curiae* na ADI 4.768 (concepção cênica em salas de audiência criminal), ADI 4911 (indiciamento na lei de lavagem de capitais), ADPF n.º 187 (violações às liberdades de expressão e reunião), RE n.º 591.563-8 (reincidência), RE n.º 628.658 (indulto em caso de aplicação de medida de segurança) e RE n.º 635.659 (incriminação do porte de drogas para uso pessoal), além de ter participado com destaque no caso CIDH n.º 12.651 perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outros.



É interesse permanente do IBCCRIM estimular o debate sobre a limitação da atuação do sistema penal àqueles cenários nos quais exista risco, ao menos potencial, de violação dos bens jurídicos mais relevantes, sem que se utilize da *ultima ratio* do Direito penal como mero instrumento de controle social, quanto mais em situações em que inexista interesse estatal específico na criminalização de condutas como, argumentamos aqui, se dá na criminalização da prática de direitos reprodutivos via interrupção da gravidez, de forma geral, e em mulheres infectadas pelo zika vírus, especificamente. O IBCCRIM pode, assim, colaborar com este E. Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, o IBCCRIM é representado pela Clínica de Litigância Estratégica da FGV Direito SP. Composta por alunos e professores da FGV Direito SP, a Clínica de Litigância Estratégica tem por objetivo estimular os alunos a atuarem em casos reais de interesse público, promovendo medidas judiciais de grande impacto, capazes de alterar práticas institucionais violadoras de direitos humanos e fundamentais.

Aliando a experiência de ensino inovadora e a prática jurídica, a Clínica de Litigância Estratégica da FGV Direito SP já atuou na representação de interesses do *amicus curiae* Instituto Pro Bono da ADPF 347.

A relevância da matéria é indiscutível, especialmente em um cenário de zika vírus, já que aumentam os casos de gravidez malformação dos fetos e de gravidezes indesejadas, conforme se demonstrará. De qualquer forma, é certo que o desdobramento da matéria, seja para reconhecer sua inconstitucionalidade ou para confirmar sua validade constitucional, ensejará discussões de política criminal e fragmentação do sistema penal indubitavelmente relevantes.



II. CONTEXTO DA ADI 5581 E CONTRIBUIÇÃO DO IBCCRIM

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela ANADEP em face de atos normativos e administrativos do Poder Público nacional, por proteção insuficiente às mulheres e crianças durante a epidemia de zika vírus.

A ADI questiona a Lei 13.301/2016, que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde na situação de eminente perigo pela presença do mosquito transmissor do zika vírus, requerendo a ampliação da proteção e a adoção de novas medidas, nos seguintes termos:

Em sede de cautelar, em relação à ADI, pede-se:

- i. Interpretação conforme o art. 18, caput, Lei Federal 13.301/2016, para afastamento do limite de três anos para pagamento do benefício de prestação continuada e a sua concessão para vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas transmitidas pela *Aedes aegypti* e pela síndrome congênita do zika;
- ii. O afastamento do óbice para o pagamento cumulado do mesmo benefício com o salário-maternidade com a suspensão do art. 18º, § 2º, Lei Federal nº. 13.301/2016; e
- iii. A interpretação conforme do art. 18, §3º, Lei Federal nº. 13.301/2016 para fins de garantir o salário maternidade de 180 dias, no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika.

Ainda em sede cautelar, porém em relação à ADPF, pede-se:



- iv. A determinação ao Poder Público Nacional para garantir a realização de Estimulação Precoce em Centros Especializados em Reabilitação (CERs) em distância de até 50 km da residência do grupo familiar com criança com microcefalia e outras sequelas no sistema nervoso central causadas pela síndrome congênita do zika, além do pagamento de tratamento fora de domicílio (TFD) para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km, além do reconhecimento da obrigação de haver médicos capacitados para o diagnóstico clínico de infecção pelo vírus zika e de tornar imediatamente acessíveis nas unidades do SUS os exames de PCR e sorológicos (IGM e IGG) para detecção da infecção. Este pedido é feito também subsidiariamente em sede de ADI, com interpretação conforme do artigo 1º, caput e § 1º, II e § 3º da Lei 13.301/2016, caso este E. Tribunal acolha assim entenda.
- v. Que o Poder Público Nacional e especialmente o Executivo Federal apresente em suas páginas da rede mundial de internet e coordene a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e escolas;
- vi. A criação de políticas públicas de assistência médica às mulheres em idade reprodutiva pelo Executivo Federal, em especial àquelas em situação vulnerabilidade, de distribuição de anticoncepcionais de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG) e, para mulheres grávidas, a distribuição de repelente contra o mosquito vetor. Este pedido é feito também subsidiariamente em sede de ADI, com interpretação conforme do artigo 9º da Lei 9.263/1996, caso este E. Tribunal acolha assim entenda.
- vii. A interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, (a) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação,



segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126, do Código Penal ou; (b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal, julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica (art. 128, CP) ou de justificação genérica (arts. 23, I e 24, CP), as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver diagnóstico clínico ou laboratorial de infecção da gestante pelo vírus zika.

Ao final, a ANADEP faz os seguintes pedidos definitivos em sede de ADI:

- i. A interpretação conforme a Constituição do art. 18, caput, da Lei Federal nº. 13.301/2016, nos seguintes termos, para fixar a seguinte interpretação: farão jus ao benefício de prestação continuada a que se refere o art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com o afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício na condição de pessoa com deficiência, as crianças vítimas de microcefalia ou de outras alterações no sistema nervoso em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika, sendo desnecessária a comprovação da situação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância, e reconhecendo a comprovação da sequela neurológica por meio de declaração/atestado de profissional médico, sendo dispensada a



realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS);

- ii. A declaração de nulidade com redução de texto do art. 18, § 2º, da Lei Federal nº. 13.301/2016; e
- iii. Interpretação conforme do art. 18, §3º, Lei Federal nº. 13.301/2016 para fins de garantir o salário maternidade de 180 dias, no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika.

Com relação aos pedidos definitivos, em sede de ADPF, pede-se:

- iv. A determinação ao Poder Público Nacional e, especialmente, ao Executivo Federal para garantir a realização de Estimulação Precoce (Auditiva, Física, Intelectual, Visual, Ostomia e em múltiplas deficiências) em Centros Especializados em Reabilitação (CERs) em distância de até 50 km da residência do grupo familiar com criança com microcefalia e outras sequelas no sistema nervoso central causadas pela síndrome congênita do zika vírus, além do pagamento de TFD para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km para a realização de Estimulação Precoce, além do reconhecimento da obrigação de haver médicos capacitados para o diagnóstico clínico de infecção pelo vírus zika e de tornar imediatamente acessíveis nas unidades do SUS os exames de PCR e sorológicos (IGM e IGG) para detecção da infecção. Este pedido é feito também subsidiariamente em sede de ADI, com interpretação conforme do artigo 1º, caput e § 1º, II e § 3º da Lei 13.301/2016, caso este E. Tribunal acolha assim entenda.



- v. Que o Poder Público Nacional e especialmente o Executivo Federal apresente em suas páginas da rede mundial de internet e coordene a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e escolas;
- vi. A criação de políticas públicas de assistência médica às mulheres em idade reprodutiva pelo Executivo Federal, em especial àquelas em situação vulnerabilidade, de distribuição de anticonceptivos de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG) e, para mulheres grávidas, a distribuição de repelente contra o mosquito vetor. Este pedido é feito também subsidiariamente em sede de ADI, com interpretação conforme do artigo 9º da Lei 9.263/1996, caso este E. Tribunal acolha assim entenda.
- vii. A interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, (a) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126, do Código Penal ou; (b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal, julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica (art. 128, CP) ou de justificação genérica (arts. 23, I e 24, CP), as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da



gravidez quando houver diagnóstico clínico ou laboratorial de infecção da gestante pelo vírus zika.

Dentre os pedidos realizados pela ANADEP na ADI 5.581, está a descriminalização do aborto para os casos de contaminação de mulheres pela síndrome congênita do zika, enquanto caso de estado de necessidade, tratando-se da criação de hipótese supralegal de excludente de antijuridicidade.

A ANADEP apresentou em sua fundamentação diversos dados que demonstram ser inegável a necessidade de discutirmos a situação de aborto em um cenário de zika vírus. Segundo a Requerente, especificamente no Brasil, desde outubro de 2015, os casos de recém nascidos com singularidade neurológicas congênicas associadas à síndrome do zika vêm crescendo: já foram notificados 1.806 casos comprovadamente associados à microcefalia e/ou alterações do sistema nervoso central sugestivos de infecção congênita, sendo que, em 282 desses casos, foram encontradas evidências do vírus zika por critério laboratorial específico (técnica do PCR e sorologia). Além disso, ainda existem 2.978 casos sob investigação e outros 4.106 descartados. Os números só aumentam e demonstram que a destrinchar o tema é essencial para que enfrentemos a problemática de frente.

A síndrome do zika é tão expressiva que, em fevereiro de 2016, foi declarada como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão internacionalmente reconhecido como responsável por estabelecer parâmetros mínimos e universais de saúde, atuando em diversos países pela proteção e garantia de acesso à saúde por todos os seres humanos.

Conforme esclarece a ADI proposta, o maior risco de afetação da epidemia do zika está nas mulheres pobres e nordestinas, já que dos recém-nascidos com sinais indicativos da síndrome congênita do zika mais de 60% são filhos de mulheres de Pernambuco, Bahia, Paraíba, Maranhão e do Ceará. Essas mulheres que têm acesso a



condições extremamente precárias de saneamento básico, o acesso à água potável irregular e encontram-se expostas a diversos fatores que possibilitam a proliferação da epidemia do zika. Nesse cenário, é evidente, conforme trataremos no decorrer deste *amicus curiae*, que o exercício dos direitos humanos, reprodutivos e sexuais dessas mulheres, em especial, encontram-se completamente prejudicados pelo Estado brasileiro.

Ainda que a situação particular dessas mulheres infectadas com zika vírus seja especialmente grave e a omissão do Estado afronte preceitos constitucionais fundamentais, conforme demonstraremos, a criminalização do aborto é, por si só, violadora de direitos humanos das mulheres.

Por estas razões, apesar de o enfoque da ação base deste *amicus curiae* ser a discussão do aborto no contexto de epidemia do zika vírus, entendemos por bem abranger seis argumentos pela descriminalização do aborto no Brasil, que podem contribuir para o debate a respeito do aborto como um todo na sociedade brasileira. São eles: (i) o argumento da saúde pública, (ii) o argumento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, (iii) o argumento histórico dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, (iv) o argumento dos bons exemplos internacionais, (v) os precedentes deste Supremo Tribunal Federal, e (vi) o argumento moral.

III. MÉRITO: SEIS ARGUMENTOS EM FAVOR DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

1. O ARGUMENTO DA SAÚDE PÚBLICA

O aborto é tratado pela legislação brasileira por meio do Código Penal, por artigos que possuem a mesma redação desde 1940. Nas linhas do art. 124 do Código,



como regra, a gestante que provoque ou consinta o aborto comete crime, sujeitando-se à pena de detenção de um a três anos.

Previstos no art. 128 do Código Penal, em caráter de excepcionalidade, temos um número extremamente restrito de cenários em que a interrupção voluntária da gravidez não poderá ser punida.

Primeiramente, deparamo-nos com a hipótese de aborto necessário ou terapêutico, que se limita à condição de haver risco à vida da mãe, e o aborto humanitário ou sentimental, que por sua vez, limita se aos casos em que a gravidez decorre de estupro². Adicionalmente, temos a possibilidade de aborto nos casos em que o feto padece de anencefalia, decorrente dos avanços trazidos pela ADPF 54.

A resposta do Estado ao crime, pelo menos tradicionalmente, é a punição. Assim, como de se esperar, atualmente, quase que exclusivamente, à resposta do Estado ao aborto é a punição. A questão medular da discussão sobre o aborto, por óbvio, é determinar se as lentes do Direito Penal são as corretas para a análise do tema e, em decorrência, se a punição é a resposta estatal mais adequada.

Em oposição à perspectiva de nossa legislação infraconstitucional, temos o aborto sendo tratado como uma pauta de saúde pública, atraindo os efeitos do disposto no art. 196 da Constituição Federal, o que teria impactos dramáticos em como a questão é enfrentada:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (Grifou-se.)

² HETSPER, Rafael Vargas. “Aborto, uma questão de saúde pública”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2577>. Acesso em: Set. 2016.



O art. 196 muda a posição do Estado da forma mais drástica possível. A partir do momento em que enfrentamos o aborto como uma questão de saúde pública, deixamos de lado a ideia de punição e a discussão passa a ser sobre direitos fundamentais da pessoa humano, sendo sua proteção por parte do Estado um dos maiores pressupostos de nossa Constituição Federal de 1988.

Torna-se evidente que o primeiro ponto a ser tratado é se o aborto pode ou não ser caracterizado como um problema de saúde pública.

Entende-se que a extensão da discussão sobre os temas de saúde pública impede que se encontre uma definição exata que possa ser satisfatória em todos os casos possíveis³, todavia permanece indispensável para o avanço na discussão o esforço na identificação de princípios básicos que possam nos auxiliar a caracterizar, de forma qualificada, a interrupção voluntária da gravidez como um problema de saúde pública.

COSTA (2006), a partir de revisão de textos clássicos de medicina preventiva e saúde pública, na busca de questionar o amplo uso da expressão “problema de saúde pública”, pode nos auxiliar a estabelecer critérios básicos para sua caracterização.

O autor sustenta que, de acordo com LEAVELL e CLARK, “a definição de problema de saúde é expressa a partir de sua natureza, extensão, severidade e significância”⁴, já segundo MORLEY, “os critérios que definiriam problemas prioritários seriam: o interesse da comunidade, a prevalência, a gravidade e a

³ COSTA, Juvenal Soares Dias da; VICTORA, Cesar G. ‘O que é "um problema de saúde pública"?’ Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 144-146, Mar. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2006000100018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: Set. 2016.

⁴ Leavell HR. Planejamento para a Saúde Comunitária. In: Leavell HR, Clark EG. Medicina Preventiva. São Paulo: MacGraw-Hill do Brasil; 1976. p-666-677 apud COSTA, Juvenal Soares Dias da; VICTORA, Cesar G. ‘O que é "um problema de saúde pública"?’ Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 144-146, Mar. 2006.



possibilidade de controle”⁵.

Como outro exemplo, podemos considerar também que DALY et. al. apontam como critérios definidores “o impacto da condição no nível individual, seu impacto na sociedade (do ponto de vista econômico) e se a condição pode ser prevenida ou se existe um tratamento efetivo disponível”⁶.

Na mesma linha, avançando a discussão, temos o *Oxford Textbook Of Public Health*⁷, mostrando-se pertinente ao caracterizar o que seria “um importante problema de saúde pública”, que medidas de rastreamento – medidas que buscam o diagnóstico precoce das doenças – devem ter como maior foco de análise e investigação. Tal importância se dá a partir da análise de “duas áreas amplas”⁸:

“O impacto no indivíduo em termos de anos potenciais de vida perdidos, a extensão de incapacidade, dor e desconforto, o custo do tratamento, e o impacto na família do indivíduo. O impacto na sociedade – mortalidade, morbidade e custos do tratamento para a sociedade.”

Assim, de uma forma simplificada, para caracterizar o aborto como um “problema de saúde pública” devemos considerar aspectos como: extensão do problema, gravidade, a possibilidade de controle e, por fim, o impacto tanto na esfera individual, quanto na sociedade.

Adianta-se: o aborto, principalmente se tratado como um crime e,

⁵ MORLEY, D. *Pediatria no mundo em desenvolvimento: prioridades*. São Paulo: Edições Paulinas; 1980. apud COSTA, Juvenal Soares Dias da; VICTORA, Cesar G.. *O que é "um problema de saúde pública"?* Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 144-146, Mar. 2006.

⁶ DALY B, WATT R, BATCHELOR P, Treasure E. *Essential Dental Public Health*. New York: Oxford Press University; 2002. In Leavell HR, Clark EG. *Medicina Preventiva*. São Paulo: MacGraw-Hill do Brasil; 1976. p-666-677 apud COSTA, Juvenal Soares Dias da; VICTORA, Cesar G.. *O que é "um problema de saúde pública"?* Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 144-146, Mar. 2006.

⁷ Fowler G, Austoker J. *Screening*. In: Detels R, Holland WW, McEwen J, Omenn GS. *Oxford Textbook of Public Health*. New York: Oxford University Press; 1997. p.1583-1599. Apud COSTA, Juvenal Soares Dias da; VICTORA, Cesar G.. *O que é "um problema de saúde pública"?* Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 144-146, Mar. 2006.

⁸ Idem.



consequentemente, negligenciado pelo Estado, torna-se uma questão de saúde pública justamente por abarcar todos os elementos descritos acima: mata, fere, causa sofrimento psicológico e sua criminalização não impede sua materialização.

Ademais, apesar de sua ocorrência não depender de credo, raça, idade ou condição social, conforme será exposto, há sua manifestação causa um maior dano a quem mais precisa de uma resposta Estatal.

Destarte, podemos dispor que a própria OMS, além de definir o conceito de aborto inseguro como a interrupção voluntária de uma gravidez indesejada por pessoas sem capacitação e/ou realizada em um ambiente sem atender as condições mínimas dos padrões, estima que, por ano, em torno de 47.000 mulheres morrem e milhares ficam temporária ou permanentemente incapacitadas em decorrência de abortos inseguros e informais⁹.

Em pesquisa conduzida por DINIZ e MEDEIROS¹⁰, constatou-se que no Brasil o aborto é mais frequente entre mulheres de escolaridade muito baixa, o que agrava ainda mais o problema, em decorrência da falta de informação sobre os métodos menos invasivos de realização da interrupção da gravidez. Além disso, a pesquisa aponta que os níveis de internação pós-aborto são muito elevados, sendo que quase metade das mulheres que fizeram aborto foram internadas por complicações relacionadas ao procedimento, o que, nas palavras dos autores, “colocam o aborto como um problema de saúde pública no Brasil”.

Vale ainda apontar que a criminalização do aborto favorece a organização de um verdadeiro mercado clandestino, que opera de forma paralela e à margem da lei, sem qualquer controle ou fiscalização quanto a procedimentos ou práticas adotadas. Trata-se

⁹World Health Organization. Preventing Unsafe Abortion. Disponível em >http://www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/hrpwork/en/<. Acesso Set. 2016.

¹⁰ DINIZ, D. e MEDEIROS, M. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. 2010. Disponível em >http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002<. Acesso em: Set. 2016;



das clínicas privadas de aborto, que para além de terem preços muitas vezes exorbitantes, acabam por agravar ainda mais o risco à saúde física e psicológica das mulheres grávidas. Mulheres entrevistadas em pesquisa¹¹ sobre clínicas privadas de aborto relataram, dentre outras coisas, “falta de informação sobre os procedimentos, tratamento ‘insensível’ recebido do médico, manipulação agressiva do método por parte do profissional e o caso dramático do aborto realizado por curetagem sem anestesia”. Isso significa que, ainda que as mulheres procurem por local no qual possam provocar o aborto de forma mais conduzida e com apoio de médicos, os riscos à saúde são ainda muito altos.

Ocorre que, recentemente, esse problema de saúde pública, grave por si, só vem sendo agravado por outro grande problema de saúde pública: a proliferação do zika vírus. No boletim do Ministério da Saúde divulgado em julho¹², apontou-se que foram confirmados mais de 1.749 casos de microcefalia e outras alterações do sistema nervoso sugestivos de infecção congênita, sendo que permaneciam em investigação outros 3.062 casos suspeitos de microcefalia em todo o país. Do total de casos, pelo menos 272 tiveram confirmação por critério laboratorial específico para o vírus zika, mas considera-se que houve infecção pelo zika na maior parte das mães que tiveram bebês com diagnóstico final de microcefalia. Isso está a demonstrar correlação entre a epidemia em questão e o aumento no número de nascituros afetados pela microcefalia.

De fato, estudos recentes vêm confirmando essa constatação. Em pesquisa conduzida no âmbito da Fiocruz, a infectologista Patrícia Brasil, ao acompanhar grávidas que apresentaram sinais de infecção por zika, identificou o vírus em 72 das 88

¹¹ FIOCRUZ. Pesquisa lança luz a experiências de abortos provocados em clínicas privadas. Disponível em <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/pesquisa-lanca-luz-experiencias-de-abortos-provocados-em-clinicas-privadas>>. Acesso em Set. 2016.

¹² MINISTÉRIO DA SAÚDE - PORTAL DA SAÚDE. “Microcefalia: 1749 casos confirmados no Brasil.” Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/24769-microcefalia-1-749-casos-confirmados-no-brasil>>. Acesso em: Set. 2016.



gestantes participantes¹³. Das crianças potencialmente afetadas, 29% apresentavam graus diferentes de comprometimento, que iam de lesões cerebrais a morte do feto. Segundo Zorzetto e Andrade¹⁴, a pesquisa em questão “reforça a ideia de que o zika não provoca só microcefalia, mas uma síndrome congênita, como alguns já haviam sugerido”.

Vale ressaltar também que a maioria das grávidas cujo feto pode estar afetado pelo zika reside no Nordeste, região na qual a epidemia mais se proliferou. Essas grávidas vivem em condições precárias de saneamento e moradia, enfrentando dificuldades de acesso a serviços de saúde¹⁵. Em conjunto com a constatação de que os casos de aborto são mais frequentes entre mulheres de baixa escolaridade e com menor acesso ao sistema de saúde, evidencia-se o sério problema de saúde pública que existe na conjunção entre o aborto e a proliferação do vírus, a exigir mudanças imediatas.

Nas palavras de Jacqueline Pitanguy¹⁶, “gestantes e mulheres em idade reprodutiva de todo o país vivem a tensão e mesmo o pânico de virem a ter um bebê microcefálico. Cada consulta pré-natal e cada ultrassonografia constitui um momento de tortura emocional. Diante desse quadro é urgente e necessário que as respostas à epidemia do zika vírus incluam a questão dos direitos reprodutivos das mulheres”.

Uma vez estabelecida a questão de saúde pública, podemos partir para algumas ponderações sobre os equívocos da visão do ordenamento jurídico brasileiro sobre a interrupção voluntária da gestação.

¹³ ZORZETTO, R; ANDRADE. R.O. “As conexões do Zika.” Disponível em ><http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/04/19/as-conexoes-do-zika/><, Acesso em: Set. 2016.

¹⁴ Idem.

¹⁵ PORTAL ELETRÔNICO MINHA VIDA. “Ministério divulga casos de dengue, Zika vírus e chikungunya.” Disponível em ><http://www.minhavidacom.br/saude/noticias/20782-ministerio-divulga-casos-de-dengue-zika-virus-e-chikungunya><, Acesso em: Set. 2016.

¹⁶ PITANGUY, J. Os direitos reprodutivos das mulheres e a epidemia do Zika vírus. Disponível em >http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000500603<. Acesso em: Set. 2016.



GRECCO, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais¹⁷ sobre a teoria do bem jurídico, definiu que para uma intervenção estatal nos direitos fundamentais ser constitucional, deve ela formalmente ser fundamentada em lei e materialmente respeitar os limites da esfera da autonomia da vida privada e a proporcionalidade. No mesmo artigo, Greco também critica o moralismo jurídico-penal, afirmando que o direito penal é um meio inidôneo para proteger convicções morais, devendo fazer jus ao seu pressuposto teórico de *ultima ratio*: a pena é a intervenção mais grave ao estado de liberdade individual, só podendo ser invocada quando não existirem outros meios sociopolíticos capazes de resolver a questão.

O renomado jurista alemão Claus Roxin, no mesmo sentido de Greco, disserta, em seu artigo “que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais”,¹⁸ sobre os limites da faculdade estatal de punir. Para ele, como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica.

Partindo dessa ideia de finalidade do direito penal como proteção subsidiária aos bens jurídicos, retorna ao foco o exame da descriminalização do aborto. É certo que o sistema penal possui inúmeras incapacidades, e que são ainda mais visíveis quando analisada a prática do aborto no Brasil. Tanto pela ótica constitucional do direito penal, que defende uma postura minimalista dos instrumentos punitivos, quando pela ótica da eficiência e eficácia da norma legal, temos que a criminalização do aborto constitui um ponto no mínimo problemático na estrutura jurídica brasileira.

A punição criminal deve ser reduzida ao máximo, vez que sua instituição

¹⁷ GRECO, Luis. “Tem Futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch)”. RBCCRIM, nº 82, 2010: pg. 165-185.

¹⁸ ROXIN, Claus. “Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais.” In: http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf. Acesso em: Set. 2016.



vulnerabiliza o ser humano e, no caso específico do aborto, é incapaz de satisfazer os fins aos quais se dispõe (no Brasil, são realizados um milhão de abortos por ano)¹⁹. Além disso, o contexto internacional já concretizou a importância de se reconhecer o direito a autonomia reprodutiva da mulher e a um procedimento abortivo seguro como extensões dos direitos humanos das mulheres.

A legislação brasileira, tanto sob a ótica do Código Penal quanto do Código Civil, não se posicionou concretamente a respeito do momento inicial da proteção penal ao ser humano. Dessa forma, chega-se à conclusão de que a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, mas, de que, por outro lado, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia, principalmente aqueles referentes aos direitos reprodutivos das mulheres²⁰.

Conforme exposto anteriormente, o direito brasileiro adota uma posição rígida no que diz respeito à punição do aborto, sendo este autorizado somente nas hipóteses de risco à vida da gestante (aborto necessário – art. 128, I CP) e de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental – art. 128, II CP), além da recente expansão aos fetos anencéfalos (ADPF 54).

Contudo, tal rígida “proteção” acaba por não passar de mais um artigo ineficaz, dado que inúmeras mulheres decididas a abortar realizam intervenções cirúrgicas a fim de interromper a gravidez. Tal fato traz, ainda, consequências extremamente indesejadas à sociedade brasileira, que acarretam perigos à saúde das mulheres que vão desde lesões físicas e psicológicas até a morte da gestante, concretizando assim um grave problema de saúde pública.

Conforme sustentado anteriormente, a criminalização do aborto implica na

¹⁹ DIAS, Felipe da Veiga e TERRA, Rosane B. Mariano da Rocha B. “Fundamentação para legalização da gravidez com fulcro na criminologia crítica (uma ótica humano-feminina). pg. 11. In: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=696b35cc35e71027>. Acesso em: Set. 2016.

²⁰ ROXIN, Claus. “Estudos de Direito Penal”. Tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pdf. pg. 184 e 185.



morte de milhares de mulheres por ano, em sua maioria mulheres pobres, negras e sem condições financeiras para realizar um aborto seguro em clínicas clandestinas. Por conta das condições precárias e inseguras que as mulheres se submetem para poder abortar, releva-se a incompatibilidade entre aborto e a proteção constitucional à saúde, além de demonstrar uma grave diferenciação no plano dos direitos das mulheres que possuem condições para pagar um aborto seguro daquelas que não possuem tal sorte. Por fim, no plano internacional dos direitos humanos, tem se estabelecido pacificamente o direito da mulher nos aspectos de sua autonomia, escolhas e liberdades sexuais.

Em suma, o ponto aqui discutido se traduz como a **inadequação do direito penal para tratar a interrupção da gravidez, que deveria ser alvo de soluções sociopolíticas diferentes da criminalização, de modo a criar um sistema de acompanhamento da gestação com auxílios financeiros, sociais e familiares, que seja capaz de proporcionar uma gravidez saudável e, quando de forma alguma ela seja desejada, permita à gestante praticar o aborto de maneira segura.**

2. O ARGUMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – O BRASIL NA CONTRAMÃO DE DISPOSITIVOS E ENTIDADES INTERNACIONAIS

O aborto é uma questão relevante também para o direito internacional dos direitos humanos.

Atualmente, no âmbito internacional, o aborto é reconhecido como um direito humano das mulheres, que deve ser tutelado pelos países. O entendimento aqui é o de que os direitos já constituídos das mulheres devem ser sobrepostos aos direitos de uma vida em potencial. Os dispositivos internacionais se apresentam de forma bastante esclarecida sobre o assunto, não adentrando no mérito de discussão a respeito do início da vida e reconhecendo a necessidade de proteção das mulheres e seus direitos sexuais e



reprodutivos.

Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU se pronunciou a respeito do aborto, em decisão que tomou para condenar o governo peruano por não ter permitido em 2001 que uma mulher realizasse aborto depois de o feto ter sido diagnosticado com anencefalia.

Essa decisão representa um marco para os direitos reprodutivos das mulheres, especialmente no momento atual de epidemia do zika vírus. Para embasar sua decisão, o Comitê classificou o aborto como sendo um direito humano das mulheres, o que significa que impedir uma mulher de fazê-lo constitui violação a direitos humanos consolidados em tratados internacionais internalizados por diversos países, incluindo o Brasil.

A CADH é um dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que traz alguns conceitos importantes para nós. O artigo 5º da CADH prevê o direito à integridade pessoal dos seres humanos, condenando a prática de tortura, tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, incluindo a integridade psíquica do indivíduo neste escopo. A mulher, ao ser impedida de realizar aborto e obrigada a gestar uma gravidez indesejada, principalmente quando sabe que seu filho sofre de grave enfermidade, é submetida a tortura psicológica, como a própria ONU entendeu.

Sobre o assunto e a interpretação da CADH, já se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) no sentido de reconhecer o entendimento do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW) de que “*os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação*”²¹. A proibição do aborto, interpreta o CEDAW e confirma a Corte, atenta contra o direito à vida e à saúde da mulher. Fica claro, assim, que a autonomia da mulher, sua saúde

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. pp. 49.



sexual e reprodutiva são direitos internacionalmente reconhecidos, que merecem ser sobrepostos aos direitos do feto.

É necessário neste cenário que seja realizado um exame de proporcionalidade entre os direitos sacrificados, ou seja, os direitos da mulher, e o bem protegido (a vida em formação). Os prejuízos aos direitos das mulheres são muito maiores do que findar a vida do feto que sequer tem sistema nervoso desenvolvido. A mulher, que já tem seus direitos consolidados e que já carrega experiência de vida que lhe permite fazer a escolha racional entre ter um filho ou não, deve ter seus direitos de decisão e de controle sobre o próprio corpo assegurados.

A partir do momento em que o Estado ou qualquer particular conseguem interferir no direito da mulher de tomar decisões sobre seu próprio corpo e sua capacidade reprodutiva, temos uma grave violação aos seus direitos reprodutivos e à sua intimidade. Como já vimos, a mulher deve ter autonomia sobre seu próprio corpo, o que não necessariamente significa que assegurar-lhes o direito de escolher entre abortar ou não aumentaria a quantidade de abortos.

Já vimos também, através das experiências de nossos países vizinhos, que a orientação Estatal e o amparo à mulher que pretende abortar traz, além de segurança em termos de saúde, conforto para que tome uma decisão consciente sobre dar ou não continuidade a uma gravidez inicialmente indesejada.

As barreiras legais que impedem o acesso da mulher a tratamentos médicos adequados para a manutenção de sua vida e saúde, especialmente durante a gravidez, constituem um retrocesso na evolução pelos direitos femininos e uma afronta direta ao seu direito de igualdade e de não discriminação.

É evidente nos dias atuais, em uma sociedade ocidental, que as mulheres conquistaram o direito de disfrutar dos direitos humanos em condições de igualdade com os homens. Isso significa que, para que haja, de fato, igualdade, o Estado deve não



só eliminar barreiras como a proibição do aborto, mas também instituir políticas que previnam e punam atos discriminatórios. O Estado aqui se mostra duplamente falho, já que nem regulariza o direito internacionalmente reconhecido ao aborto, nem adota medidas de não discriminação.

A mulher não é tratada com igualdade, já que tem seu direito à saúde prejudicado ao não ter acesso aos sistemas adequados para a realização de um aborto. Trata-se de discriminação socioeconômica, já que os serviços públicos de saúde não permitem o acesso das mulheres que precisam e usufruem de tais serviços aos procedimentos abortivos adequados e seguros. No cenário de epidemia de zika, as mulheres mais afetadas são as que se encontram em situações socioeconômicas menos privilegiadas, não tendo acesso a clínicas de alto padrão para realizarem o aborto se assim quiserem. É mais do que óbvio que políticas e leis antiabortivas simplesmente excluem as mulheres pobres de obterem acesso à saúde pública e de exercerem seus direitos internacionalmente reconhecidos pelo próprio Brasil.

Ainda na linha de legalizar o aborto para garantir os direitos humanos das mulheres, a ONU também tem se manifestado recorrentemente²² sobre a necessidade de os países da América Latina criarem políticas e leis que amparem o aborto, já que atualmente, em um cenário de zika vírus, engravidar é um risco que toda mulher corre.

Como explica a renomada advogada Beatriz Galli²³, o Estado tem uma obrigação de saúde pública, sendo o responsável por conter epidemias e atender seus cidadãos, de forma a garantir a proteção a sua saúde. Uma vez que não o faz, elabora

²²Centro Internacional pela Paz e pelos Direitos Humanos. “*Abortion recognized as a right by the un human rights committee but not in zika infested's latin american countries*”. Matéria de 01.02.2016. Disponível em: <<http://www.cipadh.org/en/abortion-recognized-right-un-human-rights-committee-not-zika-infesteds-latin-american-countries>> Acesso em: 20/10/2016.

²³ GALLI, Beatriz and DESLANDES, Suely. Ameaças de retrocesso nas políticas de saúde sexual e reprodutiva no Brasil em tempos de epidemia de Zika. Cad. Saúde Pública [online]. 2016, vol.32, n.4. Epub Apr 19, 2016. ISSN 1678-4464. Encontrado em: <http://www.scielosp.org/article_plus.php?pid=S0102-311X2016000400301&tlng=pt&lng=en> Acesso em: 08/09/2016



Galli, o Estado tem o dever de adotar todas as medidas que se encontram a seu alcance para mitigar os riscos que sua população corre quando exposta a determinadas circunstâncias, como é o caso da epidemia do zika vírus.

Ora, se o Estado não consegue controlar a epidemia, por não entender o ciclo do vírus e todas as implicações da contaminação, tem o dever de amparar mulheres que engravidam de fetos com microcefalia e outras complicações neurológicas que decorrem da contaminação pelo vírus. A principal forma de amparo a essas mulheres seria a adoção de políticas de aborto, já que, repetimos, obrigar uma mulher a gestar nesse cenário representaria verdadeira tortura psicológica e um grave atentado à sua sanidade mental.

Além disso, o Brasil é signatário de diversas outras Convenções de Direitos Humanos, tais quais a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que obrigam os Estados-partes a adotarem todas as medidas apropriadas para assegurar-lhes seus direitos à saúde, reprodutivos e sexuais, bem como prevenir que tenham sua integridade psíquica prejudicada.

É latente que leis e políticas antiabortivas contrariam diretamente estes dispositivos, uma vez que, conforme já demonstramos, as mulheres que desejam abortar o farão independentemente da legalização e colocarão sua saúde em risco, tendo em vista que o Estado não dispõe dos meios e recursos adequados para a realização de um aborto. Trata-se, assim, de questão de saúde pública que, enquanto não for regularizada, viola dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres.

Os direitos humanos envolvem tanto as questões de saúde pública, já que a saúde da mulher é ignorada quando o Estado a deixa submetida a condições precárias ao escolher pelo aborto, quanto as questões relativas à autonomia da mulher, que tem os direitos sobre o seu próprio corpo estabelecidos em tratados



internacionais como uma forma, inclusive, de garantir seu direito à igualdade em relação ao homem.

3. O ARGUMENTO HISTÓRICO: EMANCIPAÇÃO DA MULHER E SEUS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Agora passemos a analisar a evolução das conquistas femininas em relação a seus direitos reprodutivos e sexuais.

Em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, pela primeira vez foram reconhecidos como direitos humanos os direitos sexuais e reprodutivos²⁴.

Este revestimento legal dado a seus direitos é fundamental às mulheres na sua constante luta por políticas públicas que assegurem saúde sexual e reprodutiva e lhe permitam alcançar a máxima autonomia, liberdade e livre exercício da sexualidade e da reprodução humana nas decisões que tocam o seu corpo e sua vida.

Os direitos reprodutivos consistem no “direito das pessoas de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas; direito a informações, meios métodos e técnicas para ter ou não ter filhos; direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência”²⁵.

A bem da verdade, nos séculos XX e XXI apresentaram-se grandes avanços e conquistas pela mulher na real efetivação destes direitos, principalmente no que

²⁴ VENTURA, Miram. Direitos reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA. p.21.

²⁵ Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. -Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p.4.



concerne aos meios de acesso a informação e aos métodos anticoncepcionais. Entretanto, quanto à livre decisão em seu desejo de se reproduzir, o Estado brasileiro está longe de ser plenamente efetivo, uma vez que essa autodeterminação depende da legalização do aborto.

Mesmo assim, a luta da mulher brasileira em busca da igualdade de tratamento entre gêneros e autonomia sexual e reprodutiva somente tem alcançado resultados significativos recentemente em termos históricos. Até antes do século XVI, na época da Renascença, não se falava sequer em uma identidade do corpo feminino; o corpo masculino era tido como o padrão de perfeição, enquanto o corpo da mulher era visto como uma versão piorada deste²⁶. Esse corpo deixa de ser de um “homem imperfeito” para ser definido pelo caráter reprodutivo de seu órgão. Ser do sexo feminino passou a significar ser mãe, uma espécie de determinismo biológico que impedia a mulher de figurar e ser protagonista na sociedade de qualquer outra forma senão como “reprodutora da espécie humana”²⁷.

Porém, anterior a essa construção de direitos reprodutivos, a mulher teve que buscar da conquista de direitos mais básicos.

Particularmente no Brasil, desde o período colonial, passando pelo Império e se estendendo até a promulgação da República, perpetuava-se uma mentalidade de subordinação, obediência e servidão da mulher em relação ao homem²⁸.

Por isso, ainda que houvesse uma previsão de sufrágio universal na Constituição Federal de 1891, sua interpretação era completamente restritiva, já que o voto era limitado aos homens. No artigo 6º, inciso II, do Código Civil de 1916, a mulher figurava como relativamente incapaz junto aos menores impúberes, silvícolas e

²⁶ ZAPATER, Maíra. Esse corpo tem dono? O direito das mulheres à autonomia sobre o próprio corpo. p.4.

²⁷ ZAPATER, Maíra. Esse corpo tem dono? O direito das mulheres à autonomia sobre o próprio corpo. p.5.

²⁸ DELLOVA, Renato Souza. Direito sexual e reprodutivo: breves considerações críticas sobre a distância do reconhecimento do multiculturalismo. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12869>.



pródigos.

Houve avanço significativo na Constituição promulgada em 1934, já que pela primeira vez foram garantidas a igualdade de tratamento e a vedação de privilégios por motivo de gênero²⁹. Porém, como esta mudança constitucional não veio acompanhada de qualquer tipo de política pública que buscasse tornar esta garantia de igualdade em realidade social, a mulher continuava relegada ao papel único de mãe.

O movimento feminista só conseguiria ter destaque novamente na sociedade na década de 1950, novamente em busca de uma reforma de legislação, pois o Código Civil previa que a mulher que se casasse renunciava à sua capacidade jurídica plena³⁰.

Este e outros problemas só viriam a ser resolvidos na redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou as garantias constitucionais, incluindo a já aclamada garantia de isonomia entre os cônjuges na sociedade conjugal, a não discriminação da mão-de-obra feminina, a proteção à gestante e à empregada-mãe³¹.

Foi no período da luta pela redemocratização do Brasil que o movimento feminista passou a ter destaque na sociedade, não só pela luta por direitos civis e políticos, mas pela atuação de alguns grupos de mulheres, paralelamente ao embate com a ditadura, que passaram a inserir a discussão sobre sexualidade e reprodução no centro das demandas, já que este tema foi impulsionado por alguns fatores relevantes.

Um desses fatores é a aprovação da venda pelo FDA (órgão norte-americano

²⁹ ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; Araújo, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito n° 02 - 2º Semestre de 2014. p.164.

³⁰ ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; Araújo, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito n° 02 - 2º Semestre de 2014. p.165

³¹ ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; Araújo, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito n° 02 - 2º Semestre de 2014. p.165



responsável pelo controle de medicamentos) da pílula anticoncepcional, primeiro anticoncepcional ministrado por via oral, em 1960, que colocou na mão das mulheres o poder de controle sobre a sua reprodução³². Apesar de não ser o primeiro método anticoncepcional disponível, a facilidade de administração da pílula, preço acessível, disponibilidade do medicamento e sua eficácia causaram uma revolução nos costumes sociais e sexuais da época e, pela primeira vez, deram às mulheres um instrumento que lhes permitisse controlar a sua fertilidade, proporcionando-lhes maior liberdade sexual.

No Brasil, a pílula anticoncepcional, juntamente com o DIU, passou a ser comercializada desde o início da década de 1960³³. É importante ressaltar, no entanto, que a divulgação desses tipos de contraceptivos não foi feita em nome da liberdade da mulher, mas sim por conta de políticas internacionais voltadas para a redução populacional³⁴.

O impacto deste método anticoncepcional foi imediato nas taxas de fecundidade registradas no país. A taxa, que entre 1940 e 1960, somente cresceu, chegando à um ápice de 6,28, passou à 5,76 em 1970 e 4,35 em 1980³⁵. Como dito, ainda que houvesse outras formas de contraceptivo, nenhum apresentava a eficácia da pílula e as sanções jurídicas e culturais diminuam.

A popularização da pílula anticoncepcional foi determinante para gerar outra discussão na sociedade: a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho formal, já que com a diminuição da quantidade de filhos e o controle de natalidade, a mulher passou a ter mais disponível para se dedicar à uma vida profissional.

³² 1960: Primeira pílula anticoncepcional chega ao mercado. Disponível em <<http://www.dw.com/pt/1960-primeira-p%C3%ADlula-anticoncepcional-chega-ao-mercado/a-611248>>.

³³ PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. Revista Brasileira de História, v. 23, n° 45, pp.239-260. São Paulo, 2003. P.241

³⁴ PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. Revista Brasileira de História, v. 23, n° 45, pp.239-260. São Paulo, 2003. P.241

³⁵ PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. Revista Brasileira de História, v. 23, n° 45, pp.239-260. São Paulo, 2003. P.247



De acordo com dados do IPEA, 39% das mulheres de 16 a 60 anos participavam do mercado de trabalho em 1977, e desde esta data este número não parou de crescer, ainda que lentamente; 40% em 1981, 45% em 1985, chegando à 58% em 2001³⁶. Claramente, quando comparado com a porcentagem masculina na mesma faixa de idade (87% em 2001), ainda há um grande desnível entre os gêneros.

Entretanto, este significativo aumento da participação da mulher no mercado de trabalho gerou duas consequências fundamentais: (i) núcleos familiares mais democráticos que permitiam à mulher sair de um papel único de mãe e administradora da casa, e (ii) um grande aumento em sua autonomia sexual, já que com o aumento de poder aquisitivo independente das mulheres, as relações sexuais já não se davam mais meramente por renda e sustento.

Após a redemocratização do país, e apesar da popularização da pílula anticoncepcional, as mulheres continuaram buscando formas de aumentar o controle sobre o próprio corpo. O caso das esterilizações em massa, ocorrido na década de 1990 é exemplo claro disso³⁷. A esterilização cirúrgica foi um método (e ainda é) praticado amplamente no Brasil por mulheres que não se contentavam com a utilização de técnicas reversíveis para não engravidar. No entanto, a prática era proibida, tanto pelo Decreto 20.931/31, que, no artigo 16, proibia a ligação tubária e a esterilização masculina, quanto pela Lei nº 9.263/96, que previa que a prática constituía crime de lesão corporal com perda de função.

De toda forma, isso não impediu que as mulheres o realizassem: de acordo com o IBGE, 13,8% das mulheres entre 15 e 54 anos eram esterilizadas.

O caso reflete a mentalidade do governo brasileiro quando o assunto é saúde

³⁶ SOARES, Sergei; IZAKI, Rejane Sayuri. Instituto de Pesquisa Aplicada. Rio de Janeiro, dezembro de 2002. P.5.

³⁷ Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. -Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p.67.



pública da mulher: ao invés de permitir e criar um ambiente no qual existe segurança para a realização de procedimentos como este, cria-se um contexto social no qual a mulher precisa arriscar sua saúde em procedimentos clandestinos. Após intenso debate, a possibilidade de esterilização voluntária foi inserida no art. 10 da Lei 9.263/96, apenas para pessoas com capacidade civil plena e maiores de 25 anos ou, pelo menos, com dois filhos vivos.

Ainda que praticamente quase todas as estatísticas com relação à participação da mulher brasileira na sociedade apontem seu aumento, precisamos nos recordar que a mulher saiu de uma enorme posição de desvantagem com relação ao homem, e este processo de emancipação da mulher é recente. Os marcos descritos acima são relevantes para a jornada da mulher pela sua autodeterminação, mas ainda pequenos perto do nível elevadíssimo de desigualdade que ainda existe em nossa sociedade.

Mesmo com estes avanços, juridicamente pouco se alterou em relação ao aborto, que continua tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal. A situação é tal que, mesmo estando enquadradas nas hipóteses de exceção, que permitem a interrupção da gravidez, muitas mulheres não conseguem realizar o procedimento. Qualquer estabelecimento de saúde que possua serviços de obstetrícia deve estar apto a realizar o procedimento, mas de acordo com pesquisa, de 68 hospitais pesquisados, que são considerados de referência para a assistência integral às vítimas de estupro e abuso sexual, apenas 37, de fato, estão aptos a conduzir estes procedimentos, devido à falta de capacitação e desconhecimento das previsões legais de aborto.³⁸

Por fim, o que notamos é que, **estando os direitos reprodutivos e sexuais previstos em lei nacional e em normas internacionais internalizadas pelo Brasil, a única maneira de tê-los completamente concretizados no ordenamento jurídico nacional é caso as mulheres brasileiras tenham acesso irrestrito a todos os meios e**

³⁸ Hospitais barram aborto até em casos previstos por lei. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/brasil/hospitais-barram-aborto-ate-em-casos-previstos-por-lei/>>.



técnicas que lhe permitam o livre exercício de sua sexualidade e da reprodução humana, sem que haja qualquer forma de discriminação, coerção ou violência.

O exercício desta autonomia exige do Estado brasileiro duas formas de ação: (i) a não interferência, no que toca legislações que restringem as ações da mulher, e (ii) a criação de políticas públicas que deem acesso a informações e meios seguros e acessíveis para que mulheres de todas as camadas sociais possam autodeterminar o seu modo de vida. Exposto isto, vemos que a conquista do direito ao aborto é o próximo passo lógico na trajetória de construção dos direitos reprodutivos e sexuais no Brasil, como já o é em alguns países do mundo.

4. O ARGUMENTO DOS BONS EXEMPLOS: EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES COM A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Experiências de outros países que descriminalizaram e legalizaram o aborto são exemplos importantes não só porque mostram os caminhos institucionais pelos quais essas mudanças foram feitas – ora pelo Legislativo, ora pelo Judiciário – como também atestam, sem qualquer sombra de dúvida, que o número de mortes de mulheres e de abortos diminuiu drasticamente após a implementação dessas medidas.

Nesse sentido, escolhemos três países da América Latina (Uruguai, Colômbia e México), pelo fato de que a legalização do aborto nessas localidades decorreu por iniciativas diferentes. Ademais, analisaremos a decisão do caso *Roe v. Wade* proferida pela Suprema Corte estadunidense para entendermos como os argumentos de defesa dos direitos constitucionais de segurança e autonomia da vontade da mulher foram discutidos em sede de legalização do aborto.

CASO URUGUAIO

Após 30 anos de discordâncias no parlamento uruguaio, em dezembro de 2013,



foi promulgada a Lei nº 18.987 que legalizou da interrupção voluntária da gravidez no Uruguai. A Lei funciona como uma “política pública de redução de danos”³⁹, não estabelecendo que o aborto é legalizado como forma de controle de natalidade, mas sim como parte dos direitos das mulheres de decidir sobre a maternidade

A Lei prevê que é dever do Estado garantir o direito à procriação consciente e responsável, reconhece o valor social da maternidade, tutelar a vida humana e promover o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de toda a população, de acordo com o estabelecido no Capítulo I da supracitada Lei. A interrupção voluntária da gravidez, que é regulada pela presente Lei, não constitui, novamente, um instrumento de controle de natalidade.⁴⁰

A descriminalização do aborto no país foi resultado de um processo centrado no fim da mortalidade materna.⁴¹ O Uruguai é o quarto país da América Latina e o segundo da América do Sul a legalizar o aborto⁴².

O ano de 2001 foi um marco para o movimento pró-aborto, quando a Associação de Obstetras do Uruguai, reagindo a um enorme número de casos de morte por aborto clandestino, decidiu tomar posição no assunto criando um regulamento médico exclusivo.

Essa organização, assessorado por juristas e amparados pelo direito legal à informação, divulgou irrestritamente informações sobre como poderia ser realizado o aborto de maneira segura. Os médicos eram legalmente proibidos de receitar

³⁹ FERRARI, Fernando Moraes e NERES, Geraldo Magella. Políticas Públicas No Uruguai Em Tempos De Mujica – O Impacto Da Legalização Do Aborto E Da Maconha Sobre A Mídia Digital Brasileira, Tempo da Ciência, Volume 22, Número 43, 1º semestre de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/ana/Downloads/12640-45677-1-PB.pdf> Acesso em 22/10/2016.

⁴⁰ Idem, tradução livre.

⁴¹ El País. Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html> Acesso em 01/09/2016.

⁴² PLAN: Avaliação, Monitoramento, Pesquisa Social. Aborto e saúde pública: as consequências após dois anos da legalização no Uruguai. Disponível em: <<http://www.planpp.com/blog/?p=407>> Acesso em 01/09/2016.



medicamentos abortivos, porém não havia óbice ao aconselhamento para mulheres que realizariam o aborto por si só. A conduta dos médicos em aconselhar as mulheres surtiu efeito e em 2008 registrou-se o primeiro ano sem nenhuma morte materna decorrente de aborto⁴³, ao mesmo tempo em que a quantidade de abortos não aumentou.

Após essa bem-sucedida experiência, o parlamento uruguaio aprovou a nova Lei que legalizava o aborto. A Lei em questão autoriza as mulheres a abortarem em um prazo de 12 semanas quando decidirem que não desejam prosseguir com a gravidez, ou até 14 semanas no caso de terem sido vítimas de estupro. Caso a saúde da mulher esteja em risco, não há prazo para realização do aborto. Antes da promulgação da Lei nº 18.426, o aborto era possível apenas nas situações de perigo à saúde materna e estupro.⁴⁴

Para estar apta a realizar aborto legal, a mulher deve passar por uma consulta com um ginecologista, um psicólogo e um assistente social, sendo necessários cinco dias de reflexão para que a mulher possa tomar a decisão de continuar, ou não, a gravidez⁴⁵.

Os reflexos dessa política são os mais positivos possíveis: em 1990, 33% das mulheres que realizavam aborto morriam em decorrência de complicações, em 2014 o percentual foi de 0%, conforme dados do Ministério da Saúde do país (MSP)⁴⁶.

Ademais, a legalização do aborto não representou em nada um incentivo à realização, segundo o relatório anual do Ministério da Saúde do Uruguai⁴⁷ o número de mulheres que decidiram levar adiante a gravidez após solicitar um aborto legal no

⁴³ PLAN: Avaliação, Monitoramento, Pesquisa Social. Aborto e saúde pública: as consequências após dois anos da legalização no Uruguai. Disponível em: <<http://www.planpp.com/blog/?p=407>> Acesso em 01/09/2016.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷Terra. Uruguai: após legalização, desistência de abortos sobe 30%. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-sobe-30,2e4163764976c410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html>> Acesso em 05/09/2016.



Uruguai cresceu 30% em 2014 se comparado ao ano anterior.

Quanto ao número de abortos concretizados, o MSP informou que se trata de uma relação de doze para cada mil mulheres, o número de abortos, sendo que com a promulgação da nova Lei, reduziu de 33 mil para 4 mil o número de abortamentos anuais⁴⁸. A idade dessas mulheres está entre 15 e 45 anos⁴⁹, a maior parte delas são adolescentes com idade menos do que vinte anos, muitas vezes sem condições de criar um filho.

CASO COLOMBIANO

Uma em cada 26 mulheres colombianas fez um aborto induzido em 2008, o que significa que aproximadamente 29% do total de gravidezes terminaram em aborto, segundo o Instituto Guttmacher⁵⁰. Dessa forma, em 2008, houve 400.400 abortos induzidos na Colômbia⁵¹, número alto se comparado com outros países com a mesma legislação sobre o aborto na América do Sul.

Ao contrário do caso uruguaio, a descriminalização do aborto na Colômbia não ocorreu pelo Legislativo, mas sim pelo Judiciário. A Corte Constitucional colombiana desempenhou um importante papel na proteção dos direitos humanos das mulheres.

Em abril de 2005, a organização *Women's Link Worldwide*, por intermédio da advogada Mónica Roa, propôs uma ação de inconstitucionalidade da lei (Código Penal) que penalizava completamente o aborto na Colômbia⁵². Em maio do ano seguinte, a Corte concluiu que a norma que criminalizava o aborto era desproporcional, além de um

⁴⁸ Carta Campinas. Número de mortes de mulheres e de abortos diminui com descriminalização. Disponível em: <<http://cartacampinas.com.br/2015/01/numero-de-morte-de-mulheres-e-de-abortos-diminui-com-descriminalizacao/>> Acesso em 22/10/2016.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Conectas Direitos Humanos. Estudo de caso da Colômbia: Normas sobre aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/19/1000481-estudo-de-caso-da-colombia-normas-sobre-aborto-para-fazer-avancar-a-agenda-do-programa-de-acao-do-cairo>> Acesso em 06/09/2016.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.



enorme desrespeito aos direitos humanos das mulheres garantido pelo ordenamento jurídico do país e por tratados internacionais ratificados.

A Corte decidiu que não haveria criminalização no aborto quando: (i) a continuação da gravidez constituísse perigo para a vida ou a saúde da mulher; (ii) existisse grave malformação do feto que tornasse inviável sua vida; e (iii) a gravidez decorresse de violência sexual. Os argumentos para chegar a essas três hipóteses basearam-se nos direitos reprodutivos da mulher, na sua dignidade humana e também na desproporcionalidade de tipificação do aborto em casos extremos como o estupro ou até a saúde materna. Apesar de já representar um avanço em relação à legislação restritiva anterior, essa decisão não era suficiente para prevenir as mortes maternas decorrentes do aborto clandestino.

Quanto à possibilidade de aborto em casos de doenças fatais e/ou malformações que venham a comprometer o desenvolvimento do feto de modo definitivo, a Corte determinou que obrigar a mulher a prosseguir com a gravidez seria tratamento desumano e incompatível com os tratados de direitos internacionais.

Após a prolação da supracitada sentença, a Corte recebeu inúmeros casos em que as mulheres requeriam o direito de realizar o aborto legal por força das circunstâncias previstas na sentença. Um desses pedidos foi feito na *Sentencia T-532/14*, onde a requerente formulou ação de tutela contra uma clínica que teria violado seus direitos fundamentais na medida que demoraram para autorizar a realização do aborto, o que gerou danos à requerente, além de ofensa aos seus direitos à vida e à saúde. A requerente alegou que não estava preparada psicologicamente ou financeiramente para ter o filho.

Em sua decisão, o Magistrado apontou os danos que a falta de uma regulamentação expressa gera nos direitos das mulheres:

“A falta de legislação expressa que determine se deve ou não



haver um limite máximo para o período de gestação no qual pode-se solicitar o procedimento de interrupção de gravidez, gera, sem dúvida, muitos conflitos entre as mulheres que solicitam a realização do aborto, as clínicas que promovem esse serviço de saúde, as IPS e os médicos que realizam o procedimento”⁵³

Dessa forma, o Magistrado entendeu que a requerente tinha o direito a realizar o aborto por considerar que obrigá-la a ter o filho representaria danos psicológicos e emocionais. Ademais, o Magistrado determinou que o Congresso Colombiano apresentasse uma regulação referente ao tempo máximo de duração do processo de realização do aborto e a determinação, se considerada pertinente, de um prazo máximo para que o aborto possa ser realizado.

CASO MEXICANO

No caso mexicano, o aborto é de competência estadual disciplinada pela constituição estadual. A capital do México, a Cidade do México legalizou o aborto em 2007, o que implicou o fornecimento de políticas públicas para viabilizar essa legalização.

Considerando que em outros estados o aborto não é legalizado, as mulheres são obrigadas a ir para a capital para realizar o aborto nas condições adequadas. Há instituições mexicanas que apoiam as mulheres para que elas cheguem à capital.

O sistema de Interrupção Legal da Gravidez (ILE) implantado na Cidade do México não exige que a mulher passe por processos anteriores para que possa realizar o aborto; todas as mulheres, residentes ou não na Cidade do México, podem recorrer a um procedimento de aborto nas clínicas públicas.⁵⁴

Segundo dados de entidades mexicanas, todo ano são praticados no México mais

⁵³ Sentencia T-532/14

⁵⁴ IBASE. Aborto: um olhar brasileiro para o México. Disponível em: <<http://www.canalibase.org.br/aborto-um-olhar-brasileiro-para-o-mexico/>> Acesso em 10/09/2016.



de um milhão de abortos. Deles, só um em cada 60 são seguros, os que se realizam na capital. No entanto, até hoje, o modelo adotado pela Cidade do México não foi adotado pelos outros estados.

Estatísticas realizadas no país mostram que um dos maiores riscos à vida materna vem dos abortos inseguros. O Ipas México, organização que tenta evitar as mortes por aborto inseguro, explica as conclusões de um estudo realizado por essa entidade. Os abortos clandestinos e inseguros constituem 11% das mortes maternas no México. Dados da mesma organização mostram que desde a aprovação da interrupção legal da gravidez na Cidade do México não houve registros de mortes decorrentes de aborto⁵⁵.

CASO ESTADUDINENSE: ROE V. WADE

Nos Estados Unidos, o aborto é legal em todo o país desde 1973, como consequência do caso Roe v. Wade. Neste emblemático caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela legalização do aborto em defesa dos direitos constitucionais da segurança e autonomia da vontade da mulher. O debate central do caso foi acerca da interpretação se o feto teria ou não personalidade jurídica e, portanto, se seria ou não uma pessoa dotada de direitos.

A Suprema Corte proferiu decisão no sentido de que o feto não é dotado de direitos até 22-24 semanas de gestação. Ao considerar que o feto não possui personalidade jurídica, a autonomia da mulher e seus direitos foram resguardados e o aborto não pôde mais ser caracterizado como homicídio. Portanto, desconstituiu-se qualquer motivação para a criminalização deste ato.

Além da desconsideração da personalidade do feto, a Corte também discutiu a extensão e as limitações do direito que o Estado tem sobre o sistema reprodutivo da mulher. O poder que o Estado teria sobre o corpo da mulher, inibindo-a de tomar

⁵⁵ Idem.



decisões sobre seu próprio sistema reprodutivo, foi considerado inconstitucional.

Da mesma forma que o Estado proíbe as mulheres de não levar adiante uma gravidez indesejada, teria o Estado, então, o aval para também determinar quando elas não devem ter um filho? Até que ponto abdicar dos direitos de autonomia da mulher poderia causar um efeito *slippery slope* e dar ao Estado o completo poder sobre o processo reprodutivo feminino.

Por fim, discutiu-se a prática e incidência do aborto com e sem a legalização. O que a Corte concluiu foi que a criminalização do aborto não irá impedir que as mulheres o façam. Torná-lo um crime somente as mantém vulneráveis aos riscos à vida e à saúde. A legalização do aborto não aumentaria a incidência dos abortos, mas garantiria mais segurança e autonomia às mulheres. E assim foi feito.

O efeito imediato da legalização do aborto nos Estados Unidos foi de aumento dos casos de aborto durante um período de 6 anos. No longo prazo, especificamente no período de mais de 30 anos, os efeitos foram de constante queda de incidência de aborto. O que se pode concluir sobre esses efeitos é que a legalização do aborto traz consigo o conceito de planejamento familiar e não de contracepção. A mudança de cultura da população fica evidente com a queda do número de abortos realizados por ano.

O contexto americano se assemelha ao brasileiro ao analisarmos o perfil das mulheres em que o aborto é mais recorrente. Atualmente, nos Estados Unidos, 75% das mulheres que realizaram o aborto estão nas classes sociais mais desfavorecidas⁵⁶. Este cenário reforça a necessidade da legalização do aborto, visto que é justamente nessa classe que o Estado deve se preocupar em implantar políticas para fins de planejamento familiar.

⁵⁶ "Abortion patients are disproportionately poor and low income" Guttmacher Institute, Maio de 2016. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2016/abortion-patients-are-disproportionately-poor-and-low-income>> Acesso em 10/10/2016.



Apesar da legalização do aborto ser de âmbito federal, nos Estados Unidos, cada estado da federação pode estabelecer limitações e tratar o aborto de forma diferente, a depender das políticas públicas oferecidas.

Até este ano, os legisladores introduziram 1.256 disposições relativas à saúde e direitos sexuais e reprodutivos. Destes, 35% (445 provisões) tentaram restringir o acesso a serviços de aborto. No primeiro semestre, 17 estados tinham passado 46 novas restrições ao aborto.⁵⁷

Incluindo essas novas restrições, os estados adotaram 334 restrições ao aborto desde 2010, constituindo 30% de todas as restrições ao aborto decretadas pelos estados desde a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Roe v. Wade* em 1973. Mesmo assim, os Estados também adotaram 22 medidas este ano, projetando expandir o acesso a serviços de saúde reprodutiva ou proteger os direitos reprodutivos⁵⁸.

É interessante observarmos que as restrições são distintas às proibições. Algumas das medidas restritivas são justas, a exemplo da restrição ao aborto por escolha de gênero ou raça do feto. As medidas restritivas que tem sido mais discutidas são quando tratam da restrição do apoio governamental.

Estados como o Texas têm restringido as políticas públicas para auxílio das pacientes do aborto. Considerando que o Texas é o quarto colocado no número de abortos por ano nos Estados Unidos⁵⁹, os efeitos que tais restrições podem trazer são preocupantes.

⁵⁷ "Laws Affecting Reproductive Health and Rights: State Trends at Midyear, 2016" Guttmacher Institute, Julho de 2016. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/article/2016/07/laws-affecting-reproductive-health-and-rights-state-trends-midyear-2016>> Acesso em: 10/10/2016.

⁵⁸ "The 334 abortion restrictions enacted by states from 2011 to July 2016 account for 30% of all abortion restrictions since *Roe v. Wade*" Guttmacher Institute, Julho de 2016. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/infographic/2016/334-abortion-restrictions-enacted-states-2011-july-2016-account-30-all-abortion>. Acesso em: 10/10/2016.

⁵⁹ Estatísticas do Guttmacher Institute quanto ao número de abortos por Estados. Disponível em: <https://data.guttmacher.org/regions>. Acesso em 10/10/2016.



Além das medidas restritivas, alguns Estados, como Dakota do Norte e Indiana, têm insistido em promulgar leis proibitivas ao aborto, desconsiderando o caso *Roe v. Wade*. Os projetos de lei estatais que visam a proibição ao aborto, em geral, não são promulgados.

Mesmo as que passam por promulgação são logo consideradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos. As proibições que geram maiores discussões são as proibições do aborto a partir da vigésima semana de gestação.

Ainda que se apresentem medidas restritivas e proibitivas, considerando a constante coerência da Suprema Corte, é pouco provável que os Estados Unidos desconstituirá a legalização do aborto.

O caso estadunidense evidencia que a legalização do aborto só trouxe benefícios à saúde pública e aos problemas sociais associados ao planejamento familiar. O caso uruguaio mostra como foi possível reverter um cenário de mortes maternas e aborto inseguro a partir da descriminalização e legalização. O Brasil ainda poderá discutir de como se dará o tratamento do aborto, quanto às políticas públicas e processo de legalização. No entanto, a legalização do aborto é incontestável e urgente.

5. OS ARGUMENTOS MORAIS: O ABORTO DEVE SER RECONHECIDO ENQUANTO UM DIREITO?

Afinal, “o aborto é moral ou imoral?”. Essa questão suscita uma perplexidade moral na sociedade e alimenta o debate público entre liberais e conservadores. Embora ambos discordem do papel do Estado e dos direitos na proteção da vida, aceitam, em alguma medida, que a vida humana goza de status especial, sagrado, a ponto de que se considere “*intrinsecamente lamentável que a vida humana, uma vez iniciada tenha um*



*fim prematuro. Em outras palavras, acreditamos que uma morte prematura é intrinsecamente má, mesmo quando não represente nada de mal para uma determinada pessoa*⁶⁰.

Há, no entanto, duas concepções acerca da sacralidade da vida: a derivativa e a independente. Quando falamos de um interesse derivativo, pressupomos que o feto é uma pessoa constitucional que “[...] *tem direitos e interesses a partir da concepção, inclusive o direito à vida, e que o governo deve protegê-los tanto quanto protege os direitos e interesses de qualquer indivíduo que esteja sujeito à sua autoridade*”⁶¹.

Diferentemente, o governo pode reivindicar um interesse independente de proteger a vida do feto, objetivando proteger a vida humana como algo sagrado, cujo valor intrínseco independe de ser o feto uma pessoa **constitucional**. Diante dessa estrutura conceitual, se a vida possui valor intrínseco, então “[...] *qualquer comunidade política tem a preocupação legítima de proteger a santidade ou inviolabilidade da vida humana, exigindo que seus membros reconheçam o seu valor intrínseco ao tomarem suas decisões individuais*”⁶².

O valor da vida humana não decorre tampouco se resume à valorização da vida humana natural, mas aquilo valorado intrinsecamente: a vida humana, por meio de uma compreensão mais ampla. Nesse sentido, explica Ronald Dworkin, renomado jurista e filósofo, que “*frustrar o mero investimento biológico na vida humana praticamente não*

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 96, tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. A discussão desta premissa também é feita por Singer em contraponto a Dworkin. Humano, segundo Singer, pode significar um indivíduo da espécie *homo sapiens sapiens* ou uma pessoa. Utilizado como sinônimo de pessoa, não é possível argumentar que o feto seja um ser humano, pois desprovido da plenitude de suas faculdades humanas, de modo a invalidar a premissa menor. Utilizado como sinônimo de indivíduo da espécie *homo sapiens sapiens*, inexistiria valor moral insito à vida humana, que infirma a premissa maior do segundo argumento posto. Assim, “*não atribuíamos à vida de um feto um valor maior que o atribuído à vida de um animal no mesmo nível de racionalidade, autoconsciência, capacidade de sentir, etc. Uma vez que nenhum feto tem o mesmo direito a vida que uma pessoa*”. SINGER, Peter. *Ética prática*, p. 162, tradução Jefferson Luiz Camargo. 3ªed. São Paulo: Martin fontes, 2002

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p 149.

⁶² Idem 209-210.



tem importância alguma, e que frustrar um investimento humano é sempre pior”.

A colaboração de Dworkin para debate sobre o aborto parte da busca pelos limites da decisão do Estado, considerando que devemos evitar a coerção governamental em embates como qual a melhor forma de respeitar a vida⁶³. Se a vida da futura criança será frustrada pela ausência de interesse de seus pais em criá-la, se trata-se de uma vida sobre a qual uma doença degenerativa será empecilho decisivo para se viver de forma plena, então, a intervenção do Estado impedindo o aborto é algo que atinge diretamente o valor intrínseco da vida humana. A escolha Estatal sobre a imposição dessas condições significa submeter o nascituro a uma vida sofrida e difícil, antes mesmo do seu nascimento. Entendemos que se tratar de verdadeira agressão à vida humana.

Existem na sociedade, além disso, diferentes concepções sobre “bem” e sobre o valor intrínseco da vida humana. Se a maioria pudesse impor sobre a minoria as suas próprias concepções morais sobre o valor da vida, então, o Estado poderia exigir o aborto em alguns casos, como, por exemplo, no caso de má formação fetal apenas por se tratar de escolha de política pública.

Assim, a solução que valoriza a vida humana em suas várias concepções e homenageia o pluralismo em uma sociedade que tem a liberdade e a dignidade humana como pilares é o reconhecimento da autonomia da mulher para ponderar o valor de sua vida - já vivida e, portanto, já mais valiosa por si só - e a vida do feto que carrega.

Acerca do valor da dimensão biográfica da pessoa, posicionou-se o Ilustríssimo Ministro Ayres Britto, quando da relatoria da ADI 3.510/DF, relativa à pesquisa com células-tronco:

⁶³ MACIEL, Everton Miguel. A Questão do Aborto em Ronald Dworkin. Seara Filosófica. N. 4, Verão, 2011, pp. 29-44. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/download/547/576+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 03/10/2016.



“Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito.”⁶⁴

Se todos os conservadores valorizassem a vida humana com seriedade, jamais poderiam admitir abortos em caso de estupros ou partos complicados que comprometem, necessariamente, ou a vida da mãe ou do feto. No extremo, nenhuma gravidez poderia ser interrompida mesmo com a vida da mãe correndo sérios riscos. Deveríamos, portanto, deixar a benevolência divina, à álea, escolher entre a vida ou a morte da mãe. Existe uma posição pró-vida que leva em conta a vida da mulher grávida sem negar o aborto como uma questão moral - é a ora defendida.

Entendemos que a escolha da gestante de abortar, no exercício de sua autonomia, não viola a esfera de direitos de outrem e é, portanto, moralmente permissível. Cumpre apontar, no entanto, que a permissibilidade moral do aborto não permite a conclusão de que o aborto não é moralmente criticável.

Nesse sentido, o primeiro argumento de ordem lógico-moral contrário ao aborto coloca-se nos seguintes termos:

Premissa maior: É errado matar uma pessoa inocente.

Premissa menor: Um feto humano é uma pessoa inocente.

Conclusão: É errado matar um feto humano.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2EENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hhv269p>> Acesso em: 29/09/2016.



A filósofa americana Judith Jarvis Thomson⁶⁵ apresenta interessante analogia para ilustrar a permissibilidade moral do aborto e refutar o argumento acima exposto.

Certa pessoa acorda pela manhã e se vê em um leito de hospital, conectada a um homem em estado inconsciente deitado na cama ao seu lado. A pessoa toma, então, conhecimento tratar-se de um famoso violinista com uma doença renal. Ele só sobreviverá caso o sistema circulatório de referida pessoa esteja ligado ao dele, sendo que a pessoa em questão é a única com o tipo sanguíneo adequado.

Sequestrada por uma sociedade de amantes da música, estabeleceu-se a conexão entre a pessoa e o violinista, de modo que, em se tratando de renomado hospital, seria possível, caso quisesse, pedir a um médico para que fosse desconectada. No entanto, caso se mantenha conectada por nove meses, o violinista se recuperaria.

Thomson entende que a pessoa implicada na situação descrita não teria qualquer obrigação moral de permitir que o violinista se utilizasse de seus rins por nove meses. Não se nega que o violinista seja um ser humano inocente e tenha um direito à vida, mas isso não chancela o direito de uso e gozo de corpo de outrem ainda que, em caso de ausência desse corpo, alguém possa morrer.

Outro argumento frequentemente apresentado por conservadores é o do valor da potencialidade da vida humana. Este pode ser exposto nos seguintes termos:

Premissa maior: É errado matar um ser humano em potencial.

Premissa menor: Um feto humano é um ser humano em potencial.

Conclusão: É errado matar um feto humano.

Este argumento não se sustenta pelas seguintes razões, postas por David Boonin:

⁶⁵ THOMSON, Judith Jarvis. *A Defense of Abortion*. Philosophy and Public Affairs, Vol. 1, No. 1, pp. 47-66.



“Se valorizarmos adultos no sentido de que acreditamos ter mais dos mesmos é melhor que ter menos dos mesmos, então, devemos considerar fetos pela mesma razão, dado que eles, eventualmente, desenvolver-se-ão em adultos. Mas não funciona assim para estes: se pensarmos que um indivíduo como eu e você temos o direito de não sermos mortos, ainda que matá-lo traria um estado de coisas melhor, isso não implica que devemos considerar que indivíduos com o potencial de se tornarem como nós já tenham esse direito.”⁶⁶

Não procede, portanto, o argumento da tutela da vida em potencial ou da potencialidade da vida, uma vez que inexiste regra de razão moral no sentido de que um objeto em potencial tenha o mesmo valor que o objeto em si considerado: esmagar uma semente não é o mesmo que cortar uma planta; um futuro presidente da república, aos 6 anos de idade, não tem os direitos que faz jus durante seu mandato; assim como o “Príncipe Charles é rei da Inglaterra em potencial, mas, no momento não tem os direitos de um rei”⁶⁷.

No limite, acolher o argumento de que o feto constitui vida potencial e, portanto, deve ser tutelado seria condenar práticas capazes de reduzir a futura população humana, como métodos contraceptivos, a abstinência sexual no período fértil da mulher, até mesmo a prática celibatária - se o argumento for levado às últimas consequências.

O ABORTO SOB A ÓTICA FEMINISTA

Apesar de o argumento sob a ótica feminista poder ser considerado como no extremo da argumentação lógica, não podemos nos furtar de apresentá-lo. A maior parte da corrente feminista entende que a gestante está na melhor posição para tomar referida

⁶⁶ BOONIN, David. *A defense of abortion*, p. 49. New York: Cambridge University Press, 2003. Tradução livre do trecho: “If we value adults in the sense that we think that having more of them is better than having fewer of them, then we should value fetuses for the same reason, given that they will eventually develop into such adults. But it does not work for the second: If we think an individual like you and me has a right not to be killed even if killing him would bring about a better state of affairs, it does not follow that we should think individuals with the potential to become like us already have that right”

⁶⁷ SINGER, Peter. *Ética prática*, p. 163, tradução Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martin fontes, 2002.



decisão, já que são seu corpo e seu psicológico que estão envolvidos na gravidez.

Isso posto, a continuidade de restrições ao aborto acaba por perpetuar um ciclo de opressão do homem sobre a mulher. Ainda sobre o argumento acerca da tutela de vida potencial, Susan Sherwin bem explicita o entendimento relacional inexistente do feto, esposado pela corrente feminista:

*“Pessoas, em outras palavras, são membros de uma comunidade social que as molda e as valoriza, e a personalidade é um conceito relacional que deve ser definido nos termos das interações e dos relacionamentos com outras. Um feto é um modo único de ser no sentido de que não pode formar relações livremente com outro, tampouco pode outro prontamente formar relacionamentos com ele”.*⁶⁸

A gravidez pode ter efeitos muito mais extensos que a gestação por si só⁶⁹, sendo o principal deles o fato de que as características próprias da mulher que a tornam menos aceita em sociedade se exacerbam durante e após a gestação, vez que novas considerações acerca da mulher são derivadas da condição de mãe ou, ainda, de mãe em potencial, mormente em uma sociedade patriarcal, na qual a mulher já tem a tendência a ter muitos fatores de sua vida influenciados pela posição privilegiada do gênero oposto.

Ao manter uma gravidez indesejada, inconveniente, seja qual for a causa, a mulher compromete sua estabilidade financeira, suas atividades profissionais, acadêmicas, sua estrutura psicológica, além de sofrer todas as alterações no corpo e ter que adaptar sua vida à nova realidade que é o bebê.

Uma mulher grávida percebe de forma ainda mais injusta a prejudicada autonomia feminina causada pelas estruturas sociais discriminatórias que sustentam e

⁶⁸ SHERWIN, Susan. *Abortion Through a Feminist Ethics Lens*, p. 335. *Dialogue*, 30, pp. 327-342, 1991. Tradução livre do trecho: “Persons, in other words, are members of a social community which shapes and values them, and personhood is a relational concept that must be defined in terms of interactions and relationships with others. A fetus is a unique sort of being in that it cannot form relationships freely with other, nor can other readily form relationships with it”.

⁶⁹ IDEM, p. 330.



são sustentadas em uma concepção machista e patriarcal de autonomia, corpo e família.

As mulheres são responsabilizadas exclusivamente pela prevenção da gravidez, além de terem que lutar sozinhas (ou seja, sem a companhia de um homem) pelos direitos de engravidar ou não e, se sim, de cuidar dessa criança⁷⁰. O homem é pouco ou nada responsabilizado pela gravidez, já que, tradicionalmente, ele teve pouca influência sobre o ato e nenhuma sobre o fato. Recai sobre a mulher a responsabilidade geral da prevenção concepcional.

Uma vez frustrada - ou seja, consolidada a gravidez - é a mulher que passa a dever suportar os efeitos da gravidez indesejada, ou seja, aquela que se buscou evitar por meio de métodos contraceptivos.

Por fim, trazemos à baila novamente o fato de que a restrição do aborto infringe um direito humano concedido à mulher para que tenha acesso à saúde e prevenção ao tratamento degradante⁷¹. Ao obrigar legalmente que uma mulher tenha seu corpo alterado por um longo período, o Estado submete a mulher a uma situação degradante sem seu consentimento.

Por fim, a ausência de regularização do aborto no país faz com que as mulheres busquem métodos alternativos, quase todas as vezes inseguros e que muito provavelmente resultam em morte ou sequela grave.

Nesses casos, o Estado está prevenindo o acesso à saúde pela mulher, enquanto os homens continuam tendo acesso a seus direitos, sendo estes humanos ou não, sem qualquer tipo de limitação pública como acontece com as mulheres.

⁷⁰ VENTURA, Miriam; CAMARGO, Thais M. C. R. *Direitos Reprodutivos e o Aborto: as mulheres na Epidemia de Zika*, p. 634. Revista Direito & Práxis, pp. 622-651, 2016.

⁷¹ MACHADO, Marta R. A.; BRACARENSE, Ana C. *O caso do feto anencefálico: direitos sexuais e reprodutivos, conformto e negociação argumentativa no Supremo Tribunal Federal*, p. 700. Revista Direito & Práxis, pp. 677-714, 2016.



Os movimentos feministas, assim, não podem, de forma alguma, ser ignorados, já que dão voz às afrontas ao acesso à saúde e aos direitos humanos, com destaque para os direitos de não discriminação e igualdade entre homens e mulheres, já detalhadamente apresentados neste *amicus curiae*.

6. O ARGUMENTO JURISPRUDENCIAL: O QUE ESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JÁ DISSE SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA?

Em sua história recente, o Supremo Tribunal Federal julgou dois casos que se relacionam, direta ou indiretamente, com a questão do aborto: (i) a ADPF 54, que trata do caso dos fetos anencéfalos; e (ii) a ADI 3.510, que trata do uso de células tronco a partir de embriões resultantes da gestação *in vitro*.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal⁷² – Decreto-Lei nº 2.848/40 – que impeça a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado.

Pretendia a ADPF ver reconhecido o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. O julgamento desta ADPF foi, nas palavras dos ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, uma das mais importantes questões já

⁷² 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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.



analisadas pela Corte⁷³. Em 2012 o STF julgou procedente o caso, declarando inconstitucional a interpretação que proíbe a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 foi proposta para permitir que fossem usados embriões doados congelados in vítreo para a extração de células tronco para o uso de tratamento de doenças e pesquisas (o que deixa o embrião inviável, e era entendido como atentado a vida), declarando o artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que o considerava ilegal, pois entendia o embrião como um feto, vida ou vida em potencial. A ação foi julgada procedente, considerando que o uso do embrião para extração de células tronco não seria uma atentado à vida.

Com base nestes casos podemos extrair argumentos que podem ser aplicados no caso em tela, referentes a (i) o conceito de vida, (ii) a tutela à vida, (iii) a liberdade da mulher e ainda (iv) o critério de sofrimento.

O CONCEITO DE VIDA

No caso da ADPF 54, a definição de vida foi a mais plural dentre todos os argumentos trabalhados. A seção seguinte demonstrará que a opção foi pela discussão da variabilidade de tutela à vida em função de seu estágio e natureza.

O ministro Celso de Mello chega a apresentar um rol quase exaustivo de definições do início da vida, oriundos das mais diversas áreas do conhecimento e até mesmo de religiões. Seu objetivo é frisar que o papel efetivo da Constituição não é estabelecer tal limite, motivo pelo qual inclusive foi rejeitada a inclusão da expressão “vida desde a concepção” durante a Assembleia Constituinte.

Quanto à ADI 3.510, tampouco realiza a definição exata. O que se põe, nas palavras do relato ministro Ayres Britto, é que:

⁷³ Pg 5. Fonte: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf



“O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa”.

Desta forma, ele deixa claro que “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”. Esses argumentos em especial, abrem a possibilidade de interpretação de que (i) em algum momento o embrião pode não ser considerado uma vida; e (ii) a vida e o sofrimento de uma concreta pessoa sobrepõem a de um embrião.

É justamente neste norte que de fato se realiza a discussão tanto dos precedentes quando do caso em pauta: não se trata efetivamente de haver vida ou não, a questão é a medida em que o direito à vida deve ser protegido em cada estágio biográfico do indivíduo, especialmente face uma miríade de direitos também fundamentais em oposição.

A TUTELA DA VIDA

No caso da ADPF 54, a hipótese mais defendida foi a do não reconhecimento de proteção ao feto anencéfalo por não possuir vida extrauterina viável. Esse é o caso dos ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello e Joaquim Barbosa, e, em alguma medida, Rosa Weber.

Ainda que a ministra Rosa Weber se refira especificamente ao pressuposto da capacidade para o convívio social, este não deixa de ser espécie de qualificação para viabilidade da vida extrauterina:

“Essa situação indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica.”

Considerando a determinação de que vida necessitaria de uma viabilidade



extrauterina o STF decidiu por diferenciar vida intrauterina de vida intrauterina com potencialidade de vida extrauterina. É como se adicionasse um requisito à vida juridicamente protegida.

Portanto, ainda que o feto esteja vivo intrauterinamente – o que não foi resolvido pelo julgamento – o tribunal admitiu a interrupção por considerar tutelável apenas a vida com potencial de sobrevivência fora do útero. Daí a necessidade de os ministros fundamentarem com mais cautela e precisão o que entendem por "potencialidade".

Não estando resolvida a questão de o que seria a vida intrauterina, poderíamos, portanto, unindo os dois argumentos, arguir que vida juridicamente protegida é aquela que permanece ainda que fora do útero. Se um feto não pode sobreviver fora do útero, ou seja, é dependente de ser intrauterino para existir, e por conta disso não seria considerada vida.

Ainda que não aceite esse argumento, o precedente coloca-se como importante ao confirmar que a definição de direito à vida na constituição não é exato e fixo, e todavia indefinido, sendo possível a avaliação pelo tribunal para a definição do que seria ou não considerado uma vida, ou a partir de que momento.

Dada essa indefinição a respeito do conceito de vida e portanto de sua aplicação como direito, podemos construir um argumento análogo para a definição de vida, utilizando a interpretação de vida extrauterina e a indefinição de vida intrauterina.

Por outro lado, na ADI 3.510 entende-se que a dimensão biográfica do ser humano, delineada pela autonomia da vontade de um indivíduo-pessoa digno, prevalece sobre uma vida em potencial (feto).

Para cada estágio da experiência humana há uma tutela jurídica cabível. No caso, a tutela deve mover-se no sentido de diminuir o sofrimento que só existe nas vidas constituídas e conscientes. Obrigar uma mulher com zika à gestação seria não só um



sofrimento psicológico e físico que atentaria à sua dignidade, mas seria instrumentalizar sua pessoa em prol de uma potência incerta de vida.

Entendida a necessidade de proteger a vida concreta da pessoa como autonomizado bem jurídico dos sofrimentos danosos que lhe serão conscientes, entendemos que a capacidade de gerar vidas não deve ser acidental ou obrigatória, mas sim parte desta mesma autonomia. A opção por descendência faz parte do “direito ao planejamento familiar”, embasado no princípio da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”.

Joaquim Barbosa adiciona, ainda, que a conjugação constitucional da laicidade do Estado está atrelada à autonomia da vontade privada. É possível afirmar que a proteção de uma vida em potencial em detrimento da dignidade de uma vida concreta indica um viés secularizado da legislação influenciada pela Igreja em tempos passados.

A LIBERDADE DA MULHER

Na ADPF 54, os direitos à liberdade, autonomia e liberdade de escolha, à privacidade e à intimidade, e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher consistiram fundamento para os votos dos ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Para eles, a vida é merecedora de tutela jurídica mas não de forma absoluta e sim ponderável, devendo a ponderação prevalecer para o lado dos direitos femininos, sendo o caso da anencefalia uma anormalidade, que atentaria contra os direitos da mãe. Menciona o ministro Celso de Mello que:

“O Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, no estágio em que já se acha este julgamento, está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontrastável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de



parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação.”

E o ecoa o ministro Joaquim Barbosa ao afirmar que:

“Seria um contrassenso chancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher. Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.”

Quanto à origem de tais direitos, os ministros citam não apenas a própria Constituição Federal como ainda remetem a uma série de instrumentos internacionais que estabelecem compromissos compatíveis, como a Declaração e Programa de Ação de Viena e a Declaração de Pequim, além das Conferências da ONU sobre a Mulher. Ambos documentos e as Conferências em si reforçam a necessidade de que governos ajam de forma a extirpar a discriminação e práticas abusivas contra mulheres, visando a garantir uma vida livre e digna.

Frisamos que, em todos os momentos os ministros reconheceram que a decisão sobre manter ou não a gravidez de feto anencéfalo é uma decisão que cabe à mulher, e não ao Estado ou qualquer outra instituição, em defesa ao direito de liberdade e



autonomia da mulher. Quanto ao direito à intimidade e privacidade, o sopesamento de valores e sentimentos para tal escolha deve se dar na ordem privada da mulher.

É relevante notarmos ainda que o ministro Celso de Mello chega inclusive a reiterar a relevância de um dos argumentos já apresentados nesta peça – qual seja a trajetória histórica da emancipação da mulher:

“O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista. O movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – buscou, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um novo paradigma cultural, caracterizado pelo reconhecimento e pela afirmação, em favor das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial igualdade entre os gêneros”.

Na ADI 3.510, outro trecho importante é o que trata da autonomia e do planejamento familiar, citação do ministro Ayres Britto:

“A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável”.

Portanto, com base nesse argumento, seria possível, pelo direito a autonomia, justificar a possibilidade do aborto em caso de gravidez que traga consequências indesejadas pela mulher, com respaldo do que já foi decidido pela própria corte.

É essencial apenas reiterarmos que em nenhum momento se defende ou se promove a escolha pelo aborto – pelo contrário, o que se busca é justamente encerrar



uma situação em que a mulher é forçada a dispor de seu corpo conforme conceitos higienistas de corpo e gênero. Como afirmado pelo ministro Joaquim Barbosa, a ideia é permitir que todas as mulheres tomem suas próprias decisões, sejam por manter ou não a gestação:

“A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, ADI 3.510 / DF portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade”.

O CRITÉRIO DE SOFRIMENTO

Parte da fundamentação na ADPF 54 revela a concordância entre os ministros que reconheceram os direitos da mulher de que obrigar a mulher a manter a gestação de feto anencéfalo contra a sua vontade lhe impõe graves sofrimentos físicos e, sobretudo, psíquicos, o que é comparado por alguns à tortura. Como traz o ministro Joaquim Barbosa:

“Sob esse enfoque, como destacou a Ministra Rosa Weber, avulta a importância a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, indubitavelmente dois componentes da dignidade humana da mulher, indissociáveis no seu imo fundamental a assumir posição de elevada importância neste julgamento. O prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico; por isso que, impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal no art. 5º”.

Trata-se de entendimento reproduzido nos exatos mesmos termos pelos ministros Cesar Peluzo, Rosa Weber, Marco Aurélio, Luiz Fux e Ayres Britto.



Por sua vez, na ADI 3.510 concluiu-se que a finalidade das pesquisas com células tronco é reduzir o sofrimento de pessoas com doenças penosas sem expectativa de cura ou tratamento eficaz. O uso de embriões doados, congelados “in vitro”, não constitui um atentado ao direito à vida, justamente por serem usados em prol de identidades já constituídas biograficamente que, sendo autônomas e conscientes, encontram-se em condição sofrível de vida.

Desta forma, o sofrimento novamente surge como elemento capaz de balizar a proteção a direitos e seu sopesamento.

O Ministro Celso de Mello ainda pontua que a inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.

É possível perceber, assim, que este E. Supremo Tribunal Federal já tateou por diversas vezes o assunto da proteção jurídica da vida em seus diferentes estágios, tendo, até o momento, defendido a proteção da dimensão biográfica da vida. Esse é um caminho trilhado, na jurisprudência no Tribunal, para abordar a tão necessária descriminalização do aborto no Brasil.

IV. CONCLUSÃO

Este *amicus curiae*, favorável aos pedidos da ADI 5581, reconhece a extrema gravidade da situação das mulheres infectadas com zika vírus, sobretudo diante da insuficiência de medidas de proteção implementadas pelo Estado, caracterizando omissão constitucional.

No seu viés mais trágico, esse *amicus curiae* apoia o pedido de interpretação



conforme à Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, para declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126, do Código Penal.

Porém, esse *amicus curiae* vai além e insta este Egrégio Supremo Tribunal Federal a se debruçar sobre a relevante questão da descriminalização do aborto no Brasil, cujo debate tardio leva milhares de mulheres à morte, doenças e incapacidades. É momento de se debater o aborto, pela saúde e vida das mulheres brasileiras.

Por isso, apresentamos seis argumentos favoráveis à descriminalização do aborto no Brasil

O **argumento de saúde pública** traz a visão que, se o Estado se pauta na perspectiva do direito penal para elaboração de sua resposta ao tema da interrupção voluntária da gravidez, negligencia seu papel de protetor de direitos fundamentais, buscando uma saída simples a uma questão multifacetada. A mudança de perspectiva do Estado e, conseqüentemente, de resposta estatal, dá-se por meio da caracterização do aborto como “problema de saúde pública”. Tal caracterização atrai os efeitos do art. 196 da Constituição Federal de 1988 e, como o direito à saúde é um direito fundamental, há demanda urgente por uma resposta adequada do Estado como contrapartida. O aborto pode ser caracterizado como um problema de saúde pública quando considerados os seguintes elementos: (a) extensão, (b) gravidade e (c) impossibilidade de controle do problema, dado o grande número de casos de aborto, de acordo com os dados expostos anteriormente, (d) o fato de uma parcela da população que necessita de uma resposta estatal estar sujeita aos maiores riscos decorrentes da prática do aborto, considerado o conceito de aborto inseguro, amplamente realizado no atual cenário de ilegalidade, falta de informação e clandestinidade, e, por fim, a facilidade de se observar (e) impactos na esfera individual, como o risco à vida ou o sofrimento psicológico da mulher, e impactos na esfera social, como o gasto público com internações decorrentes de abortos



realizados em condições desfavoráveis.

Sob a ótica do **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, manter os dispositivos legais da maneira que se encontram hoje implica dizer que estamos fechando os olhos para graves violações continuadas de direitos humanos internacionalmente garantidos e obrigações internacionais contraídas e internalizadas pelo Estado brasileiro referentes a tais direitos. A legislação brasileira atual não só negligencia os direitos das mulheres, como representa a prática descarada de tortura psicológica sobre as mulheres. O Brasil está claramente na contramão dos avanços dos direitos e organismos internacionais.

No que concerne à luta das mulheres para alcançar sua total **autonomia sexual e reprodutiva**, resultados substanciais foram produzidos no século XX. Impulsionada por fatores como o surgimento da pílula anticoncepcional e sua maior participação no mercado de trabalho formal, aos poucos tem aumentado a independência da mulher para escolher quando ter filhos e sob quais condições, e exercer livremente sua sexualidade, com o mínimo de interferência social e estatal possível. Entretanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que os direitos sexuais e reprodutivos da mulher tenham total efetividade no Brasil. Uma das mudanças fundamentais para que isto esteja mais perto de acontecer passa justamente pela descriminalização do aborto, que seria responsável por elevar consideravelmente o nível de liberdade de escolha da mulher sobre as decisões que afetam sua vida e seu corpo.

O cenário da América Latina tem avançado nesse sentido, especialmente em relação à legalização do aborto. O principal argumento para tal postura é o reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres e a prevenção das mortes maternas decorrentes do aborto clandestino. Nos Estados Unidos, o aborto é legalizado desde 1973, quando a Suprema Corte decidiu em defesa dos direitos constitucionais da segurança e da autonomia da vontade da mulher. Atualmente, a discussão estadunidense pauta-se na implementação de políticas públicas. No entanto, o Brasil está na contramão



desse movimento. Nossa legislação, ainda obsoleta, prevê apenas a possibilidade do aborto nos casos de gravidez resultante de estupro, gravidez que represente perigo para a vida da gestante e no caso de feto anencéfalo. Portanto, podemos afirmar que **a lei brasileira está atrás da experiência internacional** em relação ao respeito dos direitos fundamentais das mulheres.

Já sob a perspectiva da **filosofia moral**, a posição ora defendida busca valorizar a vida humana em seu âmbito mais íntimo, no qual entendemos que o Estado não pode interferir pela via da política criminal, pois busca impor a coerção governamental acerca da melhor forma de respeitar a vida. Ocorre, todavia, que a decisão deve, invariavelmente, recair sobre a mulher portadora do feto – trata-se do reconhecimento da autonomia da mulher de ponderar o valor de sua vida vivida, da vida biograficamente constituída, e da vida do feto que carrega.

A ADPF 54 e a ADI 3.510 trataram de casos relacionados intimamente com a questão do aborto. Ao decidir sobre esses casos, muitos ministros incluíram argumentos relacionados ao direito da mulher e à ponderação entre esse direito e o direito do feto, que podem ser aplicados diretamente ao caso que tratamos aqui. A partir desses argumentos, fica evidente que **o Supremo Tribunal Federal já forneceu precedentes suficientes para que seja garantido o direito ao aborto**, e reconhecida a inconstitucionalidade de sua vedação e criminalização. Isso deve, no mínimo, ser reconhecido nos casos de zika, como descrito nesta ação, mas já pode e deve ser reconhecido em qualquer caso de aborto.

V. PEDIDO

Diante dos argumentos apresentados na presente petição, requer-se que:



- i. Seja o IBCCRIM admitido como *amicus curiae* na ADI 5581;
- ii. No tocante aos pedidos de natureza liminar e cautelar, sejam julgados procedentes todos da petição inicial da ANADEP;
- iii. No que se refere aos pedidos definitivos, sejam julgados procedentes todos da petição inicial da ANADEP;
- iv. Seja concedida ao IBCCRIM a oportunidade de realizar sustentação oral, assegurada pelo art. 131, §3º do Regimento Interno do STF, para fins de julgamento dos pedidos cautelares e dos pedidos definitivos;
- v. Seja admitida a participação da Requerente em audiências públicas, nos termos do art. 8º, §1º da Lei 9.868/99, seja para a discussão dos pedidos liminares e cautelares, seja para a discussão dos pedidos definitivos;

Nestes termos, pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 24 de novembro de 2016.

Eloísa Machado de Almeida
Professora Clínica de Litigância
Estratégica FGV Direito SP

OAB/SP 201.790

Andre Pires de Andrade Kehdi
Presidente Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais

OAB/SP nº 227.579



Integrantes da Clínica de Litigância Estratégica da FGV Direito SP

**Ana Luiza de Camargo Bittencourt
Rito**

**Guilherme Santiago N. Bologna de
Carvalho**

Arthur Abdallah Mundim

Melina Siemerink Biasetto

Bruno Pellegrini Venosa

Rafael Divani do Val

Lucas Felipe Wosgrau Padilha

Klaus Rilque Pachel Ribeiro

Camila da Cunha Valderde