

PARECER
COMISSÃO DE DIREITO PENAL DO IAB

Indicação nº 036/2018

Referência: Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que propõe a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSol). Relatora: Ministra Rosa Weber. Determinação de Audiência Pública marcada para os dias 3 a 6 de agosto do corrente ano. Requerimento de Pedido Habilitação de pedido de *amicus curiae* do IAB no STF.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito Penal — Aborto com consentimento da gestante — Despenalização/Descriminalização — Supremo Tribunal Federal (STF) — Arguição de Preceito Fundamental (STF) nº 442 — Amicus Curiae*

1. INTRODUÇÃO

Foi protocolada no dia 7 de março de 2018 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 no Supremo Tribunal Federal, que questiona a criminalização da prática do aborto prevista nos artigos 124 e 125 do Código Penal, propondo a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, com fundamento na violação de diversos princípios fundamentais.

Conforme contextualiza o Indicante, Doutor João Carlos Castellar, muito embora a Ministra Relatora tenha negado o pedido liminar formulado na inicial, determinou audiência pública para os dias 3 e 6 de agosto do corrente ano para instruir o processo, “estando relacionados para usar da palavra 44 expositores, com 20 minutos para cada argumentação”.

Sustenta, por outro lado, como fundamento na Indicação, malgrado o tema esteja mais diretamente ao direito da mulher sobre o seu próprio corpo, a relevância do tema é de interesse nacional. Assim, afirma o Indicante ser indispensável que o Instituto dos Advogados Brasileiros venha solicitar inscrição para participar do evento, dada a relevância do tema, enviando representante para assistir aos debates.

Finalmente, além da possível representação do IAB na citada audiência pública, mesmo que seja tão somente para assisti-la, entende o Indicante: “a ADPF em questão visa à despenalização/descriminalização de dois dispositivos penais, motivo pelo qual seria mesmo imprescindível fosse emitido Parecer pela Comissão de Direito Penal sobre a matéria.”

Diante do exposto, requer o Indicante, com fulcro nos artigos 2º, III, 14, III do Estatuto do IAB e na forma do artigo 64 do seu Regimento Interno que o Plenário deliberasse:

a) A representação do IAB na audiência pública a ser realizada no Supremo Tribunal Federal entre os dias 3 a 6 de agosto do corrente ano, preferencialmente na pessoa da sua Presidente;

b) O encaminhamento da Indicação para a Comissão de Direito Penal para fins de emissão de Parecer;

c) A habilitação do IAB como *amicus curiae* na citada ADPF perante o Supremo Tribunal Federal.

Honrada com a designação da Ilustre Presidente do IAB, Doutora Rita Cortez, para formular Parecer, em caráter de urgência, após aprovação da pertinência da matéria pelo Plenário, a seguir são apresentadas as razões nos seguintes moldes:

2. A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM OUTROS PAÍSES

O aborto sempre foi punido em todas as legislações, até o século XX, chegando a ser castigado com pena de morte na Idade Média, pois se a mulher interrompesse voluntariamente a gravidez era enterrada viva ou queimada.

O primeiro país a legalizar o aborto foi a Rússia em 1920. Posteriormente, seguiram-se os países do norte da Europa como a Islândia em 1935, a Suécia em 1938, a Dinamarca em 1939, a Finlândia em 1950 e a Noruega em 1960.

A Suíça foi o país da Europa central que legalizou o aborto mais cedo, em 1942. Após 1975, os países do centro começaram a legalizar a interrupção voluntária de gravidez, começando pela França e pela Áustria em 1975, seguido da Alemanha em 1976, da Itália em 1978 e da Holanda em 1981. Na Espanha, o aborto passou a ser autorizado em 1985 e, na Bélgica em 1993, que já é bastante tarde em relação à Rússia. Na Dinamarca, Itália e Grécia até dez primeiras semanas. Na Alemanha, Áustria, Bulgária e Suíça até doze semanas. Na Suécia, é admitido até dezesseis semanas. Nos Países Baixos, o aborto é autorizado a pedido da mulher até vinte e duas semanas.

Também há países como a França, a Bélgica onde o aborto é permitido por razões sociais ou econômicas até doze semanas, ou seja, a mulher pode abortar se não tiver condições para sustentar o filho. No Reino Unido (exceto a Irlanda), o aborto é permitido nessas condições até vinte e quatro semanas. Também na Itália, o aborto é permitido até os noventa dias (entre as doze e treze semanas) por razões sociais (incluindo as condições familiares e/ou as circunstâncias em que se realizou a concepção), médicas ou econômicas ou a pedido da mulher, permitindo-se em qualquer momento em caso de risco de vida ou saúde física ou mental da mulher, risco de malformação do feto, violação ou crime sexual.

O aborto foi legalizado na Espanha em 1985, pelo governo de Felipe González, do Partido Socialista Operário Espanhol (PSOE), com algumas condições para "salvaguardar os direitos das mulheres", a qual já despenalizava o aborto nos casos de violação, graves malformações do feto ou risco de saúde física ou psíquica da mãe. O Governo espanhol decidiu no dia 14 de junho 2009 autorizar o aborto até as primeiras 14 semanas de gestação. O diploma que altera o quadro legal sobre a interrupção da gravidez prevê também a prática do aborto até as primeiras 22 semanas sempre que esteja em causa à saúde da mulher ou estejam comprovadas graves anomalias do feto. Em 24 de fevereiro de 2010, o Senado da Espanha, durante o governo socialista de José Luis Rodríguez Zapatero (também do PSOE), aprovou em definitivo uma legislação que permite, inclusive, que as adolescentes com idade entre 16 e 18 anos possam interromper a gravidez mesmo sem o consentimento de seus pais.

O aborto é permitido em Portugal até dez semanas de gestação a pedido da grávida. A Lei nº 16/2007 de 17 de abril indica que é obrigatório um período mínimo de reflexão de três dias e tem de ser garantido à mulher "a disponibilidade de acompanhamento psicológico

durante o período de reflexão" e "a disponibilidade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão" quer para estabelecimentos públicos quer para clínicas particulares. A mulher tem de ser informada "das condições de efetuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher" e das "condições de apoio que o Estado pode dar à persecução da gravidez e à maternidade;". Também é obrigatório que seja providenciado "o encaminhamento para uma consulta de planejamento familiar." O período de permissão é estendido até às dezesseis semanas em caso de violação ou crime sexual (não sendo necessário que haja queixa policial), até as vinte e quatro semanas em caso de malformação do feto e ainda é permitido em qualquer momento em caso de risco para a grávida ("perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida") ou no caso de fetos inviáveis.

Por outro lado, a lei judaica (halachá) não tem uma posição única e coerente em relação ao aborto. Ela apresenta uma série de opiniões centrais, as quais levam a uma gama de possíveis decisões legais sobre o aborto. Entretanto, para a lei judaica o reconhecimento de quando se admite a existência da vida é com o nascimento e não com a fecundação. Em Israel, foi aprovada pelo parlamento no ano de 1977 uma legislação que permite a mulher acima de 40 anos de idade realizar o aborto, além de admitir o aborto em casos de relações sexuais em caso de estupro, incesto, prostituição e adultério e quando houver risco do feto sofrer de algum dano físico ou mental, e também quando a gravidez põe em risco a vida da mulher ou quando afetá-la fisicamente ou psicologicamente. Além disso, é permitido o aborto mesmo quando o nascimento da criança possa trazer a família dificuldades financeiras ou familiares como separação, inimizade e etc.

O aborto foi legalizado nos Estados Unidos, sendo conquistado em um caso conhecido como Roe versus Wade. Em 1970 iniciou uma das maiores batalha jurídicas do século XX, iniciada no Texas e encerrada na Suprema Corte dos EUA. Jane Roe, nome fictício de Norma McCorvey, era uma mulher solteira e pobre que em 1970, recorreu à Justiça pelo direito de interromper uma gestação que fora resultado de um estupro. No estado do Texas, a pena para quem praticasse aborto era de cinco anos de prisão. A decisão da Suprema Corte em 21 de janeiro de 1973 reconheceu o aborto como um direito das mulheres. Estabeleceu-se, assim, que as maiorias das leis contrárias nos EUA violavam "o direito constitucional à privacidade"

e, portanto, eram inconstitucionais, o que resultou na legalização do aborto. Atualmente, os estados americanos regulam em que circunstâncias uma mulher pode realizar o aborto, variando a legislação de um lugar para outro.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*, em 1973, e o caso *Aborto I*, em 1975, na Alemanha, merecem particular atenção. Esses litígios deram início aos quarenta anos de enfrentamento da questão do aborto em cortes constitucionais de vários países e também a revisões das decisões originais nos dois países, como foi o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, nos Estados Unidos, em 1992, e *Aborto II*, na Alemanha, em 1993. Também, a Colômbia foi o primeiro país da América Latina a ter recepcionado uma revisão constitucional da legislação criminal de aborto nos anos 2000.

Na América Latina e Caribe, poucos países, como Uruguai, Cuba e Guiana, abrem o precedente para que a mulher interrompa a gestação até a décima ou décima segunda semana.. Alguns países permitem o aborto quase exclusivamente para salvar a vida da mulher, e só uns poucos abrem exceções em casos de estupro (Brasil, Panamá e Chile, por exemplo) e anomalias fetais graves. Mas, na Argentina, recentemente os parlamentares começaram a avaliar a lei que permitiria que as mulheres fizessem um aborto nas primeiras 14 semanas de gravidez. A Argentina se tornaria, assim, a quarta nação da região a permitir o aborto sem tais restrições, ao lado de Cuba, Uruguai, Guiana e algumas partes do México e Colômbia.

3. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA ANENCEFALIA

O Código Penal brasileiro de 1940 pune o aborto, distinguindo-se três espécies: a) o aborto provocado pela própria gestante; b) por terceiro sem consentimento desta; c) ou, por terceiro com este consentimento. As duas únicas hipóteses de interrupção da gravidez, consideradas como causas especiais de exclusão da ilicitude, eram as previstas nos incisos I e II do artigo 128 do CP, não havendo punição ao aborto realizado por médico “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto necessário) e se a gravidez resulta de estupro e há o consentimento prévio da gestante ou, se esta é incapaz, de seu representante legal.”

Importante destacar que, sob o ponto de vista da ciência médica, a hipótese de anencefálico implica no seguinte diagnóstico: quase todos os casos são cientificamente inviáveis, pois o feto não tem condições de sobrevivência fora do útero materno. Outro

aspecto importante é que por inexistir o cérebro não se pode atribuir qualquer expectativa possível de vida no feto. Também é difícil classificá-lo como ser da espécie humana, cuja característica essencial é a possibilidade de pensar. Portanto, impõe-se uma conclusão fundamental: no feto anencefálico não se considera, sob o aspecto científico, a existência sequer de uma pessoa humana.

Com certeza, o legislador em 1940, quando elaborou o Código Penal, não se defrontou com esta hipótese de gravidez, pois se naquela época houvesse o diagnóstico da medicina, de que aproximadamente quase cem por cento dos casos de anencefálico o feto morre nos primeiros momentos após o nascimento, reconheceria a interrupção da gravidez, conforme o fez nos casos descritos acima.

Ora, se é autorizado o aborto de gravidez resultante de estupro, em que pressupõe a existência de vida em potencial, com mais razão, deve ser reconhecida a interrupção de uma gravidez sem qualquer expectativa ou condições de sobrevivência do nascituro. Em última análise, dever-se-ia aplicar nesse particular a analogia *in bonam partem*. No estupro tem-se a permissão do legislador, o qual tutela a dignidade da mulher em detrimento da vida em potencial que ela carrega no ventre, levando em consideração o sentimento de revolta e aversão em relação ao ser, fruto da violência, tornando-se ele testemunha da vergonha e da desonra de que foi vítima. Da mesma forma, por analogia, é passível de concessão, nesses casos, da antecipação terapêutica do parto, tratando-se de uma gravidez de feto sem cérebro, preservando-se a dignidade da pessoa humana, a saúde física e mental da mulher. Porquanto, não resta dúvida que, considerando os estudos cientificamente comprovados, na maioria dos casos, a inviabilidade da vida humana da criança transforma-se numa verdadeira tortura psicológica para quem a gere.

Registre-se que a par destas considerações os Tribunais vinham firmando o entendimento, por meio de decisões pontuais proferidas em todo o país, em que reconheciam o direito das gestantes de se submeterem à antecipação terapêutica do parto nos casos da gravidez em decorrência de feto portador de anencefalia, autorizando judicialmente a realização do aborto, desde que a anomalia estivesse comprovada em laudo médico. Entretanto, decisões em sentido inverso desequilibravam essa jurisprudência.

Diante da polêmica existente no debate sobre o tema, a Confederação Nacional dos Trabalhadores, em julho de 2004 ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54), requerendo liminar, a fim de que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixasse o entendimento no qual a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico (ausência de cérebro) fosse legalizada, permitindo que as gestantes em tal situação tivessem o direito de interromper a gravidez, sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Ademais, é notória a morosidade da Justiça, em qualquer procedimento. Nesse caso, tal demora da autorização judicial acarretava mais angústia para a gestante, além de que, muitas vezes, a decisão torna-se inócua, chegando somente ao final da gravidez. A liminar foi, então, deferida pelo Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. A Procuradora Geral da República em exercício, à época, Doutora Deborah Duprat, enviou parecer ao STF defendendo a legalização da interrupção da gravidez em caso de feto com anencefalia. Desde que a doença seja diagnosticada pelo médico, considerou que deve ser reconhecido o direito de a gestante se submeter a esse procedimento sem que haja necessidade de autorização judicial ou de qualquer órgão estatal. Destacou, ainda, que a proibição de interrupção da gravidez contraria o direito à liberdade, à autonomia, além de ferir o direito à saúde da gestante, e o princípio da dignidade humana, argumentando que o direito à vida é uma discussão de cunho religioso.

Nesse contexto, o Plenário do Instituto dos Advogados dos Brasileiros, na sessão do dia 5 de setembro de 2009, aprovou por unanimidade Parecer, que foi levado à Câmara dos deputados como subsídio para discussão do Projeto de Lei 4.384/2004 de autoria dos deputados Luciana Genro (PSol/RS) e José Aristodemo Pinotti (PMDB/SP), que autoriza a interrupção de gestação de fetos anencefálicos, que tramitava no Congresso Nacional, para incluir esse caso entre as possibilidades legais de aborto, incluindo o inciso III ao artigo 128 do Código Penal.

Em 12 de abril 2012, o STF julgando o mérito da ADPF 54¹, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), autorizou a interrupção da

¹ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefalo seja conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. STF, ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, julg. 12.4.2012, publ. 30.4.2012.

gravidez de feto anencefálico. Nesse debate travado, o STF, por ocasião do julgamento da referida Ação, ampliou a discussão em torno da personalidade e da dignidade humana do feto anencefálico, questionando a tese se este seria titular do direito fundamental à vida e se esse direito seria absoluto e inviolável.

Em um primeiro momento, os Ministros discutiram se havia titularidade do direito à vida pelo nascituro, divergindo todos sobre o processo de personificação que conduziria a esta conclusão. Em seguida, se debruçarem sobre a questão de qual a expectativa da vida do anencefálico, fosse ele pessoa ou não, se poderia ser considerada a vida humana juridicamente tutelada ou relevante. Todavia, a posição da maioria dos ministros decidiu por considerar como vida humana juridicamente protegida seguindo a teoria científica de “vida cerebral”, seja ela intrauterina ou extrauterina.

Contudo, os argumentos favoráveis à interrupção de gestações ligadas à condição de anencefalia fetal, expostos na ADPF 54, ao final do julgamento, fundaram-se nos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana*, da *intimidade*, da *liberdade de opção* e da *liberdade de crença*, do *direito à saúde* e à *proteção da maternidade*, equiparando, ainda, a imposição da manutenção da gravidez de um feto anencefálico à tortura, tratamento proibido em nosso ordenamento jurídico, vez que a gestante teria pleno conhecimento de que seu filho seria natimorto ou, se nascesse com vida, sobreviveria pouco tempo fora do útero materno.

Os argumentos contrários à interrupção da gravidez basearam-se, eminentemente, no *direito à vida* do feto, bem jurídico que é tutelado pelo ordenamento pátrio, proibindo, assim, o aborto. Finalmente, a conclusão que prevaleceu no STF por ocasião do julgamento da ADPF 54 à época foi na seguinte perspectiva: o feto anencefálico, porque não tem possibilidade de vida extrauterina é impossível de ser um centro de imputação de direitos fundamentais. Ainda, o bem jurídico a ser tutelado seria a saúde psicofísica da mãe, bem como sua autodeterminação e liberdade, com todos os seus consectários.

Nesta situação jurídica, diante da certeza da não sobrevivência, o feto anencéfalo não se constitui em centro de imputação de direitos e deveres, afastando-se a concepção do processo de personificação do nascituro, logo, não há que se falar em iguais liberdades

fundamentais entre ele e a mãe, a qual passa, inclusive, por grande sofrimento, ao ser ela compelida a levar adiante uma gravidez marcada pela inviabilidade de vida humana tutelável.

Assim, os ministros do Supremo Tribunal Federal, decidiram, em 12 de abril de 2012, pela possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico, determinando inconstitucional a interpretação de que esta interrupção da gestação se caracterizasse como conduta ilícita tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Finalmente, acresce-se, outro fundamento que restou decidido no julgamento da referida Ação: o fato de o Brasil se constituir em um Estado laico, cuja estrutura político-jurídica deve se apresentar neutra em relação a dogmas religiosos dos mais variados, o STF decidiu pela tutela da *liberdade sexual e reprodutiva da mulher* e pela tutela de sua *saúde, dignidade e possibilidade de autodeterminação*. Na ocasião, foram favoráveis os Ministros Ayres Britto, Cármem Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Rosa Maria Weber e, contra, pugnando pela improcedência dos pedidos da ADPF 54, Ricardo Lewandowski e o então Presidente da Corte, Cezar Peluso. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar a matéria, uma vez que havia atuado no processo como Advogado-Geral da União.

4. O ABORTO E AS VIOLAÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O objeto da Indicação reside no fato de que o Partido Socialista e Liberdade - PSol, em conjunto com o ANIS – Instituto de Bioética ajuizaram, no dia 7 de março do corrente ano, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 no Supremo Tribunal Federal, requerendo que a interrupção voluntária da gravidez, nas 12 primeiras semanas de gestação não seja considerada crime. A tese desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) fundamenta-se nas seguintes razões jurídicas: a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustenta, porque viola os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e

meninas (Constituição Federal, art. 1o, incisos I e II; art. 3o, inciso IV; art. 5o, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Nesse contexto, a ADPF nº 442 baseia suas alegações nas violações resultantes da criminalização do aborto para os direitos fundamentais das mulheres, considerando os principais aspectos:

1. A análise do direito comparado nas últimas décadas do século XX, especialmente partir dos anos 1970, em diferentes países democráticos, como a Alemanha e os Estados Unidos, na França e, mais recentemente, na Colômbia, na Cidade do México (Distrito Federal do México) e em Portugal, em relação à revisão do aborto, para a compreensão de como as cortes constitucionais se estabeleceram como instância legítima no espaço político para as interpelações fundamentais provocadas pela questão do aborto, como ocorreu, em particular com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*, em 1973, e o caso *Aborto I*, em 1975, na Alemanha. Estes parâmetros internacionais de interesse da Corte brasileira são abordados por duas razões: pelo diferentes marco constitucionais solicitados para a revisão constitucional da questão do aborto (privacidade e dignidade, respectivamente), mas também por apresentar o marco dos trimestres (definição de limites temporais para a criminalização do aborto associados à viabilidade do feto para a vida extrauterina) e o marco das causais (definição de exceções à ilicitude do crime de aborto) na constitucionalização do direito ao aborto. Entende-se que tais decisões foram resultados de um processo histórico e político de atualização do direito, como integridade, que resultaram em descriminalização ou legalização do aborto.
2. O exame, ainda, das decisões da Suprema Corte, na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306, em que houve o enfrentamento da questão do aborto, sobretudo quanto à inadequação de se considerar o estatuto de pessoa ao embrião ou feto e o critério do nascimento como marco para a imputação de direitos fundamentais, demonstrando a construção de um processo de entendimentos cumulativos da Suprema Corte na proteção de direitos fundamentais das mulheres.
3. Ainda, através de dois métodos interpretativos enfrenta a questão da inconstitucionalidade quanto à criminalização do aborto: o primeiro percorre a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana por dimensões essenciais vinculadas

a outros direitos constitucionais; o segundo, pelo teste da proporcionalidade, demonstra como a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo e, além de não coibir a prática, não promove os meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto. Os dois métodos interpretativos demonstram como a criminalização do aborto resulta em graves infrações de direitos fundamentais vinculados à violação da dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres.

4. Finalmente, a criminalização do aborto pelo Estado brasileiro torna a gravidez um dever, violando o princípio da razoabilidade, já que impõe às mulheres, em particular às negras e indígenas, nordestinas e pobres, graves conseqüências de vida para elas, pois o procedimento de interrupção ocorre em condições insalubres e sob a ameaça de perseguição criminal, agravadas também pela desigualdade racial, econômica e regional. A forma como vem sendo tratado este tema acaba por infringir outros direitos, tais como: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a sua liberdade de opção da maternidade e do planejamento familiar, já que ela não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, sem falar na ofensa à integridade física e psíquica da gestante, que sofre os efeitos de uma gravidez indesejada.

Como se ressalta no teor da ADPF 442, mesmo antes do julgamento da ADPF 54, a Suprema Corte brasileira, ao decidir a ADI 3.510, aprovando a constitucionalidade da pesquisa com embriões, antecipou-se ao debate, pois, já nessa ocasião, admitiu o nascimento com potência de sobrevivência para o reconhecimento da personalidade jurídica, afastando a presunção de direitos fundamentais em relação à existência de criatura humana, ainda em desenvolvimento, conforme ressaltou o voto Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto:

A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca ox carbônica com o meio ambiente.²

² Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico* Brasília, DF, n.96,28 maio2010. Disponível em:><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso 22/07/2018,

Nesse sentido, o entendimento dos Ministros foi o de que *o estatuto da pessoa só seria reconhecido após nascimento com vida*, não havendo como se imputar direitos fundamentais ao embrião, como segue da ementa do acórdão:

E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com timbre de fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar) [...] A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana [...] O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.³

Também registrou a peça inaugural, objeto desta Arguição, após o julgamento da ADPF 54 em que o Supremo Tribunal Federal permitiu a interrupção da gestação de anencéfalo, em 12 de abril de 2012, no julgamento do Habeas Corpus 124.306,⁴ a 1ª Turma, por maioria, seguiu o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, ao decidir pela concessão da liberdade dos funcionários de uma clínica clandestina de aborto no Rio de Janeiro, em novembro de 2016, o STF concluiu pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, por considerar medida legal desproporcional que viola direitos fundamentais das mulheres, incluindo direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade, a partir de uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Por outro lado, além da ausência de seus fundamentos constitucionais, também demonstra a ADPF nº 442 a falta de razoabilidade em ser considerado como pressuposto de discussão que a criminalização do aborto se justificaria para proteger a vida do embrião.

³ Idem. Ibidem.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 22/07/ 2018.

Dessa forma, sustenta que o debate sobre a questão do aborto deve se cingir no âmbito jurídico, levando-se em conta os dados científicos relevantes que apontam para a injustiça da criminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos. Segundo sustenta, ainda, a criminalização da interrupção da gravidez viola a dignidade humana e a cidadania das gestantes, ao mesmo tempo em que as discrimina. Isso porque o embrião ou feto são colocados em pé de igualdade com as mulheres, mesmo sem serem pessoas constitucionais. Com isso, as mulheres perdem autonomia sobre seus projetos de vida.

Como argumentam as ilustres advogadas Luciana Genro, Luciana Boiteux, Gabriela Rondon e Sinara Gumieri que subscrevem a inicial, os fundamentos da ADPF encontram-se plenamente justificados, devendo ser examinado como parâmetro o desenvolvimento de um processo de interpretação que foi consolidado pela Suprema Corte, no enfrentamento da questão, como matéria de direitos fundamentais na ADI 3.510, em que a Corte superou o questionamento sobre o início de existência da vida para a constitucionalidade da pesquisa de célula tronco com embriões, entendendo que não há como se imputar o estatuto de pessoa ou mesmo o caráter absoluto do direito à vida aos embriões. Da mesma forma, como ocorreu na ADPF 54, em que a Corte reafirmou a interpretação das cortes internacionais no enfrentamento da questão da interrupção da gravidez, além de que não há direito absoluto em nosso ordenamento constitucional.

Também, a ADPF nº 442 reafirma os mesmos fundamentos abordados no julgamento do referido HC 124.306, em que o STF concluiu que o embrião ou o feto não possuem estatuto de pessoa constitucional, pois isso somente é reconhecido após o nascimento com vida. Assim, eles não têm ainda direito às garantias fixadas na Constituição. Portanto, a maioria da Primeira Turma do STF interpretou a questão da interrupção da gravidez voluntária como decisão reprodutiva moralmente razoável das mulheres, cuja criminalização viola seus direitos fundamentais. Portanto, a proibição do aborto é desproporcional, e entra em conflito com os direitos fundamentais das mulheres. Seguindo argumentação consolidada na ADI 3.510 e na ADPF 54, Ministro Barroso afirmou:

O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.

Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.⁵

O parâmetro requisitado pelo PSOL para interrupção da gravidez voluntária, em sua Arguição de Descumprimento de Preceito Legal, o é o dos três meses. Conforme o partido, o Estado não poderia interferir se uma mulher com gravidez de até 12 semanas quiser abortar. Esse modelo temporal é adotado na Alemanha e também foi base nos EUA. Neste contexto, é útil reconhecer a solução jurídica encontrada pela maioria dos países desenvolvidos e por um crescente número de países em desenvolvimento: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Cidade do México (México), Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guiana Francesa, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Moçambique, República Tcheca, Rússia, Suíça e Uruguai autorizam a interrupção da gestação por decisão da mulher até 12 semanas de gestação. Da mesma forma, foi o mesmo critério usado pela 1ª Turma do Supremo no HC 124.306, quando mandou soltar os donos de uma clínica de aborto. Seguindo voto do ministro Luís Roberto Barroso,⁶ o colegiado entendeu que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser tratada como o crime de aborto descrito no Código Penal.

Por outro lado, na petição assinada pelas ilustres advogadas, o partido ainda alega que a proibição do aborto não impede a sua prática. Neste diapasão, traz como base a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, a constatação de que 503 mil mulheres interromperam voluntariamente a gravidez no país em 2015. Ainda, sustenta alicerçada em dados cientificamente demonstrados, que as camadas de mulheres mais penalizadas são as pobres, nordestinas, indígenas e negras. Esse levantamento estatístico indica que 18% das nordestinas já praticaram aborto, contra 11% das moradoras da região Sudeste. Além disso, 15% das índias e negras já interromperam a gestação, contra 9% das brancas. Como a prática é proibida, essas mulheres acabam recorrendo a métodos perigosos, que colocam suas vidas em risco, ressaltando que isso não ocorre com as mais ricas, que têm acesso a clínicas de alto padrão.

⁵ Ementa do voto-vista vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 22/07/2018.

⁶ Idem, Ibidem

Conforme também analisa a ADPF nº 442, a criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre de gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres com reflexos, sobretudo, na sua dignidade humana e, ainda, enseja a violação de uma série de direitos fundamentais. Além de constituir um equívoco, a forma como vem sendo tratado este tema acaba por infringir outros direitos, tais como: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a sua liberdade de opção da maternidade e do planejamento familiar, já que ela não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, sem falar na ofensa à integridade física e psíquica da gestante, que sofre os efeitos de uma gravidez indesejada.

Por outro lado, a tipificação penal contraria, ainda, o princípio da razoabilidade porquanto a proibição do aborto gera uma medida falaciosa, enquanto pretensamente visa à proteção ao bem jurídico que se almeja tutelar (vida do nascituro), pois a criminalização não produz qualquer impacto sobre o número de abortos praticados no país. Ao contrário, a incriminação do aborto só impede que a interrupção voluntária da gravidez seja feita de modo seguro e igualitário. Além disso, existem outros meios mais eficazes e menos lesivos para o Estado evitar a ocorrência de abortos, ao invés da criminalização, tais como: educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. Por fim, a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Na atual conjuntura, é forçoso admitir que a interrupção voluntária da gravidez consista numa realidade cotidiana e clandestina nos países em que o aborto não foi ainda legalizado, principalmente no Brasil. Em verdade, deixando de lado as hipocrisias, não constitui segredo para ninguém que a gravidez indesejada é frequentemente interrompida em clínicas clandestinas pelas classes abastadas. Mais uma vez, impõe-se no Brasil uma brutal diferença aos cidadãos de poder aquisitivo: a mulher rica tem condições de pagar pelo aborto, com segurança, higiene e cuidados, enquanto a mulher pobre e desesperada com a gravidez, em geral, se entrega nas mãos dos chamados “carneiros”, ou, descobre a enfermeira sem adequada qualificação na área de saúde, correndo perigo de vida. Muitas mulheres sofrem hemorragias graves, perdem o útero, vão parar na UTI e morrem. Não foi ainda realizado um estudo a fim da determinação dos custos para os cofres públicos, entretanto, especialistas

estimam que as complicações do aborto clandestino possam ser dez vezes maiores do que seria para atender os casos de aborto legal.

Afigura-se a criminalização do aborto sob o ponto de vista jurídico e constitucional e social como um lamentável equívoco. Por outro lado, sua proibição expõe a mulher, que decide abortar, repita-se, a grandes riscos de vida, já que ela recorre a expedientes não cirúrgicos, especialmente as mulheres pobres, negras e indígenas que, sem assistência médica e os cuidados higiênicos exigidos para a sua prática acabam se submetendo ao aborto. A desigualdade racial e de classe torna o aborto um evento muito mais comum na vida das mulheres hipossuficientes e que vivenciam maior vulnerabilidade social.

Ainda, apesar de admitir a ADPF nº 442 que a taxa de prisão por aborto seja baixa quando comparada ao universo de mulheres que realizaram o aborto,⁷ o certo é que essas consequências são traumáticas e danosas para as mulheres. A cada minuto, uma mulher brasileira toma a decisão de não seguir com uma gestação e, em função da criminalização, esse procedimento de interrupção ocorre em condições insalubres e sob a ameaça de processo criminal, potencializado pelo estigma e ainda pela desigualdade racial, econômica e regional, como já ressaltado. Por outro lado, também contextualiza a referida Arguição que a criminalização por aborto é altamente seletiva e arbitrária, e frequentemente decorre da violação de sigilo médico por profissionais de saúde ao atender mulheres, pois: “Mulheres jovens, negras e indígenas, pobres e pouco escolarizadas são algemadas em macas, saem do hospital direto para delegacias, possuem sua intimidade de saúde devassada por investigações policiais e midiáticas, e enfrentam a possibilidade de serem levadas a júri popular, conforme se observa em decisões judiciais de tribunais de todo o país.”⁸

⁷ Como resalta a ADPF, certo é: “O já falido sistema prisional brasileiro seria quadruplicado, e as mulheres seriam a principal população carcerária. Mas não seriam quaisquer mulheres nos presídios: é principalmente para as mulheres negras e indígenas, pobres e menos escolarizadas que os efeitos punitivos do aborto resultariam em prisão. A seletividade do sistema prisional brasileiro ganharia uma face assustadoramente feminina, pobre, negra e indígena.” (fls. 03).

⁸ Ainda, enfatiza a ADPF nº 442 (p. 60): “Os jornais atualizam a cada dia a urgência do perigo de dano imposto às mulheres pela criminalização do aborto. Há dez anos, o “caso das 10 mil” assombrou mulheres em todo o país: em 2007, uma clínica de planejamento familiar foi fechada em Campo Grande (MS) sob a suspeita de realizar abortos ilegais. A operação policial violou a privacidade e o direito ao sigilo médico de quase 10 mil mulheres que haviam sido pacientes da clínica ao longo dos anos; confiscou, acessou e tornou públicos os prontuários médicos. Cerca de 1.500 mulheres foram indiciadas e a muitas foram impostas penas alternativas; quatro profissionais de saúde foram levadas a julgamento pelo tribunal do júri e condenadas a penas que variaram entre 1 e 4 anos de prisão. Há poucas semanas, uma mulher de 26 anos, moradora de uma das cidades mais pobres da região metropolitana de Curitiba, buscou atendimento médico no Hospital Universitário Evangélico de Curitiba, após induzir um aborto de forma insegura. Chegou como emergência médica, mas, após receber alta, foi levada do hospital ao cárcere da Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa, onde permaneceu por três dias, até

Assim, é inegável registrar os efeitos nocivos acarretados com o estigma que a criminalização do aborto representa para as mulheres perante a lei penal. O Brasil é recordista em abortos clandestinos (cerca de mais de um milhão por ano), além do elevado número de mortes e do comprometimento da saúde das mulheres em decorrência das péssimas condições em que os abortos são realizados. Da forma como é tratada a matéria, ao contrário de tutelar a vida humana, cria-se ameaças a outros bens jurídicos, como a saúde e a integridade física das mulheres. Chega-se, assim, à seguinte conclusão: a criminalização do aborto não impede a sua realização. Nesse sentido, como registra a ADPF nº 442: “estudos recentes estimam que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorram de abortos inseguros, e estão concentradas em países pobres. No Brasil, a própria criminalização dificulta a produção de dados nacionais confiáveis sobre a mortalidade associada ao aborto inseguro, mas sabe-se que cerca de metade das mulheres que fez um aborto ilegal no país precisou ser internada.”

5. CONCLUSÃO

Já se examinou a questão constitucional na ADPF nº 442 e, exaustivamente, a comprovação descrita nas estatísticas sobre a seguinte realidade: o fato de haver uma legislação que se criminaliza o aborto não evita sua prática, que é feita de forma clandestina, com riscos de vida e saúde para a mulher. No Brasil, têm-se vários exemplos dessa situação. Um deles, talvez o de maior gravidade, é o Estado da Bahia, onde a realidade da mortalidade materna confirma, de forma singular, o caráter perverso da criminalização do aborto, já que conforme foi sustentado, há fator inegável e seletivo do sistema penal: a desigualdade social e a discriminação de raça e gênero e cor. Os números de mortes maternas, em decorrência do aborto feito de forma insegura, são muito acima que a média nacional. A cada cem internações por parto, na capital baiana, ocorrem 25 em decorrência do aborto, quando a proporção nacional é de 15 para cada 100 mortes. As práticas insalubres do aborto já foram consideradas a terceira causa de morte materna no país. E não foi ainda realizado estudo confiável visando determinar os verdadeiros custos para os cofres públicos gerados por essa prática incontrolada e insalubre. Especialistas na matéria, no entanto estimam que as complicações do aborto clandestino costumem gerar custos dez vezes maiores do que para o atendimento dos casos de aborto legal. É forçoso e lamentável se admitir que a interrupção

conseguir pagar a fiança. A suspeita é de que tenha sido denunciada por um enfermeiro, que desrespeitou seu direito a atendimento humanizado e sigiloso.”

voluntária da gravidez consista numa realidade cotidiana, clandestina e social nos países em que o aborto ainda não foi legalizado.

Por outro lado, em vários Estados brasileiros ocorrem mais de mil processos contra mulheres que realizaram aborto. Há um histórico de casos de verdadeira violência praticada contra mulheres, por conta da atuação truculenta da polícia. Os agentes policiais não respeitam e nem preservam a privacidade e a intimidade das mulheres, permitindo sua indevida exposição, em relação à forma como foram manuseadas as fichas médicas por pessoas não qualificadas. Elas hoje ainda são processadas criminalmente, algumas já foram condenadas, e outras que não foram processadas vivem o drama de serem investigadas criminalmente, com medo de ter sua vida privada revelada para suas famílias, seus colegas de trabalho, ou para o público em geral. É inadmissível que o Estado brasileiro mantenha uma legislação, absolutamente desajustada à realidade social, uma lei desumana e cruel para as mulheres, em que as joga no caminho da clandestinidade, tratando-as como criminosas e, por isso, são obrigadas a sentar no banco dos réus, podendo ser condenadas a três anos de prisão.

Até quando vamos continuar inadmitindo que o aborto é um problema de saúde pública e não um caso de polícia, ou trazendo a questão moral e religiosa ao centro do debate? É só visitar uma unidade de saúde pública para constatar a realidade: o número de mulheres internadas para tratar de complicações derivadas de práticas inseguras em decorrência de abortamento. No momento em que houver essa conscientização da sociedade civil e do poder público, aí sim poderemos enfrentar o problema, buscando uma solução melhor para a grave realidade do aborto clandestino realizado no Brasil, longe da esfera penal, conforme lamentavelmente se encontra atualmente, reconhecendo em primeiro lugar a questão de saúde pública.

Como finaliza acertadamente a ADPF nº 442, é com fundamento tanto na perspectiva empírica (a magnitude do aborto ilegal e inseguro no Brasil) quanto na perspectiva constitucional (a ausência de genuíno conflito entre os direitos fundamentais), que comprovam a gravidade da criminalização do aborto para a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, em particular da dignidade da pessoa humana e da cidadania, que justifica inexistir objetivo constitucional legítimo na criminalização do aborto.

Diante do exposto, o Parecer conclui pela procedência da ADPF 442, e os seus fundamentos, para que a Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, com base nos seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, cidadania das mulheres e promoção da não discriminação, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

Por fim, em relação ao encaminhamento dos pedidos formulados pela Indicação, manifesta o presente Parecer o entendimento de que o Plenário delibere favoravelmente à representação do IAB na audiência pública a ser realizada no Supremo Tribunal Federal entre os dias 3 a 6 de agosto do corrente ano, preferencialmente na pessoa da sua Presidente, caso seja possível. Ainda, com relação à habilitação do IAB como *amicus curiae*, na citada ADPF, perante o Supremo Tribunal Federal, o Parecer se posiciona também favorável à aprovação desta proposta formulada pela Indicação.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2018.

Kátia Rubinstein Tavares
Membro da Comissão de Direito Penal