EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, DIGNÍSSIMA RELATORA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

O **CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO**, entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o nº 53286548/0001-06, com sede à Rua Riachuelo, 194, CEP 01007-000, em São Paulo-SP (documentos 3 e 4), o **DEPARTAMENTO JURÍDICO XI DE AGOSTO**, entidade que presta assistência judiciária gratuita ligada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o nº 23.129.692/0001-78, com sede à Praça João Mendes, 62, 17º andar, CEP 01501-000, em São Paulo-SP (documentos 5 a 7), o **COLETIVO FEMINISTA DANDARA**, coletivo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o **ESCRITÓRIO USP MULHERES,** entidade da Universidade de São Paulo ligada a programas pela igualdade de gênero da Organização das Nações Unidas, com sede à Avenida Professor Lucio Martins Rodrigues, 222, CEP 05508-020, Cidade Universitária em São Paulo-SP, todos em parceria com o **NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA EM DIREITOS HUMANOS** (**NPJ-DH**), grupo de pesquisa e extensão universitária da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com sede no Largo São Francisco, 95, Centro, São Paulo/SP, vêm, respeitosamente, por meio de sua procuradora devidamente constituída e nos autos da ação supra identificada (documentos 1 e 2), com fundamento no artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99; no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99; no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil e no artigo 169 e seguintes do Regimento Interno deste Egrégio Supremo Tribunal Federal requerer seu ingresso no feito na qualidade de

AMICUS CURIAE

na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL com o objetivo de que seja reconhecida a não-recepção parcial dos artigos 124 a 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/1940). O CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO, o DEPARTAMENTO JURÍDICO XI DE AGOSTO, o COLETIVO FEMINISTA DANDARA, o ESCRITÓRIO USP MULHERES e o NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA EM DIREITOS

HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA USP manifestam-se pela procedência do pedido pelas razões que seguem.

SUMÁRIO

I. TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE PARA INTERVENÇÃO COMO AMICUS CURIAE ..3
a. Relevância da Matéria 3
b. Representatividade e Capacidade dos Postulantes 4
II. RAZÕES 7
1. SÍNTESE DOS ARGUMENTOS 7
2. AUTONOMIA DA MULHER COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA 9
2.1. Uma nova perspectiva sobre cidadania 11
2.2. A importância da garantia dos direitos sexuais e reprodutivos para o exercício da cidadania 13
3. A INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COM O EXERCÍCIO DA CIDADANIA 16
3.1. Criminalização e estigma: os diferentes níveis de marginalização da mulher 24
4. PROPORCIONALIDADE 30
4.1 Sub-regra da adequação 32
4.2 Sub-regra da necessidade 34
4.3 Sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito 37
5. CONCLUSÃO 42
6. PEDIDOS 44

I. TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE PARA INTERVENÇÃO COMO AMICUS CURIAE

Na sessão do dia 22 de abril de 2009, no julgamento da ADI-AgR nº 4.071 (Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 15.10.2009), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu que os pedidos de ingresso dos *amici curiae* somente poderiam ser formulados até a inclusão do processo em pauta para julgamento. Considerando que os autos da ADPF 442 ainda não foram liberados para julgamento pela relatora Ministra Rosa Weber, revela-se tempestivo o presente pedido de admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Além disso, o art. 7º da lei 9.868/99 dispõe que a admissão de *amicus curiae* será realizada mediante despacho do relator, considerando (a) a relevância da matéria e (b) a representatividade dos postulantes.

a. Relevância da Matéria

A questão da descriminalização da interrupção da gravidez é tema importante de ser debatido em situação de paridade de armas, tendo sido o Supremo Tribunal Federal chamado a discutir o tema em momentos diversos, como, por exemplo, na ADPF 54, na ADI 5581 e HC 124.306. A presente ação, ADPF 442, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), quando comparada com as ações acima citadas traz uma importante novidade em seu pedido definitivo: a de que os artigos 124 e 126 do Código Penal (CP) de 1940, justamente aqueles que criminalizam o aborto, sejam declarados apenas parcialmente recepcionados pela Constituição Brasileira de 1988.

O pedido tem como objetivo a descriminalização do aborto realizado até o primeiro trimestre da gestação, ou seja, até a décima segunda semana da gravidez. A descriminalização terá o potencial de impactar diretamente a vida de inúmeras mulheres brasileiras, pois determinará de que forma o Estado lidará com a opção segura de que cada mulher determine seu próprio futuro procriativo, bem como de que forma ele passará a entender o princípio da igualdade entre mulheres e homens, a autonomia e o exercício da cidadania da mulher. A descriminalização do aborto também trará relevante impacto para as políticas públicas no Brasil voltadas para a interrupção da gravidez.

O tema em questão é também de suma relevância para a saúde pública brasileira, uma vez que é estimado que, no Brasil, uma em cada cinco mulheres já tenha realizado ao menos um aborto

clandestino até os seus quarenta anos de idade. No ano de 2015, houve cerca de meio milhão de abortos no país[1]. Por serem clandestinos, estes procedimentos são realizados de forma insegura e colocam em risco a vida de milhares de mulheres, em especial aquelas que mais sofrem com a desigualdade socioeconômica do país – mulheres pobres, negras e indígenas.

Demonstra-se, portanto, a extrema relevância da questão e a imprescindibilidade de que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional operada neste Supremo Tribunal Federal, atue para assegurar a proteção dos direitos fundamentais das mulheres ligados ao tema do aborto.

b. Representatividade e Capacidade dos Postulantes

A legitimidade do *amicus curiae* decorre de sua capacidade de "*contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento da melhor decisão jurisdicional.*" [2]

Assim, o *amicus curiae*, traduzido sob o termo de "Amigo da Corte", é ator que, mesmo não sendo parte formal do processo, busca prestar informações qualificadas sobre a matéria a ser discutida, tentando apontar caminhos ao julgadores da Corte[3].

Levando esses pontos em consideração, passamos à exposição da representatividade das entidades acima subscritas no debate constitucional sobre o aborto, de acordo com os contornos da ADPF 442.

O CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO é a entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, associação civil sem fins lucrativos e apartidária, declarada de utilidade pública pela lei Estadual 3287/55 e pelo Decreto Municipal 3883/38. A entidade possui como seus principais objetivos o aperfeiçoamento constante das condições do ensino

---

[1] DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciência Saúde Coletiva, v. 22, n. 2, 2017, p. 659. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Último acesso em 28/04/2017.

[2] BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147.

[3] A ideia de que o *amicus curiae* só poderia ou deveria atuar de forma neutra e desinteressada já se encontra ultrapassada. Diversos estudos internacionais e nacionais apontam para a seguinte compreensão, aqui retirada do Legal Information Institute, da Cornell Law School: "*Frequently, a person or group who is not a party to an action, but has a strong interest in the matter, will petition the court for permission to submit a brief in the action with the intent of influencing the court's decision. Such briefs are called "amicus briefs.*". <https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae> - Último acesso em: 13/08/2017.

jurídico e o desenvolvimento cultural e político dos estudantes de direito (art. 3e "b" do Estatuto Social - DOC. 01) e também a luta pelo aperfeiçoamento do direito e das instituições jurídicas, para que toda a população goze de justiça e de igualdade social (art. 3e "h" do Estatuto Social).

Mostra-se significativa a participação do Centro Acadêmico XI de Agosto na presente ação, pois a entidade assume um propósito de ensino de direito e intervenção social diferenciada, baseada no princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão nas universidades (art, 207, caput, Constituição Federal).

O DEPARTAMENTO JURÍDICO XI DE AGOSTO é a maior entidade particular de assistência jurídica gratuita do País. Atuando em diversas esferas do direito, nas vertentes consultivas e contenciosas, o Departamento Jurídico segue cumprindo a missão para a qual foi idealizado há mais de 98 anos: iniciar os estudantes da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco na prática da advocacia, ao mesmo tempo em que garante à população carente da cidade de São Paulo acesso gratuito à Justiça. O Departamento Jurídico está vinculado à Faculdade de Direito da USP.

O Departamento Jurídico XI de Agosto busca a efetivação do acesso à justiça e de direitos fundamentais na sociedade brasileira. Um de seus objetivos é a promoção de litígios de impacto com a capacidade de promover mudanças sociais. Sua pertinência temática na presente ação se dá por seu fundamental papel na efetivação de direitos sociais.

O COLETIVO FEMINISTA DANDARA existe desde 2007 na Faculdade de Direito da USP (FDUSP) e é um espaço de estudo, debate e construção política que busca fortalecer a luta coletiva contra a violência de gênero. O Dandara é o único grupo que se denomina como coletivo feminista dentro da Faculdade de Direito da USP. Já participou, em parceria com várias organizações, da coordenação do curso de Promotoras Legais Populares e em 2015 fez parte de um projeto de extensão em parceria com a Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres, entre outras atividades relacionadas aos direitos das mulheres.

O DANDARA, por seu importante papel como coletivo feminista e expertise em temas sobre o movimento das mulheres e estudos relativos a gênero e sexualidade, com especial ênfase nos direitos sexuais e reprodutivos, tem pertinência temática na presente ação.

O ESCRITÓRIO USP MULHERES integra, desde 2016, o programa ElesPorElas – HeForShe da Organização das Nações Unidas (ONU), com o projeto-piloto Impacto 10x10x10, que visa atingir 10 países, 10 empresas e 10 universidades. A Universidade de São Paulo (USP) foi uma das 10 universidades escolhidas ao redor do mundo para compor esse movimento, sendo a única latino-americana. O enfrentamento à violência contra a mulher é o tema principal do Escritório USP Mulheres e também do conjunto das 10 universidades de Impacto no mundo. O Escritório é responsável pela proposição e implantação de iniciativas ou projetos voltados para a igualdade de gêneros e empoderamento de mulheres. Trabalha em rede, pensando soluções em conjunto com o corpo universitário, com o auxílio dos grupos e coletivos estudantis e de docentes.

O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA EM DIREITOS HUMANOS (NPJ-DH) é uma atividade de Cultura e Extensão da Faculdade de Direito da USP supervisionada e orientada pelo Professor Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva e tem por objetivo envolver os integrantes do grupo no processo de interpretação de direitos fundamentais, na construção de linha jurídica argumentativa com base em pesquisas e estudos. A partir disso, o grupo desenvolve estratégias jurídicas em casos de litígios de impacto que envolvam os direitos humanos. Ademais, os seus membros são estimulados a estudar a participação social no controle de constitucionalidade, via audiência pública e *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.

O grupo existe desde 2008 (antes denominado AMICUS-DH, passando a ser denominado NPJ-DH em 2016) e participou em 2015 da audiência pública realizada nesta Corte convocada pelo Ministro Luís Roberto Barroso sobre o tema do ensino religioso nas escolas públicas (ADI 4439). Ainda neste caso, o grupo, em parceria com o Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentou memoriais enquanto amigo da corte e teve sua participação deferida no dia 09 de agosto de 2017, em despacho do Ministro Barroso[4].

Em anos anteriores, o grupo juntou memoriais nos casos de Sigilo de Documentos Públicos e Acesso à Informação (ADIs 3987 e 4077); apresentou estudos e memorial de *amicus curiae* em sede de embargos de declaração no caso do questionamento da constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira (ADPF 153) e atuou ativamente na discussão e estudo da temática da educação inclusiva, produzindo um artigo científico (pendente de publicação) a respeito do julgamento produzido por esta

[4] Cf. Despacho de 09/08/2017 (DJE nº 178, divulgado em 14/08/2017. (Disponível na página de acompanhamento processual da ADI 4439 no site <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>).

Corte no caso da ADI 5357 (educação inclusiva). Assim, pode-se perceber a constante atividade de atuação, estudo e monitoramento do NPJ-DH em torno de grandes casos de direitos fundamentais julgados pelo STF.

A participação das pesquisadoras e estudantes do NPJ-DH no debate sobre a descriminalização do aborto, autonomia e cidadania da mulher, bem como seus direitos sexuais e reprodutivos, atende ao propósito de ensino e pesquisa do Direito e das instituições jurídicas de forma diferenciada (baseada no princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão nas universidades - art. 207, *caput*, da Constituição Federal), por buscar intervir qualificadamente no processo de interpretação e aplicação do direito em um tema de extrema relevância para toda a sociedade, em especial, às mulheres brasileiras.

O NPJ-DH, por ser grupo de pesquisa e extensão da Faculdade de Direito da USP que estuda e atua especificamente no campo dos direitos fundamentais há alguns anos, deve ter a sua pertinência temática reconhecida para apresentar argumentos que poderão auxiliar e colaborar com a discussão trazida a este Tribunal.

II. RAZÕES

1. SÍNTESE DOS ARGUMENTOS

O que pretendemos demonstrar com o presente *amicus curiae* é o descabimento da criminalização do aborto realizado nas 12 primeiras semanas de gestação, uma vez que a sanção penal impõe restrição desproporcional ao direito fundamental à cidadania da mulher.

A importância de se pautar a discussão sob a ótica da cidadania – esta, ressignificada tanto para abarcar as mulheres e grupos tradicionalmente excluídos da categoria, quanto para conferir centralidade à noção de autonomia e agência humana – vem da relação íntima entre o aborto e as demandas por igualdade e equidade nas arenas individuais e políticas.

Ao optar pela política criminal, o Estado exime-se de seu dever de promover condições materiais para que as mulheres exerçam sua autonomia e se percebam e atuem enquanto cidadãs ativas, dotadas de plena capacidade de agir e fazer escolhas. Pior, a criminalização do aborto traz consequências diretas e indiretas para as mulheres: ofende uma série de direitos – tais quais o direito

à autonomia, à igualdade, à saúde –, e opera uma desigualdade no exercício desses direitos entre homens e mulheres. A ofensa a esses direitos e perpetuação das desigualdades de gênero acabam por restringir a cidadania da mulher.

A imposição da gestação e da maternidade produz consequências sobre a integridade física e psíquica da mulher, ratifica a divisão do trabalho e os papéis sociais a que mulheres e homens estão diferentemente submetidos. Isso acaba por agravar os ciclos de desigualdade socioeconômicos a que mulheres pobres e periféricas estão sujeitas.

A criminalização, ainda, guarda relação intrínseca com a marginalização social gerada em função do estigma existente em torno do aborto. Embora o estigma seja produzido em diferentes níveis – individual, comunitário, institucional, jurídico e cultural –, aquele que se dá dentro da esfera jurídica é de particular relevância, na medida em que legitima por meio da lei penal a discriminação das mulheres que abortam e dos profissionais da área de saúde que realizam o procedimento por meio de políticas de Estado.

Desse modo, a cidadania, assegurada formalmente a todos, na prática não se realiza plenamente para as mulheres, uma vez que o Estado não atua – de maneira positiva e negativa – para assegurar a elas condições para o exercício da cidadania. Ao ofender os direitos supracitados, impede que as mulheres participem como agentes tanto na esfera pessoal quanto na coletiva, política.

A cidadania da mulher, assim como a vida do feto e qualquer outro direito fundamental, não é absoluta. Entretanto, a proibição do aborto mostra-se injustificada, vez que não é a única, nem a mais eficiente, medida para se proteger a vida do feto. Se por um lado a criminalização não traz a garantia de maior proteção ao feto, ela traz a certeza de ofensas e restrições intensas ao direito à cidadania feminina.

É essa a conclusão a que chegamos após a aplicação da Regra da Proporcionalidade, método utilizado por esta Corte e outros Tribunais Constitucionais para ponderar, de forma concreta, a colisão entre dois princípios fundamentais.

A insuficiência dos dados relativos ao aborto (em função da criminalização do procedimento), a existência de grande número de abortos realizados clandestinamente e do estigma associado à

prática abortiva, demonstram a inadequação e a desnecessidade da previsão penal. A existência de medidas estatais alternativas à criminalização que promovem a proteção da vida do feto, e que ao mesmo tempo, mostram-se menos nocivas ao exercício dos direitos da mulher, indicam a desproporcionalidade da ação que penaliza a conduta do aborto.

Nesse sentido, ações que objetivam a redução do número de gravidezes indesejadas – tais como programas de planejamento familiar, políticas de distribuição de contraceptivos, políticas de acesso à informação e educação sexual, somadas a requisitos procedimentais para a realização do aborto – como um período mínimo de reflexão e até mesmo o aconselhamento não-dissuasivo –, bem como políticas de Estado de apoio à maternidade, apresentam-se como medidas alternativas que consideram com seriedade a vida do feto, ao mesmo tempo em que não relegam os direitos das mulheres a um segundo plano.

Por fim, reiteramos a importância da decisão desta Corte para os direitos das mulheres e para a concreção de sua cidadania plena. Se desfavorável ao pedido formulado na petição inicial, a decisão legitimará e reforçará as desigualdades entre homens e mulheres, bem como entre mulheres de diferentes classes sociais. Afinal, o aborto ilegal, a despeito da criminalização, não deixa de ocorrer (de maneira insegura e precarizada), e atinge fortemente mulheres pobres, nordestinas, negras e indígenas.

Nesse sentido, cabe a este Egrégio Supremo Tribunal Federal, como responsável pela guarda da Constituição e exercendo seu papel contramajoritário, reconhecer os direitos das mulheres e fazer cessar a violação aos direitos das mulheres detalhados neste *amicus curiae,* declarando a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal.

2. AUTONOMIA DA MULHER COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A autonomia, enquanto direito pressuposto e constitutivo da cidadania, deve ser considerada como importante pilar em uma sociedade democrática. Em relação à mulher, a autonomia deriva do reconhecimento da necessidade de que todas as pessoas devem ter direitos iguais para exercitar o seu poder de livre escolha, e portanto, de decidir sobre suas próprias convicções morais ao definir um projeto de vida pessoal visando seu autodesenvolvimento.

Assim como todos os demais princípios constitucionais, a autonomia também não possui um valor absoluto, sendo passível de restrições justificadas. Em teste de proporcionalidade realizado adiante (tópico 4), a ponderação da autonomia perante outros direitos será examinada com mais detalhes. De toda forma, a intervenção do Estado na vida privada da mulher não pode deixar de levar em consideração a importância do exercício da autonomia enquanto faceta do exercício da plena cidadania. É por meio dela que os indivíduos, e neste caso especial, as mulheres, poderão escolher o seu projeto de vida.

A criminalização da conduta humana – neste caso, tratamos do aborto - deve apenas existir quando esta for a única forma de proteção a um determinado bem jurídico tutelado, afinal, o direito penal deve ser utilizado como última *ratio*[5]. Como ficará evidente ao longo de nossa argumentação, a criminalização do aborto não atende a este requisito porque existem formas alternativas de equilibrar os valores em jogo, as quais, diferentemente da criminalização, não desconsideram a esfera de direitos das mulheres.

Para tanto, em um momento inicial, centraremos nossa argumentação no conceito de cidadania[6] e em sua importância para o fomento dos direitos sexuais e reprodutivos. Em seguida,

---

[5] Tal afirmativa relaciona-se à subsidiariedade do direito penal. Segundo Santiago, "O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio "da máxima utilidade possível" para as eventuais vítimas deve ser combinado com o "mínimo sofrimento necessário" para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o "princípio da subsidiariedade", segundo o qual o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos". SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito.** Trad. Claudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciùncula Neto. São Paulo: RT, 2007. p 93.

[6] Sobre este ponto, é importante destacar que parte dos casos decididos por este Supremo Tribunal Federal que envolvem discussões sobre *cidadania*, a Corte interpreta este direito em seu conceito mais tradicional – visto em maior densidade no início do tópico 2.1 deste memorial, ou seja, muito ligado à participação via garantias dos direitos civis em aspecto mais formal. Exemplo disso pode ser encontrado no trecho da ementa da ADI 4825: "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. TAXA DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE OU REGISTRO GERAL. ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE CONSTITUCIONAL. LEI FEDERAL 12.687/2012"*. Igual consideração pode ser verificada também na ADI 1800, ADC 5 e outras. Ainda nesse sentido mais usual da apreensão da noção de *cidadania*, a Corte costuma associar o termo às ideias de nacionalidade, soberania e voto (outros exemplos não exaustivos: Ext 1256, ADI 5311, ADI 5394, ADI 4650, ADI 4543, ADI 4467 MC e ADI 2650). Contudo, não é inédita na Corte a ideia de considerar a cidadania não como apenas um direito formal, mas como uma garantia que exige postura ativa do Estado em assegurar condições para seu exercício. Um exemplo é trecho do voto do ministro Celso de Mello na decisão da ADPF 132, que tratou da união homoafetiva. Ao citar o *amicus curiae* Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual, afirma: "*É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual: [...] Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente, a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias...*". (p.26). Mesmo sentido, ainda sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo está trecho da ementa do RE 477554 AgR/MG: "*O Supremo Tribunal Federal*

discorreremos sobre a incompatibilidade entre a criminalização do aborto e o exercício dessa cidadania. Apresentaremos, por fim, a aplicação do teste da proporcionalidade, avaliando os direitos em colisão no caso da presente ADPF.

2.1. Uma nova perspectiva sobre cidadania

Historicamente, o conceito de cidadania foi cunhado por diferentes pensadores, dentre eles T.H. Marshall[7]. O autor é reconhecido por definir a cidadania a partir de três elementos: direitos políticos, civis e sociais. De acordo com essa teoria, os cidadãos considerados "plenos" seriam aqueles detentores de direitos e deveres iguais dentro da sociedade nos três âmbitos. Os direitos seriam, portanto, uma espécie de "elemento de filiação" por meio do qual se reforçam laços de identidade nacional e cultural.

Essa concepção apresenta diversos problemas e descompassos com a realidade atual. Primeiramente, ela considera que a identidade nacional e a cultura são conceitos estáticos ou homogêneos. Além disso, a perspectiva clássica não leva em consideração que os mecanismos estatais de direitos sociais, criados para perseguição da igualdade, nem sempre existem ou não são igualmente acessíveis para diferentes indivíduos na sociedade. Nesse cenário, a rigidez desse conceito liberal republicano de cidadania não permitiria que mulheres fossem consideradas cidadãs plenas, por não terem igual acesso às instituições de ensino, de serviço social e de participação política[8].

- apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, ***verdadeiro estatuto de cidadania****, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares*" (grifos nossos). Igualmente, na ADI 2649, que tratou de lei que concede passe livre às pessoas com deficiência, diz trecho de sua ementa: "*4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de* ***cidadania*** *e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados*" (grifos nossos). Cabe acrescentar também que a própria Constituição Federal sinaliza para o fato de que a garantia da cidadania envolve prestações positivas que assegurem condições para seu exercício. Isso ocorre, por exemplo, no artigo 205, CF, que afirma ser a educação "*promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa,* ***seu preparo para o exercício da cidadania*** *e sua qualificação para o trabalho*". (grifos nossos). A ministra Rosa Weber, por exemplo, relembra justamente a importância da garantia de uma educação inclusiva no setor educacional privado como uma prestação positiva do Estado para garantir o pleno exercício da cidadania em seu voto da ADI 5357. Também com o foco na educação como meio de promoção da cidadania houve entendimento desta Corte ao julgar a repercussão geral sobre *homeschooling* no RE 888815. São nestes aspectos da cidadania que, aqui neste memorial de *amicus curiae*, entendemos como "cidadania ressignificada" que iremos nos concentrar.

[7] MARSHALL, Thomas H. **Citizenship and social class**. Cambridge, 1950.

[8] Segundo Luís Felipe Miguel: *"...a abolição das barreiras legais não representou o acesso a condições igualitárias de ingresso na arena política. Entraves de diferentes naturezas à participação feminina continuam em vigor.* [...]. *Os padrões diferenciados de socialização de gênero e construção social da política como esfera masculina inibem, entre as*

Dada a insuficiência do modelo clássico, mostra-se necessário ressignificar a cidadania, sob uma perspectiva que inclua as mulheres e abarque grupos que antes não possuíam possibilidade de realizar suas reivindicações sociais no espaço público[9]. É preciso colocar no cerne do conceito de cidadania a ideia de agência humana[10], que possui uma dimensão individual - de possibilidade de realizar escolhas na esfera pessoal -, mas também uma dimensão social e coletiva - enquanto condição necessária para a ação e participação na sociedade.

Para que a agência possa ser plenamente exercida se faz necessário garantir tanto direitos formais (civis e políticos), quanto materiais (sociais e econômicos). Logo, a concretização de uma cidadania plena demanda o respeito à autonomia mas, mais do que isso, precisa que seja garantida a capacidade para exercer essa autonomia, em igual medida para todas e todos os integrantes da comunidade social e política.

O conceito de cidadania, assim, inclui direitos políticos e econômicos e também a igualdade de oportunidades que se manifesta pela possibilidade de controlar a própria vida e as próprias escolhas[11]. De acordo com a mesma linha de pensamento, integram o conceito de cidadania, agora

---

mulheres, o surgimento da vontade de participar. Em suma, como disse Anne Phillips, não basta eliminar as barreiras formais à inclusão, concedendo acesso ao voto ou direitos iguais. É necessário incorporar expressamente os grupos marginalizados no corpo político, [...], rompendo a inércia estrutural que os mantém afastados dos espaços decisórios". Em "Feminismo e Política". Editora Boitempo. 2014. p.94.

[9] A autora Carole Pateman, por exemplo, critica o conceito de Marshall apontando as distinções entre pertencimento comunitário (*membership*) e cidadania (*citizenship*). Há pessoas que estão sujeitas à lei mas não são considerados como membros, tampouco cidadãs (como os refugiados), aquelas que são membros de certa forma, mas não são consideradas como cidadãs (como por exemplo as mulheres antes do sufrágio ou residentes de um país) e aquelas que obtiveram elementos formais de cidadania, mas que permanecem como "membros parciais", não "plenos" (como negros e mulheres). Além disso, para Marshall, a sociedade ideal seria uma sociedade de "senhores" (*gentlemen*). No contexto em que viveu, na Inglaterra pós-guerra, acreditava-se que qualquer homem poderia se tornar civilizado (ou um cidadão/*gentlemen*). O autor afirmava que o dever de melhorar e "civilizar" a si mesmo é um dever social, relacionado à educação, ao serviço militar, ao emprego, ao pagamento de impostos. Nada é dito, entretanto, a respeito da dificuldade das mulheres no acesso às instituições de ensino, a impossibilidade de prestar serviço militar, etc. O autor não considerava que as atividades exercidas por boa parte das mulheres da época, como a criação dos filhos e o trabalho dentro de casa, pudessem colaborar para o bem-estar da sociedade, afastando-as ainda mais da condição de cidadãs plenas. PATEMAN, Carole. **Democratization and Citizenship in the 1990's: The Legacy of T.H. Marshall.** Wilhelm Aubert Memorial Lecture, 1996.

[10] A centralidade da ideia de agência humana se dá, de acordo com Ruth Lister, em função do foco na cidadania enquanto processo, e não apenas como resultado, em que é conferida igual importância entre a luta por novos direitos e pela concretização dos já existentes e o conteúdo substantivo desses direitos. Nesse sentido, a cidadania enquanto participação representa uma expressão da agência humana na arena política, ao passo que a cidadania enquanto direitos permite que as pessoas participem como agentes. Ainda, para Lister: "*To act as a citizen requires first a sense of agency, the belief that one can act; acting as a citizen, especially collectively, in turn fosters that sense of agency. Thus, agency is not simply about the capacity to choose and act but it is also about a conscious capacity, which is important to the individual's self-identity. (...) The development of a conscious sense of agency, at both the personal and political level, is crucial to women's sense of themselves as full and active citizens on their own and in alliance with others.*" IN: LISTER, Ruth. **Citizenship: Feminist Perspectives**. Palgrave Macmillan, Nova Iorque, 2003. p. 39

[11] Segundo o professor Kenneth Karst: "*Once we recognize that citizenship is more than the 'simple idea' of legal status, the value of participation can be seen to embrace a fuller range of sharing the public life of the society. Thus expanded, citizenship also includes both '[t]he equality of political rights' and '[t]he dignity of work and of personal achievement.'*

expandido, o direito à integridade física e corporal que protege a autonomia, corolário do exercício pleno da cidadania nesses termos.

Para que seja possível assegurar o exercício pleno da cidadania, conforme descrita, é necessário, antes, proteger a autonomia de escolha dos cidadãos para que cada um possa ter controle sobre o próprio corpo e as próprias decisões dentro da sociedade. Nesse sentido, segundo Cherry April[12] e Ruth Lister[13], a proteção ao exercício da autonomia não significa a total ausência do Estado da vida privada dos indivíduos, mas sim a existência de deveres positivos e negativos que assegurem condições necessárias para o exercício integral da cidadania.

Tendo em vista as diferenças fáticas e históricas que, reconhecidamente, colocam as mulheres em posição de desvantagem em relação aos homens na sociedade atual, pode-se entender que há um dever do Estado de promover condições materiais para que elas possam exercer sua autonomia e cidadania de maneira plena. Isso dependeria tanto de uma atuação estatal positiva, com a democratização do acesso às instituições e obtenção da igualdade material, quanto de uma atuação negativa, abstendo-se de criar barreiras que impeçam ou cerceiem o exercício desses direitos e que perpetuem a desigualdade de gênero existente na sociedade.

Atualmente, a criminalização do aborto impede que as mulheres interrompam gestações indesejadas fora das hipóteses previstas no Código Penal e na Jurisprudência dessa Corte, colocando barreiras para o exercício da autonomia feminina e perpetuando a diferença de gênero na sociedade contemporânea. A criminalização, no caso presente, cerceia o exercício de escolha da mulher sobre o seu futuro, sobre o seu projeto de vida, manifestações da cidadania, a partir do momento que as obriga a suportar uma gestação indesejada e até, na grande maioria dos casos, a serem mães, retirando-lhes a possibilidade de pleno exercício de agência humana.

2.2. A importância da garantia dos direitos sexuais e reprodutivos para o exercício da cidadania

Com a nova perspectiva de cidadania, é possível compreender a relevância da proteção e garantia aos direitos sexuais e reprodutivos. O corpo passa a ter uma importância fundamental para o

IN: CHERRY, April L. Roe's Legacy: The Nonconsensual Medical Treatment of Pregnant Women and Implications for Female Citizenship. **U. Pa. J. Const. L.**, v. 6, p. 723, 2003.

[12] CHERRY, April L. Roe's Legacy: The Nonconsensual Medical Treatment of Pregnant Women and Implications for Female Citizenship. **U. Pa. J. Const. L.**, v. 6, p. 723, 2003.

[13] LISTER, Ruth. **Citizenship: feminist perspectives**. NYU Press, 2003.

exercício da autonomia e, portanto, a sua integridade deve ser considerada como um pressuposto para a concretização dos direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Em termos de definição, o Ministério da Saúde aponta como direitos reprodutivos e sexuais:

> "(...) o reconhecimento do direito básico de todo casal[14] e de todo indivíduo de **decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos** e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. **Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência"**. *(grifos nossos)*

Desse modo, a importância do respeito aos direitos sexuais e reprodutivos para a mulher advém do fato de ser essa uma das áreas em que há maior desigualdade entre homens e mulheres. Trata-se do seu poder de livre escolha sobre seus projetos de vida enquanto ser social e, portanto, do seu autodesenvolvimento. Aos homens sempre foi conferido controle sobre o corpo e liberdade sexual, enquanto, às mulheres, esses direitos continuam sendo dificultados. Assim, esse cerceamento da autonomia da mulher por meio do controle do seu corpo nos âmbitos familiar, profissional e público reduz a sua possibilidade de participar enquanto cidadã plena e independente.

Acrescenta-se, ainda, o fato de que o corpo da mulher, ao longo da história ocidental, foi reiteradamente coisificado e instrumentalizado. Por ser considerado como representante da fertilidade e fonte de vitalidade de um grupo social, sua exclusão nos mais diversos campos, principalmente nos ambientes público e político, era justificada por razões de sua "natureza".[15]

Exige-se, socialmente, que a mulher tome uma posição altruísta nas decisões sobre sua vida cotidiana, seus desejos e seus valores. De acordo com essa lógica, as escolhas em prol dos filhos devem ocorrer tanto em relação à gestação, quanto à maternidade, com sacrifícios corporais, psicológicos, emocionais, econômicos e profissionais. Logo, em diversas situações, inclusive jurídicas, o exercício pleno da cidadania pelas mulheres é frustrado, pois elas não são consideradas

[14] Vale salientar que no plano internacional desde 1994, com a Conferência do Cairo, a mulher passou a ser vista como o principal sujeito de direitos reprodutivos e sexuais, e não mais o casal em si, na medida em que algumas implicações (e obrigações) inerentes à reprodução recaem em maior grau sobre a mulher.

[15] OUTSHOORN, Joyce; KULAWIK; Teresa; DUDOVÁ, Radka; PRATA, Ana. **Remaking Bodily Citizenship in Multicultural Europe: The Struggle for Autonomy and Self-Determination**. *In*: HALSAA, Beatrice; ROSENEIL, Sasha; SÜMER, Sevil. Remaking Citizenship in Multicultural Europe. Palgrave Macmillan, 2012. p. 118.

como indivíduos, mas como parte de uma família, nas quais o seu papel como reprodutoras e cuidadoras sempre estiveram bem definidos.[16]

Dessa maneira, por ser relacionado a ideais coletivos e não a um pressuposto de agência autônoma, o corpo da mulher foi objeto de diversas políticas regulatórias que limitavam suas escolhas relativas à reprodução e à sexualidade. Por conta disso, inclusive, questões envolvendo violência contra o corpo feminino acabavam sendo ignoradas pelas autoridades públicas, restando limitadas à esfera privada.[17]

Para que o exercício da cidadania possa ser igualmente realizado por mulheres e homens, é preciso, portanto, que os direitos relativos ao corpo da mulher sejam materialmente garantidos pelo Estado. Assim, é importante assegurar o acesso à informação sobre as políticas públicas de saúde relativas à sexualidade e à reprodução, o acesso ao sistema de saúde e aos métodos contraceptivos, bem como é essencial que seja garantido o acesso à infraestrutura para realização do aborto. Só assim é possível que as decisões relativas ao seu corpo e às suas perspectivas de vida, incluindo o planejamento familiar, possam ser tomadas de forma mais autônoma e segura possível.

A mulher, enquanto sujeito de direitos capaz de realizar suas escolhas livre da intervenção estatal sobre seu próprio corpo, é cerceada no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à criminalização do aborto. Ao proibir sob os auspícios das leis e das instituições a conduta abortiva voluntária, a mensagem que se passa à mulher é que à ela não cabe decidir o melhor momento para se ter filhos e, portanto, à ela não é dada a escolha de quando parar de trabalhar (o que para muitas, inclusive, não é nem mesmo uma opção viável), ou quando reservar seu tempo emocional para formar uma família. Seus atos sexuais são controlados e a cada relação sexual com o sexo oposto é seu, e somente seu, o risco de ter de arcar com os encargos sociais e financeiros de uma gestação indesejada[18].

---

[16] CHERRY, April L. **Roe's Legacy: The Nonconsensual Medical Treatment of Pregnant Women and Implications for Female Citizenship**. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 723, 2004.

[17] FREIDENVALL, Lenita; OUTSHOORN, Joyce; DUDOVÁ, Radka; PRATA, Ana. **Women's Movements and Bodily Integrity**. *In*: OUTSHOORN, Joyce. European Women's Movements and Body Politics: The Struggle for Autonomy. Palgrave Macmillan, 2015. p. 9.

[18] Tanto é verdade que a sociedade impõe majoritariamente à mulher o zelo com os filhos que, comparativamente, os períodos de licença maternidade e paternidade são muito diferentes: enquanto o pai tem apenas 5 ou 20 dias de licença, a mãe tem de 4 a 6 meses. Essa política pública além de revelar que o ônus de cuidar dos filhos é da mulher, desconsidera o melhor interesse da criança em ter a oportunidade de, desde cedo, criar laços de afeto e confiança com a figura materna e paterna.

Criminalizar o aborto significa, portanto, diminuir substancialmente o exercício da cidadania das mulheres, na medida em que se ignora a sua autonomia para decidir sobre o momento adequado para engravidar conforme o seu próprio planejamento de vida. Sem a autonomia[19], sua cidadania se torna limitada e, mais uma vez, homens e mulheres são desequiparados.

Em suma, a igualdade entre homens e mulheres não pode ser garantida sem a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos. É necessária a existência de mecanismos estatais que afastem a maternidade e a gestação compulsórias sendo a descriminalização do aborto um deles. A possibilidade de interromper a gravidez indesejada alinha-se com a ressignificação do conceito de cidadania que aqui tratamos, uma vez que não impõe um ideal coletivo às mulheres relacionado à fertilidade e altruísmo, e lhes permite agir conforme sua consciência e seus valores.

3. A INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COM O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A criminalização do aborto tem por finalidade a proteção à vida do feto como valor constitucional, mas produz uma série de efeitos reflexos extremamente gravosos a um conjunto de direitos das mulheres que se inserem na noção de cidadania.

Ao contrário do que se poderia supor, criminalizar não é garantia de proteção máxima da vida[20], o que lança dúvidas sobre a coerência de argumentos que defendem a criminalização sob o pressuposto de que a vida do feto seria um direito fundamental inviolável que merece absoluta proteção. O foco da discussão, mais do que a proteção ou não da vida do feto como valor constitucional, é o reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos das mulheres – frequentemente negligenciados nesse debate. Somente a partir do reconhecimento da existência desta equação de duas pontas – ou seja, a proteção da vida do feto e a proteção dos direitos das mulheres -

[19] Para constatar a presença de autonomia, é necessário avaliar se há liberdade de pensamento, sem coações internas ou externas. Na ausência da possibilidade de escolha, não é possível dizer que existe autonomia. Em: ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; DE ARAÚJO, Jailton Macena. **A Autonomia da Mulher Sobre o Seu Corpo e Intervenção Estatal**. Revista Gênero & Direito, v. 3, n. 2, 2014.

[20] Como será melhor discutido no tópico 4, os dados apontam para o fato de ser uma falácia a crença de que a criminalização do aborto impeça completamente a ocorrência prática do aborto e, consequentemente, proteja em grau máximo a vida do feto. Em outras palavras, mulheres continuam abortando clandestinamente, o que coloca dúvidas quanto ao grau de efetividade da criminalização. Descriminalizar o aborto, assim, não significa necessariamente a diminuição do grau de proteção conferido à vida, mas busca um equilíbrio que reflete uma adequada consideração dos direitos das mulheres - à cidadania, à autonomia, à igualdade e à saúde - como finalidade a ser protegida de igual importância.

, é que é possível reintroduzir a questão sobre como equilibrar os valores em jogo de modo mais adequado.

A resposta a essa equação não é tão evidente quanto a opção de política pública atualmente adotada por meio da legislação penal que criminaliza o aborto parece supor. É preciso que fique claro, de início, que a reflexão aqui proposta não significa uma defesa do aborto como um método contraceptivo, mas uma afirmação de que **a criminalização do aborto implica em uma desigualdade no exercício de direitos que, no limite, impede o exercício pleno da cidadania por parte das mulheres**.

A ausência histórica do reconhecimento de que existem direitos colidentes igualmente importantes em confronto quando se discute o aborto, desconsidera que, às custas dessa opção muito se perde. As consequências da criminalização do aborto implicam violação à igualdade (art. 5º, caput, CF), ao direito à saúde (art. 6º, caput, CF), à autonomia e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. A falha na atuação do Estado (positiva e negativa) em assegurar essas garantias dificulta o exercício da agência humana por parte das mulheres. A perpetuação de desigualdades reforçadas pela criminalização do aborto é um entrave ao desenvolvimento pleno e universal da consciência da sua capacidade de agir e de fazer escolhas, o que é um elemento nuclear da ideia de cidadania, garantida constitucionalmente no artigo 1º, II, da Constituição.

A legislação penal que criminaliza o aborto e fecha os olhos para essas violações vai em sentido contrário daquele em direção ao qual caminham as mudanças sociais relativas à busca pela igualdade social e de gênero. O Direito como um todo tem acompanhado as lutas e conquistas sociais das mulheres, reivindicadas historicamente pelos movimentos feministas, no sentido de reconhecer o dever de atestar as mulheres enquanto cidadãs plenas e merecedoras de garantias e direitos em situação igualdade em relação aos homens.

Essa evolução tem sido gradual e, no Código Penal, foi materializada em medidas como a extinção da expressão "mulher honesta", antigamente empregada em diversos tipos penais, bem como a revogação dos crimes sexuais de "posse sexual mediante fraude"[21], "rapto"[22], "atentado ao pudor

[21] Art. 215, CP - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude. Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

[22] Art. 219, CP - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

mediante fraude”[23] e do crime de sedução[24]. Sob o pretexto de proteger a mulher, estes crimes promoviam um controle sobre o seu corpo e sua sexualidade. Exemplo desse passado está o fato de que, para a comprovação de muitos dos crimes sexuais que continham a virgindade da mulher como característica elementar, verificava-se tanto a virgindade física, ou seja, a presença do hímen, quanto a virgindade moral, neste caso entendida como conduta recatada a partir da abstinência e inexperiência sexual da mulher.[25]

Foi somente em 2005 que a lei 11.106/2005 alterou a redação de alguns crimes “contra os costumes” e retirou as expressões “mulher honesta” e “mulher virgem” dos dispositivos. Em 2009, a Lei 12.015/2009 substituiu o título “dos Crimes contra os Costumes” por “Crimes contra a Dignidade Sexual” e com isso encerrou o entendimento de que esses crimes atentariam contra a moralidade pública e coletiva. A mesma lei, ainda, mudou a redação do crime de estupro[26] e da violação sexual[27] mediante fraude, retirando a mulher do polo passivo do crime. Ainda nesse sentido, a interpretação doutrinária e jurisprudencial alterou seu entendimento sobre a tese da *legítima defesa da honra* nos crimes de adultério.

Essas já revogadas concepções são suficientes para delinear o contexto no qual o Código Penal de 1940 foi editado e o qual vem sendo, gradualmente, adequado à realidade. A forma como a mulher era vista na década de 40 pode explicar, em parte, a razão pela qual se optou, de modo aparentemente inequívoco, pela proteção do feto por meio da criminalização do aborto sem cogitar a existência e efetividade de outras alternativas. O contexto histórico era de pouco reconhecimento da mulher como

---

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

[23] Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena - reclusão, de um a dois anos.

[24] Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:
Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

[25] MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. **Proteção para quem? O código penal de 1940 e a produção da ‘virgindade moral**. Estudos Feministas. Jan - Jul, 2005, p 5. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9765/1/ARTIGO_ProtecaoParaQuem.pdf>. Último acesso em 10/05/2017)

[26] Houve a fusão, em um único artigo, dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Anteriormente, o Código Penal tipificava o crime de Estupro com a seguinte redação: “*Constranger mulher a conjunção carnal*…”, enquanto o crime de “atentado violento ao pudor” dispunha: “*Constranger alguém...*”. Para a configuração do crime de estupro exigia-se a conjunção carnal entre o homem e a mulher mediante violência ou grave ameaça provocada pelo sujeito ativo que era *necessariamente* o homem. Nesse novo viés, tanto o homem pode ser sujeito passivo do crime de estupro, como a mulher pode ser sujeito ativo dessa mesma modalidade de delito.

[27] Foi revogado o dispositivo que permitia a extinção da punibilidade com o casamento da vítima com o seu ofensor nos crimes sexuais.

cidadã plenamente capaz, sendo seus direitos também renegados a um segundo plano. Não à toa, esta concepção parece não enxergar os efeitos colaterais problemáticos que se traduzem sob a forma de violação à cidadania, à autonomia, à saúde e à igualdade das mulheres provocados pela criminalização da conduta abortiva.

A evolução legal supra narrada impõe a necessidade de uma reflexão qualificada sobre os direitos da mulher colocados em risco diante do cenário que criminaliza sua decisão de interromper a gestação. Diante da atual realidade, não é mais aceitável o ato de criminalizar o aborto como se a vida fetal fosse o único bem jurídico merecedor de proteção do Estado brasileiro.

Nesse sentido, há de ser considerada a necessidade de reconhecimento da cidadania sob uma perspectiva de gênero, tendo em vista a dificuldade de garantia dos direitos das mulheres apenas com previsões abstratas de igualdade no texto constitucional. Assim, cumpre destacar o dever do Estado de posicionar-se no sentido de garantir esses direitos em concreto, sopesando de modo proporcional e razoável eventuais direitos fundamentais que sejam colidentes. Como dito, há outros direitos a serem ponderados e merecedores da proteção estatal e, portanto, há de se questionar quanto à existência de outras medidas do poder público tão (ou mais) eficazes, ao mesmo tempo que menos danosas a um dos lados da equação, capazes de lidar com a questão do aborto.

As violações à saúde[28], à autonomia e à igualdade estão altamente correlacionadas. Para apreender adequadamente os reflexos da criminalização do aborto para a esfera de direitos das mulheres, é preciso, de início, atentar para realidade social na qual ela se insere. A despeito dos avanços obtidos pelos movimentos sociais no combate à desigualdade de gênero[29], seus efeitos não incidem de modo homogêneo na sociedade. Isso se dá, principalmente, por conta da reconhecida desigualdade social e regional que marcam a estrutura econômica do país.

---

[28] As violações à integridade física e psíquica das mulheres violam o direito à saúde previsto como direito social no art. 6º, CF e 196, CF. Este direito exige intervenção do Estado, o que é o extremo oposto de uma postura que ignora diversas mortes e desconsidera que a política pública escolhida não é a mais adequada no equilíbrio dos direitos em jogo.

[29] Vale ressaltar, aqui, que essas garantias têm alcance muito maior do que o exposto a respeito do Código Penal. As reivindicações feministas atravessaram e trouxeram mudanças a diversas áreas do direito, no tocante à igualdade de gênero, sendo exemplo significativo disso o processo de democratização das relações familiares. A família democrática pode ser definida como *"...uma organização familiar construída sobre valores e princípios democráticos – liberdade, igualdade e respeito aos direitos e deveres e às diferenças. Nesse modelo de família há uma maior flexibilidade na divisão dos papéis e responsabilidades, as decisões são tomadas em conjunto, de forma negociada, e os conflitos e divergências são resolvidos com o diálogo, de maneira que cada um possa exercitar seu poder de argumentação, liberdade e individualidade. Nesse tipo de família, não há supremacia do homem sobre a mulher. O poder e autoridade são democratizados e igualmente exercidos por homens e mulheres, pais e mães.*" (cf. ARAÚJO, M.F. Família, democracia e subjetividade. org & demo, Marília, v.9, n.½, p.111-124, jan/dez.2008.)

Há uma inequívoca disparidade na distribuição de riquezas e de oportunidades entre as diversas mulheres brasileiras: para algumas delas, grandes são as chances de que haja uma verdadeira escolha em relação à maternidade – seja para mantê-la ou para interrompê-la em clínicas particulares clandestinas com algum grau de segurança – enquanto para outras, a falta de informação e, principalmente, de recursos torna a morte pela clandestinidade dos procedimentos abortivos um futuro quase certo.

Além disso, nas famílias mais pobres, as consequências de uma maternidade indesejada agravam ainda mais a situação da mulher. Mesmo quando co-provedora ou provedora única, ela não necessariamente ganha poder dentro da relação familiar. Pelo contrário, a inserção da mulher no mercado de trabalho[30] não resultou na emancipação feminina. A divisão sexual de tarefas no lar continuou existindo, mas agora com o acirramento da situação de dupla ou tripla jornada e o consequente aumento da pressão sobre as mulheres[31].

Socialmente, também não há uma real ressignificação do ônus da maternidade, restando à mulher o dever do cuidado. Assim, além de uma perpetuação das desigualdades entre homens e mulheres em seus papéis sociais, uma gravidez indesejada acarretará em uma interrupção na renda familiar – principalmente quando as relações de trabalho são informais e precárias. Essa situação ratifica os ciclos de desigualdade socioeconômica em que mulheres pobres e periféricas estão inseridas.

Ao se definir o aborto como crime, a mensagem que o Estado passa é a de que há obrigação por parte das progenitoras em se dar continuidade a uma gravidez indesejada até o fim, sob o

[30] Ao mencionar o movimento de ocupação do espaço público pelas mulheres, é importante fazer a ressalva de que esse marco nos movimentos feministas tem um recorte específico de classe e raça. Se, por um lado, houve uma nítida transição de mulheres brancas e de classe média do espaço doméstico para o espaço público, fazendo-se cada vez mais presentes no mercado de trabalho, mulheres negras e de classes socioeconômicas mais baixas sempre tiveram que trabalhar e, mesmo de modo precarizado, buscar meios de subsistência por si mesmas. A presente peça, ao mencionar o movimento de ocupação do espaço público pelas mulheres, buscar lançar luz sobre a desigualdade socioeconômica entre homens e mulheres a partir de um recorte histórico e social. Assim, mesmo sendo um marco pautado principalmente pelos primeiros estudos feministas que desconsideravam uma leitura interseccional da desigualdade, a disparidade econômica que se coloca entre homens e mulheres continua sendo evidente, a despeito de raça ou outros marcadores sociais da diferença.

[31] cf. ARAÙJO, M.F. **Família, democracia e subjetividade**. org & demo, Marília, v.9, n.½, p.111-124, jan/dez.2008, p.119. Afirma a autora que: "*...as mulheres pobres são as mais penalizadas, especialmente quando têm filhos pequenos, uma vez que, além de não contarem com aparatos sociais - creches, escolas em tempo integral, etc.- não dispõem de recursos para delegar a outros (babás e empregados domésticos) as tarefas domésticas e de cuidado dos filhos e da casa, como fazem as mulheres dos segmentos mais favorecidos".*

argumento de que se deve, a qualquer custo, proteger a vida fetal. Enquanto às mulheres não é dada escolha, a opção do homem por não assumir as responsabilidades típicas da paternidade é socialmente considerada como algo natural. Assim, principalmente nos nascimentos fora do matrimônio, enquanto aquela recebe o estigma de "mãe solteira"[32][33], este não é socialmente condenado pelo abandono material e afetivo, pela ausência e não reconhecimento da prole. Reflexo dessa realidade é a grande proporção de pessoas que sequer possuem o nome do pai na certidão de nascimento, - 5,5 milhões segundo o Censo Escolar feito pelo Inep em 2011-, e a existência de programas sociais com a finalidade de permitir o acesso posterior à figura do genitor.[34]

Como dito anteriormente, a imposição da obrigatoriedade de se levar até o final uma gestação não planejada e indesejada traz à tona a insustentável constatação de instrumentalização do corpo da mulher para fins reprodutivos, além do consequente constrangimento psicológico e social do exercício da maternidade. A existência da mulher fica resumida à identidade de "mulher grávida e mãe"[35], o que reforça uma espécie de determinismo biológico que reserva às mulheres um destino social atrelado à figura materna[36].

---

[32] Souza, R. G. (2002). **Maternidade solitária: relatos de mães solteiras de classe populares**. Dissertação de Mestrado Não-publicada, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo. A autora, em sua dissertação de mestrado, investigou a história e a vivência de ser mãe solteira em classes populares, constatando, no sentido do que foi exposto na presente peça, que a gravidez destas mulheres ocorria de forma não planejada e transcorria sem o apoio do pai da criança. Nos depoimentos colhidos dessas mães, a psicóloga identificou temas referentes à desumanização, preconceito, estigma, solidão, humilhação, pobreza e desamparo, aspectos que apontaram para a vivência negativa da maternidade solitária.

[33] MARIN, Angela Helena; PICCININI, Cesar Augusto. **Comportamentos e práticas educativas maternas em famílias de mães solteiras e famílias nucleares**. Psicol. estud., Maringá , v. 12, n. 1, p. 13-22, Apr. 2007 .

[34] Como exemplo de programas sociais que tem por objetivo permitir que as pessoas tenham acesso à figura de seu genitor por meio de serviços de investigação e localização dos pais, se destaca o Programa Pai presente do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57413-corregedoria-e-tribunais-se-mobilizam-para-localizar-pais-em-todo-o-brasil> Último acesso em 26/09/2017.

[35] Segundo Cohen: "*Nesta altura, está ou deveria estar óbvio que forçar uma mulher a suportar uma gravidez indesejada é impor-lhe uma identidade – a identidade de mulher grávida e de mãe. E sua integridade corporal, em sentido físico e emocional, está claramente em risco nas leis que criminalizam o aborto. E também a inviolabilidade de sua personalidade. De fato, estas estão intimamente inter-relacionadas. Isso não é assim porque a mulher seja idêntica a seu útero ou porque o possui, ou porque seja ou possua seu feto, mas porque a experiência da gravidez constitui uma mudança fundamental em sua personificação, nos planos físico, emocional e simbólico e, portanto, em sua identidade e sentimento de individualidade. Uma gravidez indesejada impõe à mulher não somente uma transformação corporal muito significativa, na qual ela teme muito fortemente perder o controle sobre suas funções corporais e seu sentido de individualidade; ela lhe impõe também uma nova e indesejada identidade e uma nova relação íntima que requer pesados investimentos por parte dela, com implicações que vão muito além do desconforto físico ou das simples questões relacionadas ao estilo de vida, que os pensadores contrários à livre escolha acreditam ser, para as mulheres, todo o problema de uma gravidez indesejada.*". (COHEN, Jean. **Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto**. Revista Brasileira de Ciência Política. n° 7. Brasília. 2012. pp 165-203).

[36] SCAVONE, Lucila. **A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais**. Caderno Pagu, Campinas, n° 16, p. 137-150. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332001000100008&lng=en&nrm=iso>. Último acesso em 17/05/2017.

Colocar a maternidade como obrigação também produz consequências sobre a integridade psíquica da mulher: ela é chamada a lidar com um grande nível de sujeição pessoal para atender compulsoriamente à expectativa de renúncia, comprometimento, dedicação profunda por meses seguidos, abdicação de oportunidades, além dos sacrifícios econômicos e pessoais que deverão ser feitos em nome da criança já que, após o fim da gravidez, há uma probabilidade de que a mulher seja novamente cobrada com o ônus exclusivo da criação.

Diante desse cenário, como adiantado, há um considerável número de mulheres que decidem abortar independentemente dos riscos de sanção penal[37]. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 (PNA)[38] concluiu que aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres já se submeteu a pelo menos um aborto. Conforme estimativa[39], a partir das taxas de aborto entre mulheres alfabetizadas e urbanas, isso significaria que aproximadamente 503 mil mulheres realizaram o aborto somente no ano de 2015.

[37] Com a criminalização, o poder público não tem sequer condições de saber ao certo quantas mulheres abortam e quantas morrem em virtude do procedimento ser ilegal. As taxas oficiais de aborto ilegal são sub-contabilizadas porque normalmente calculadas a partir do número de internações após a realização do procedimento (desconsideram, com isso, abortos que não culminam em hospitalizações). Os dados a que se tem acesso são, em sua maioria, resultados de estudos ou levantamentos feitos em hospitais, especialmente nos que atendem à população de menor renda. Dessa maneira, as informações oficialmente disponíveis referem-se, praticamente, a um recorte social do universo de mulheres que realizam o aborto: as mais pobres e que tiveram algum tipo de complicação. A criminalização impede, por isso, inclusive que se tenha noção da real magnitude do aborto não-seguro. Saber isso poderia permitir que pensasse em políticas públicas específicas para lidar com a realidade. Ao invés disso, o Estado prefere simplesmente a inação: fechar os olhos para o fato de que o aborto ocorre.

[38] A PNA possui dados mais próximos da realidade pois desenvolveu metodologia que tenta garantir máxima confidencialidade da informação obtida e, com isso, dados mais precisos: o método de urna. A pesquisa combina esse método com um questionário face-a-face aplicado por entrevistadoras mulheres. As entrevistadas recebem um questionário que deve ser respondido e depositado em uma urna lacrada, sem que as entrevistadoras tenham conhecimento das respostas. Este método não fortalece apenas o sigilo, mas a percepção de sigilo, o que tende a aumentar as respostas verdadeiras. A Pesquisa Nacional de Saúde de 2013, por exemplo, realizada pelo IBGE, utilizou o método de entrevistas face a face sem técnicas de garantia de sigilo, com entrevistadores de ambos os sexos, e concluiu que 2,1% das mulheres entre 18 a 49 anos já haveria provocado o aborto, enquanto a Pesquisa Nacional de Aborto de 2010, que se utilizou do método da urna, apresentou dados muito superiores: 15% das mulheres entre 18 e 39 anos já abortaram. Há estabilidade dos resultados quando feita a comparação entre a PNA 2010 e a PNA 2016, o que sugere que a técnica identifica corretamente a realização de abortos.

[39] Tendo em vista que foram entrevistadas apenas mulheres alfabetizadas, de 18 a 39 anos de idade, em áreas urbanas, a qualidade da extrapolação para produzir um resultado para todo o Brasil depende da hipótese de que as taxas de aborto entre mulheres analfabetas e de áreas rurais é a mesma entre as pesquisadas, o que pode não ser correto, tendo em vista que há indicativos que as taxa de aborto são menores nas áreas rurais, porém maiores entre as analfabetas.

O aborto ilegal (e, portanto, inseguro[40]) envolve grande quantidade de complicações e perigos. Cerca de 200 mil internações anuais no SUS[41] são motivadas por complicações em procedimentos abortivos. A curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada no SUS, com base em dados do Datasus de 1995 a 2007[42], cuja maioria decorre de aborto provocado, segundo estimativa do Ministério da Saúde. Parte expressiva desse número envolve mulheres pobres, especialmente negras, pardas e indígenas, o que coloca em evidência, mais uma vez, o recorte de raça/etnia e socioeconômico nas marcas deixadas pelo aborto[43]. Assim, analisar o aborto como um fato que ocorre independentemente e a despeito da criminalização torna mais evidente que a pauta da descriminalização do aborto é também uma questão de justiça social[44], na medida em que se torna uma escolha estatal deliberada em onerar injustamente aquelas mulheres que mais precisam de amparo e proteção aos seus direitos fundamentais.

Diante de todas estas constatações, resta evidente que a cidadania da mulher não pode ser viabilizada somente por meio da garantia abstrata de participação na vida política porque este direito é inócuo caso não venha acompanhado de uma atuação do Estado (positiva e negativa) assegurando que a mulher possua condições de exercer na prática, de modo efetivo, a cidadania que formalmente lhe é garantida. Nesse sentido, os efeitos decorrentes da criminalização do aborto acima descritos restringem em grande medida as condições materiais da mulher ao exercício pleno da cidadania.

---

[40] De acordo com a Organização Mundial da Saúde, abortos não-seguros são aqueles conduzido por pessoas sem a formação necessária para tal ou em ambientes incompatíveis com o padrão médico-sanitário. (cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Safe abortion: technical and policy guidance for health systems**, 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/en> último acesso em 26/09/2017.

[41] DATASUS. Ministério da Saúde - Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS). **Internações por Região segundo Procedimento de esvaziamento de útero pós-aborto por aspiração manual intra-uterina e curetagem pós-abortamento**. Período: Fev/2016-Fev/2017. Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/qiuf.def. Acesso em: 06 mai. 2017.

[42] TOLEDO, K. Curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada no SUS, revela estudo. **O Estado de São Paulo. S**ão Paulo, 14 jul. 2010 Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-,580854>. Último acesso em 06/05/2017.

[43] SOARES G., GALLI B., VIANA A.P. **Advocacy para o acesso ao aborto legal e seguro: semelhanças no impacto da ilegalidade na saúde das mulheres e nos serviços de saúde em Pernambuco, Bahia, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro**. Recife: Grupo Curumim, 2010. A pesquisa em questão deixa claro, a partir da análise de abortos ilegais em distintas regiões do Brasil, como a vulnerabilidade frente à realização de abortos clandestinos aumenta em razão de classe e raça. Assim, na Bahia e do Mato Grosso do Sul, onde há maior percentual de mulheres negras e indígenas, a clandestinidade é mais marcada e leva a um maior número de mulheres vulneráveis e sob riscos graves.

[44] cf. KANE, Gillian; GALI, Beatriz; SKUSTER, Prill. **Cuando el aborto es un crimen: La amenaza para mujeres vulnerables en América Latina**. Chapel Hill, Carolina do Norte, Ipas, 2013. Disponível em: <http://www.ipas.org/~/media/Files/Ipas%20Publications/CRIMRPTS13.ashx?utm_source=resource&utm_medium=meta&utm_campaign=CRIMRPTS13>. Último acesso em 10/05/2017 e também ADESSE, L. e MONTEIRO, M. **Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais**. IPAS Brasil/IMS/UERJ, 2007.

Hoje, com um aborto criminalizado e latente, ocorre que uma minoria de mulheres com condições financeiras para arcar com os custos de uma clínica ilegal aborta, à sombra da legalidade, mas com um mínimo de condição médico-sanitária. A grande maioria das mulheres, em contrapartida, sem condições financeiras de pagar por um local sanitarizado, que respeite os padrões mínimos da Organização Mundial da Saúde (OMS), corre sérios riscos de vida e de danos irreparáveis à saúde. Como assegurar uma efetiva cidadania por parte das mulheres se o atual estado de coisas provoca sérias violações tanto à isonomia entre homens e mulheres quanto à igualdade entre mulheres de classes sociais distintas?

Além da preocupação com a igualdade material, a cidadania também depende da viabilização de domínio e consciência sobre a integridade corporal individual. A instrumentalização do corpo da mulher operada pela obrigatoriedade em levar em frente uma gestação indesejada tem tanto consequências imediatas quanto mediatas. Ir contra seu planejamento familiar pode gerar consequências para o seu futuro profissional, econômico e social.

Tamanha restrição à autonomia, à igualdade, à saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos - todos componentes essenciais à cidadania - só seria tida por legítima caso não houvesse meio menos gravoso de atingir a mesma finalidade (qual seja, a proteção da vida do feto).[45]

Ao lado das consequências supramencionadas para a esfera de direitos das mulheres, a criminalização tem intrínseca relação com a marginalização social causada pelo estigma, que agrava a situação e as consequências negativas da medida. Conforme será abordado a seguir, o estigma fecha e renova o ciclo de marginalização operado pela criminalização do aborto, completando o espectro de violações descritas.

3.1. Criminalização e estigma: os diferentes níveis de marginalização da mulher

O estigma é um fenômeno sócio-relacional e, no caso do aborto, é reflexo de construções históricas e sociais de gênero. Partindo do conceito de estigma presente na teoria de Goffman, que o define como *"um rótulo que marca como desviante uma pessoa aos olhos da sociedade, desvalorizando essa pessoa nos seus meios sociais e muitas vezes impactando sua personalidade*"[46],

[45] No tópico 4, o teste da proporcionalidade se destinará a verificar e ponderar os direitos em jogo e suas restrições.

[46] GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4 ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1988.

tem-se que o estigma sobre o aborto é um dos principais contribuintes à marginalização social, médica e jurídica do tema em nível mundial.

Apesar de ser algo comum às sociedades de diferentes culturas, situadas em diversos tempos e espaços[47], o aborto segue sendo algo negativamente avaliado. Por um lado, a (re)produção do estigma e suas causas encontram formas e modos de manifestação a depender de contextos culturais particulares[48], variando de acordo com as posições de poder e privilégio de cada indivíduo - sendo as classes mais vulneráveis sempre mais suscetíveis à estigmatização. Por outro, a manifestação do estigma em seus diversos níveis vem sempre atrelada a ideais de feminilidade que são quebradas com a prática do aborto.

Assim, as mulheres que interrompem suas gestações recebem um atributo negativo e acabam marcadas tanto internamente quanto externamente como inferiores ao ideal de feminilidade construído socialmente. Esse estigma está enraizado em arquétipos estreitos e específicos de gênero que informam os significados culturais da interrupção da gravidez, incluindo construções arquetípicas do "feminino", da sexualidade feminina procriadora e do desejo inato das mulheres de serem mães[49]:

> "We hypothesize that there are at least three archetypal constructs of the 'feminine' that can be transgressed through an abortion experience: female sexuality solely for procreation, the inevitability of motherhood and instinctual nurturance of the vulnerable."[50]

---

[47] LeTourneau, K. (2016). **El estigma en torno al aborto en el mundo: síntesis de la literatura cualitativa**. Un informe técnico para integrantes de la Red Internacional por la Reducción de la Discriminación y el Estigma con relación al Aborto (inroads). Chapel Hill, NC: inroads./d/1nMh_M0wHa1iGAzHe6oZcLUH_HVfsPscwilwWgZ89hvU/edit

[48] Exemplos: na *Zâmbia* existem leis muito liberais em relação ao aborto, porém o acesso é extremamente precário. Muitas complicações de saúde derivam dos procedimentos, e cria-se uma imagem de que as mulheres que abortam são infecciosas, podem contagiar outras pessoas. Na *Tailândia*, o contexto é turvo no que diz respeito à estigmatização do aborto. Ele só é permitido em algumas condições, há muitas complicações de saúde e intervenção de autoridades religiosas. Entretanto, pesquisas mostram que o aborto é considerado pelos cidadãos um ato racional, tendo em vista valores associados à pobreza e maternidade. Embora as mulheres saibam que o budismo rejeita o aborto, entendem que a realidade exige uma ética situacional. No *Vietnã*, onde houve os mais altos índices de aborto durante um tempo, o aborto era considerado parte do projeto nacional de socialismo para trazer o país a um mundo "racional" e "científico". Apesar do fácil acesso ao aborto, mulheres se sentiam estigmatizadas e expressavam arrependimento moral e religioso, baseado nas ideias de pecado e família. Escondiam que haviam praticado aborto. Na *Holanda, Noruega e países Escandinavos*, nos quais o aborto é menos restrito legalmente, as tentativas de controle sobre as decisões da mulher são vistas como inapropriadas e paternalistas.

[49]CROCKILL, Kate; NACK, Adina. **I'm Not That Type of Person: Managing the Stigma of Having an Abortion, Deviant Behavior**, 34:12, 973-990. 2013.

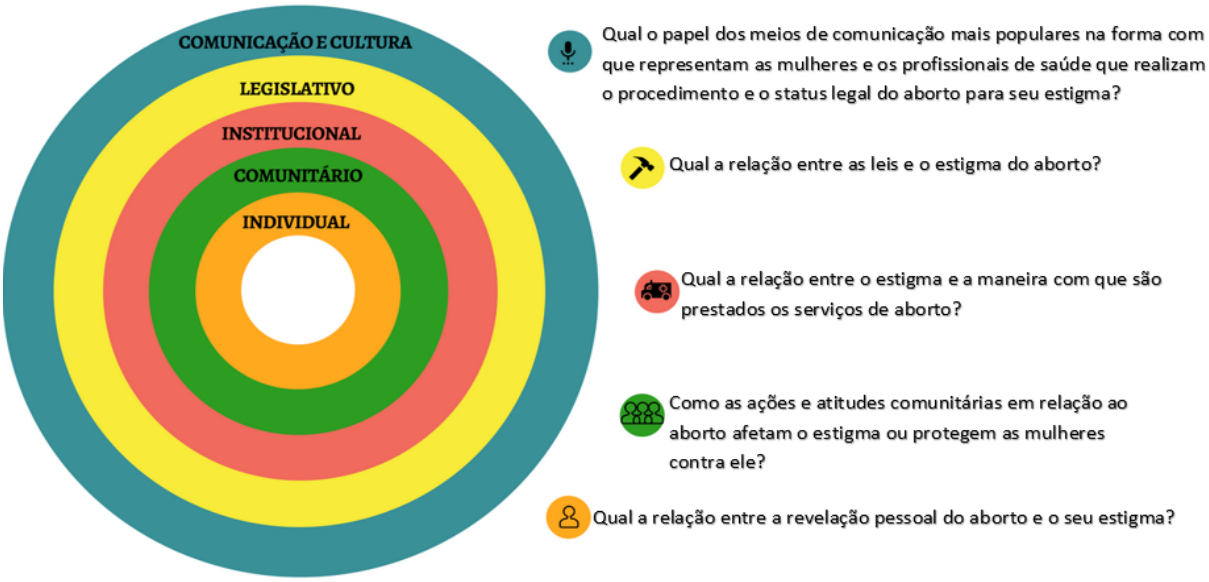
[50]KUMAR, Anuradha; HESSINI, Leila; MITCHELL, Ellen M.H. **Conceptualising abortion stigma**. Culture, Health & Sexuality, [s.l.], v. 11, n. 6, p.625-639, ago. 2009. Em tradução livre: "*Nós criamos a hipótese de que há no mínimo três construções arquetípicas que são transgredidas por meio da experiência do aborto: a sexualidade feminina destinada somente à procriação, a inevitabilidade da maternidade e a instintiva criação e zelo do vulnerável*.".

A partir disso, é possível observar como o aborto se manifesta em diversas esferas da vida social, sendo elas: (i) a individual, (ii) a comunitária, (iii) a institucional - relativa a discursos médicos -, (iv) a estruturas políticas, governamentais e jurídicas; e (v) os meios de comunicação em massa[51]. É importante salientar, porém, que apesar da criminalização do aborto integrar a esfera jurídica de reprodução e manutenção do estigma, ela é um dos principais responsáveis pelo fomento da discriminação da mulher em todas as outras esferas, agravando suas vulnerabilidades e violações de direitos. A manifestação do estigma nos espaços pode ser melhor descrita e compreendida a partir das imagens a seguir[52]:

[51] Ibid.

[52] LeTourneau, K. (2016). **El estigma en torno al aborto en el mundo: síntesis de la literatura cualitativa**. Un informe técnico para integrantes de la Red Internacional por la Reducción de la Discriminación y el Estigma con relación al Aborto (inroads). Chapel Hill, NC: inroads. Último acesso em 7 de setembro de 2017.

Modelo Ecológico do Estigma do Aborto



O estigma em nível cultural e dos meios de comunicação inclui a forma com que estes representam a atenção ao aborto, os prestadores de serviço e as mulheres que realizam abortos, como o discurso dominante se refere a esses sujeitos e como eles são visibilizados ou invisibilizados na cultura popular.

O estigma em nível jurídico inclui como os obstáculos que impedem o acesso à saúde reprodutiva e ao aborto são convertidos em leis, e como os elaboradores de políticas públicas e as instituições interpretam essas leis de maneira discriminatória.

O estigma em nível institucional se refere a como as políticas e as práticas das unidades de saúde, os profissionais da área e as instituições de educação médica podem exercer influência sobre a marginalização do aborto e daqueles que prestam o serviço de abortamento.

O estigma em nível comunitário diz respeito às normas sociais e culturais, às atitudes e comportamentos em torno do aborto (mulheres e prestadores de serviço) que existem nas comunidades.

Em nível individual, o estigma é a experiência (internalizada, percebida ou real) do estigma por parte das pessoas. As mulheres que realizam abortos, as pessoas que apoiam essas mulheres e as pessoas que prestam serviços de abortamento, todas podem sentir o nível individual do estigma.

Fonte: Imagem com adaptação e tradução livre de LeTourneau, K. (2016), pp.3-4.

A *esfera jurídica* de produção social do estigma é imprescindível à compreensão do papel do Direito na manutenção da discriminação de gênero e violação de direitos fundamentais das mulheres. Em lugares onde o aborto é proibido, as manifestações de estigmatização podem atingir níveis muito profundos, tendo em vista que a discriminação das mulheres que abortam torna-se legitimado por políticas de Estado. Desse modo, essas mulheres só possuem opções clandestinas à sua disposição, sendo que, conforme mencionado anteriormente, a segurança desses meios varia de acordo com os contextos diferentes de poder e privilégios de cada mulher, assim como segundo seu acesso à informação e a medicamentos de qualidade:

> "Las mujeres con recursos 'van a clínicas particulares y se lo hacen los médicos y uno ni se entera' mientras que 'las muchachas y las mujeres que se mueren de abortos mal hechos son las que no tienen dineron i van a los médicos correspondientes'. (Izugbara et al., 2009). Liberalizar las leyes simplemente no es suficiente. También es de importancia crucial cambiar el contexto cultural donde se prestan y buscan los servicios de aborto."[53]

A legitimação e legalização da atitude discriminatória sobre essas mulheres reforça, ainda, o estigma em *nível individual*, levando a situações de segredo, isolamento, medo de julgamento e ameaças, culpa e vergonha. Isso reforça a falta de busca por amparo e as vulnerabilidades às quais estão sujeitas.

Além disso, em *nível comunitário*, a criminalização é causa e produto de um imaginário social que constrói diversas normas sobre o feminino rompidas pela prática do aborto, sendo elas: o caráter central da maternidade para a figura feminina, a centralidade da proteção do feto e a sexualidade controlada da mulher[54]. Vale ressaltar que tal construção não se restringe às mulheres que praticam o aborto. Além delas, também são afetados os profissionais da área de saúde (*nível institucional*) que realizam o procedimento e outros que apoiam essas mulheres (seja por meio de disputas legislativas e judiciárias, seja em nível particular)[55].

---

[53] LeTourneau, K. (2016). **El estigma en torno al aborto en el mundo: síntesis de la literatura cualitativa**. Un informe técnico para integrantes de la Red Internacional por la Reducción de la Discriminación y el Estigma con relación al Aborto (inroads). Chapel Hill, NC: inroads. Último acesso em 7 de setembro de 2017.

[54] KUMAR, Anuradha; HESSINI, Leila; MITCHELL, Ellen M.h.. **Conceptualising abortion stigma**. Culture, Health & Sexuality, [s.l.], v. 11, n. 6, p.625-639, ago. 2009.

[55] CROCKILL, Kate; NACK, Adina. **I'm Not That Type of Person: Managing the Stigma of Having an Abortion, Deviant Behavior**, 34:12, 973-990. 2013.

No Brasil, a forte influência religiosa na construção de valores comunitários se entrelaça diretamente com a criminalização do aborto, que, além de manter um controle político do corpo feminino, reforça a ética cristã da proteção do núcleo familiar e da responsabilidade maternal da mulher como figura reprodutiva. Assim, é possível encontrar dados relativos ao fato de que mesmo o aborto legal - quando a gravidez é fruto de estupro, por exemplo - é muito difícil de ser realizado no Brasil. Atualmente, existem 37 serviços ativos que realizam o aborto legal no país, e há ausência deles em 7 estados[56]:

> "Apesar do avanço obtido com a instalação dos serviços em todas as regiões do país, as mulheres vivenciam muitas dificuldades para o acesso ao serviço de aborto. Uma pesquisa realizada em 2003, por meio de questionários enviados pelo correio a ginecologistas e obstetras, observou que cerca de 2/3 dos médicos acreditavam ser necessária a autorização judicial para realização do aborto previsto em lei[57]. Outro levantamento entre ginecologistas e obstetras de todo o país, em 2012, evidenciou que 81,6% deles solicitavam BO [boletim de ocorrência] ou outro tipo do documento (como laudo do IML, autorização do comitê de ética hospitalar ou alvará judicial)[58]. Além disso, a veracidade do relato de estupro feito pela mulher é frequentemente contestada, e sua palavra não é suficiente para garantir a interrupção da gravidez.[59] Outra barreira para a adequada estruturação dos serviços de aborto legal tem sido a identificação de profissionais de saúde com disponibilidade para assistência ao aborto permitido pela lei. Seja pelo estigma de serem conhecidos como "aborteiros", pelo medo de serem processados ou ainda por objeção de consciência moral ou religiosa, o fato é que muitos médicos se recusam a realizar o aborto."[60] [61] [62] [63]

A descriminalização, a legalização e, principalmente, a regulamentação do acesso aos serviços de interrupção da gravidez, então, contribuem para a "desestigmatização" do aborto, não apenas entre as mulheres que o praticam, mas também entre seus círculos de convivência[64]. A simples

---

[56] Diniz D, Madeiro A, Rosas C. **Conscientious objection, barriers, and abortion in the case of rape: a study among physicians in Brazil**. Reprod Health Matters 2014; 22(43):141-148, p. 568

[57] Brasil. Ministério da Saúde. Hospitais e serviços de referência em atendimento para mulheres e adolescentes em situação de violência sexual – Brasil [internet]. 2009. Disponível em <http:// portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/atsm_res_serv_At_viol_sexual_2009.pdf> último acesso 01/05/2017.

[58] Faúndes A, Duarte GA, Osis MJD, Andalaft-Neto J. **Variações no conhecimento e nas opiniões dos ginecologistas e obstetras brasileiros sobre o aborto legal**, entre 2003 e 2005. Rev Bras Ginecol Obstet 2007; 29(4):192- 199.

[59] Diniz D, Madeiro A, Rosas C. **Conscientious objection, barriers, and abortion in the case of rape: a study among physicians in Brazil**. Reprod Health Matters 2014; 22(43):141-148.

[60] Zordo S. **Representações e experiências sobre aborto ilegal e legal dos ginecologistas-obstetras trabalhando em dois hospitais maternidade de Salvador da Bahia**. Cien Saude Colet 2012; 17(7):1745-1754.

[61] Farias RJ, Cavalcanti LF. **Atuação diante das situações de aborto legal na perspectiva dos profissionais de saúde do Hospital Municipal Fernando Magalhães**. Cien Saude Colet 2012; 17(7):1755-1763.

[62] Soares GS. **Profissionais de saúde frente ao aborto legal no Brasil: desafios, conflitos e significados**. Cad. Saúde Pública 2003; 19(Supl. 2): S399-S406.

[63] MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora. **Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional**. Ciência & Saúde Coletiva, [s.l.], v. 21, n. 2, p.563-572, fev. 2016.

[64] LAMAS, Marta. **Entre el estigma y la ley: La interrupción legal del embarazo en el DF**. Salud pública Méx, Cuernavaca, v. 56, n. 1, p. 56-62, feb. 2014 . Disponível em

legalização, apesar de não ser capaz de encerrar instantaneamente a existência do estigma, tendo em vista que é socialmente construído e, portanto, ínsito aos nossos costumes, altera a concepção das mulheres de criminosas para legítimas usuárias de um serviço público, portadoras de direitos fundamentais passíveis de uma ação de garantia positiva do Estado.

Em sociedades nas quais o aborto ainda é criminalizado, a mulher que decide realizá-lo, entre outros traumas, terá que lidar constantemente com um julgamento moral cíclico, em muito disseminado em discursos negativos reproduzidos pelos meios de comunicação em massa (*nível comunicação e cultura*). Ao recusar o papel social de 'genitora', o Estado faz uso do Direito Penal e cerceia seu direito de acesso à saúde, perpetuando, assim, um ciclo de estigmas sociais.

Assim sendo, o estigma resultante e causador da criminalização do aborto agrava o efeito deletério das violações materiais que impedem o efetivo exercício da cidadania[65] por parte das mulheres que decidem interromper uma gravidez indesejada. Diante das violações à autonomia, à igualdade e à saúde, não há que se falar em possibilidade de ação e participação na sociedade (ou, ao menos, não em situação de igualdade com os demais cidadãos com efetiva participação na vida política).

A principal justificativa que legitima essa restrição à autonomia da mulher é a necessidade em se proteger a vida do feto. A partir da noção da criminalização como *ultima ratio*, é essencial que a medida passe no crivo de um teste de proporcionalidade que pondere todas as facetas dos dois direitos em conflito: a cidadania da mulher e a vida do feto. É possível que a proibição do aborto não seja o único – nem o mais eficiente – modo de se proteger a vida do feto e traz consigo uma série de consequências sociais e políticas que não justificam a referida restrição. É ao teste que nos dedicaremos no próximo tópico.

4. PROPORCIONALIDADE

Concluiu-se, nos tópicos anteriores, que as consequências da criminalização do aborto violam materialmente direitos que fazem parte do núcleo duro da cidadania, em seu conceito ressignificado

---

<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342014000100008&lng=es&nrm=iso>. Último acesso em 26/08/2017.

[65] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
II - a cidadania.

e mais amplo que abrange tanto a garantia abstrata de participação política, quanto as condições concretas para o exercício deste direito.

Como não há na Constituição Federal qualquer direito absoluto[66], inexiste hierarquia predeterminada do direito à vida do feto em relação aos diversos direitos da mulher[67], altamente restringidos em decorrência da criminalização do aborto. Por isso, faz-se necessário o teste de proporcionalidade para verificar se a criminalização do aborto, como medida de política pública, atende aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[68]. Todas as restrições ao direito à cidadania da mulher só serão justificáveis caso passem por este crivo. Se concluída a ausência de proporcionalidade, impossível outra conclusão que não aquela de incompatibilidade da criminalização com a Constituição Federal e inequívoca não-recepção dos dispositivos que criminalizam o aborto pela Constituição.

Assim, é necessária uma análise objetiva da medida questionada à luz dos princípios constitucionais em colisão para que, só então, uma decisão seja reputada como ideal e proporcional. Essa análise não se dá em função de discussões de ordem moral, médica ou religiosa sobre o tema. A aplicação da regra de proporcionalidade é útil para essa ponderação concreta, uma vez que, conforme experiência de outros Tribunais Constitucionais, a sua aplicação tem resultado em um tratamento constitucional do aborto de maneira mais equilibrada, reduzindo a tendência de julgamentos que levem em conta apenas parte dos interesses envolvidos[69].

---

[66] Nesse sentido, "os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007.) Ademais, a jurisprudência do STF entende que "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, pp. 20).

[67] A título de exemplo, o Código Penal permite o aborto humanitário (quando o feto é resultado de estupro) como causa de excludente de ilicitude, optando o legislador por priorizar os direitos da mulher em detrimento dos direitos do feto.

[68] O teste de proporcionalidade passa pela verificação de três sub-regras sucessivas e subsidiárias: (a) a adequação do ato estatal para o fim pretendido, (b) sua necessidade e, por fim, (c) a proporcionalidade em sentido estrito, em uma tentativa de promover o equilíbrio interpretativo na ponderação dos direitos em confronto quando da prática do aborto.

[69] UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto.** Tradução de Cristina Telles. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 10 de agosto 2017.

4.1 Sub-regra da adequação

A máxima da adequação, primeira etapa do teste, demanda uma análise de três ordens: primeiro, de identificação do objetivo que se pretende alcançar com a lei; segundo, da legitimidade do referido objetivo e, por fim, da aptidão da medida para atingir ou fomentar a finalidade visada. Assim, a criminalização do aborto passaria por esta primeira etapa contanto que cumprisse esses requisitos.

Não há como negar que a justificativa para a criminalização do aborto – a proteção ao direito à vida – seja um fim constitucionalmente legítimo. Contudo, essa constatação não esgota o teste, uma vez que é preciso verificar se a medida fomenta a finalidade de proteção da vida. Para tanto, é útil o recurso a dados estatísticos.

É importante ter em vista que o efeito dissuasivo da lei penal, isto é, a prevenção geral negativa da pena, não pode ser considerado como um fenômeno presumido, já que a efetividade da pena nesse aspecto está relacionada, de maneira geral, ao tipo de conduta a qual lhe é atribuída uma sanção[70]. No caso específico da criminalização do aborto é necessário se verificar os dados referentes à efetividade da lei penal.

Devido ao alto número de abortos realizados clandestinamente, à criminalização do procedimento[71] e ao estigma ligado à prática[72], a produção dos dados oficiais não condiz com a

[70] UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto.** Tradução de Cristina Telles. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 10 de agosto 2017.

[71] Em algumas metodologias de pesquisa de cunho qualitativo, como as entrevistas diretas com as atrizes e atores envolvidos na discussão do aborto, há uma busca por um maior detalhamento da realidade, sendo possível se imaginar os verdadeiros números por detrás da criminalização do aborto. De qualquer forma, não se pode ignorar que mesmo nestes casos os números refletem certa subcontabilização. Em pesquisa realizada por Maria José D. Osis, Ellen Hardy, Anibal Faúndes e Telma Rodrigues, publicada na Revista de Saúde Pública, entre o tamanho amostral de 1.801 mulheres, foram entrevistadas algumas mulheres que anteriormente estiveram internadas em um determinado hospital por complicações de aborto. Durante as visitas aos domicílios, apenas a metade dos abortos sabidamente provocados foram declarados durante a entrevista, nenhum dos 13 casos de aborto suspeitos de serem provocados foram referidos como provocados, sendo que duas sequer informaram ter tido qualquer aborto. A principal explicação para esse fenômeno é a sensibilização que o aborto causa no estado psicológico, assim como o medo das consequências sociais e jurídicas resultantes da prática e as influências de contexto no qual a pessoa se encontra inserida. OSIS, Maria José D.; HARDY, Ellen et al. **Dificuldades para Obter Informações da População de Mulheres sobre Aborto Ilegal**. Revista de Saúde Pública, v. 30, n. 5, p. 444-451, 1996. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/17007/1/S0034-89101996000500007.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2017.

[72] Em algumas metodologias de pesquisa de cunho qualitativo, como as entrevistas diretas com as atrizes e atores envolvidos na discussão do aborto, há uma busca por um maior detalhamento da realidade, sendo possível se imaginar os verdadeiros números por detrás da criminalização do aborto. De qualquer forma, não se pode ignorar que mesmo nestes

realidade. A consequência desses desvios é a subcontabilização[73] desses dados, que não permite extrair corretamente o cenário da prática do aborto no país, bem como a eficácia da criminalização com vistas ao objetivo ao qual ela se propõe.

Por isso, avaliar corretamente a magnitude do aborto inseguro e a eficácia da criminalização exige precisão metodológica, o que é alcançado pela Pesquisa Nacional do Aborto[74] (PNA), cujos dados serão utilizados na presenta argumentação. Conquanto subcontabilizados, os dados revelam que o aborto, a despeito de criminalizado, continua a ocorrer em números alarmantes. Segundo os dados do PNA[75] de 2016, das 2002 mulheres urbanas e alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas, 13% já abortou. Aplicando a taxa de aborto no ano anterior à pesquisa (2015), este resultado leva à estimativa de 503 mil abortos somente em 2015.

O grande número de abortos realizados anualmente contrasta com as estatísticas mais recentes sobre a aplicação de pena privativa de liberdade de mulheres em decorrência da prática, colocando em cheque a adequação da medida. Em 2014, 43 mulheres foram privadas de sua liberdade em decorrência do crime, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias[76]. O menor

casos os números refletem certa subcontabilização. Em pesquisa realizada por Maria José D. Osis, Ellen Hardy, Anibal Faúndes e Telma Rodrigues, publicada na Revista de Saúde Pública, entre o tamanho amostral de 1.801 mulheres, foram entrevistadas algumas mulheres que anteriormente estiveram internadas em um determinado hospital por complicações de aborto. Durante as visitas aos domicílios, apenas a metade dos abortos sabidamente provocados foram declarados durante a entrevista, nenhum dos 13 casos de aborto suspeito de serem provocados foram referidos como provocados, sendo que duas sequer informaram ter tido qualquer aborto. A principal explicação para esse fenômeno é a sensibilização que o aborto causa no estado psicológico, assim como o medo das consequências sociais e jurídicas resultantes da prática e as influências de contexto no qual a pessoa se encontra inseridaOSIS, Maria José D.; HARDY, Ellen et al. **Dificuldades para Obter Informações da População de Mulheres sobre Aborto Ilegal**. Revista de Saúde Pública, v. 30, n. 5, p. 444-451, 1996. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/17007/1/S0034-89101996000500007.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2017.

[73] É o que ocorre com os números apresentados no *amicus curiae* apresentado pela União dos Juristas Católicos de São Paulo na presente ADPF, que estima, de forma equivocada, superficial e desconectada do contexto social, que há por volta de 100 mil abortos por ano no Brasil com base em dados do DataSUS.

[74] A pesquisa Nacional do Aborto 2016 (PNA) desenvolveu metodologia que busca obter resultados mais próximos da realidade. Foi desenvolvida uma metodologia que tenta garantir máxima confidencialidade da informação obtida e, com isso, dados mais precisos: o método de urna. A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) 2016 combina esse método com um questionário face-a-face aplicado por entrevistadoras mulheres. As entrevistadas recebem um questionário que deve ser respondido e depositado em uma urna lacrada, sem que as entrevistadoras tenham conhecimento das respostas. Este método não fortalece apenas o sigilo, mas a percepção de sigilo, o que tende a aumentar as respostas verdadeiras. A Pesquisa Nacional de Saúde de 2013, por exemplo, realizada pelo IBGE, utilizou o método de entrevistas face a face sem técnicas de garantia de sigilo, com entrevistadores de ambos os sexos, e concluiu que 2,1% das mulheres entre 18 a 49 anos já haveria provocado o aborto, enquanto a Pesquisa Nacional do Aborto encontrou dados superiores e mais compatíveis com a realidade.

[75] Fonte: Pesquisa Nacional do Aborto (2010) e Pesquisa Nacional do Aborto (2016).

[76] Não existem estatísticas referentes ao ano de 2015. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN -** Dezembro 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> . Acesso em: 28 abr. 2017.

número de encarceramentos não desmerece o conjunto de violações pelo próprio ato de punir e tampouco altera a mais grave consequência da criminalização: o fato de que a maior parte dos abortos realizados clandestinamente não são seguros e implicam grande risco à saúde e à vida das mulheres, especialmente as negras, nordestinas e pobres – parcela das mulheres mais vulneráveis diante de suas condições socioeconômicas.

Conclui-se, assim, que o aborto é uma prática recorrente na sociedade brasileira, e a sua criminalização não impede sua ocorrência. A partir desta constatação, a conclusão à qual se chega depende da concepção que se tem sobre adequação. Há corrente interpretativa sobre proporcionalidade para a qual a satisfação do critério da adequação depende de completa realização do objetivo pretendido[77] (neste caso, a proteção da vida). Por este ponto de vista, a criminalização do aborto seria de imediato inadequada e, com isso, a análise da primeira etapa já indicaria a incompatibilidade da medida com a Constituição.

Certo é que é possível, por outro lado, interpretar a máxima da adequação como a exigência de mínimo fomento à proteção, e não um utópico ideal de completa realização[78]. Mesmo que se entenda que a criminalização seja medida que passa pela sub-regra da adequação, ela deve igualmente ser submetida às outras duas sub-regras do teste da proporcionalidade: a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito.

4.2 Sub-regra da necessidade

Aqui é importante uma avaliação essencialmente comparativa de diferentes medidas legais de proteção igualmente eficazes, na qual se exige que a escolha se dê em razão da escala de restrição do direito fundamental atingido. Nessa etapa, portanto, deve-se questionar se não há uma medida menos intrusiva aos direitos das mulheres, mas tão ou mais efetiva para atingir o fim desejado, qual seja, o de proteção da vida fetal. Nas hipóteses em que o grau de eficiência dos meios averiguados não seja

[77] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Repertório IOB de jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo. nº 14, 2000, p.341

[78] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

similar, entretanto, a preferência deve ser pela mais eficiente. Isso porque tal escolha não significa o desamparo do direito afetado, já que este será apenas descolado para o terceiro exame[79].

Dados empíricos mundiais revelam que a criminalização do aborto não é o meio mais eficiente quanto à proteção da vida do feto quando em comparação outros meios possíveis. De início, é preciso pontuar que a redução do número de abortos provocados não tem correlação necessária com a criminalização dessa prática. Uma análise mais recente da incidência de abortos induzidos pelo mundo[80] concluiu nesse sentido, ao afirmar inexistir relação entre leis restritivas no país e as taxas de incidência. O que se pôde estabelecer foi uma relação entre legislações que criminalizam o aborto e a incidência de abortos pouco seguros (aqueles em desacordo com os padrões da OMS[81]), mas não com o aumento de abortos. A maior parte dos abortos inseguros foram realizados em países com legislação restritiva (95% dos quais, em países subdesenvolvidos)[82], ou seja, onde o aborto é criminalizado, ele continua a ocorrer com incidência similar, com a diferença de que envolve maiores riscos à saúde da mulher[83].

Além disso, um levantamento de estatísticas sobre aborto em 50 países nos quais ele é legalizado[84], em comparação com 10 países nos quais ele foi altamente restringido a excepcionais condições, também concluiu que a criminalização não faz com que ocorram comparativamente menos abortos[85]. A mesma constatação, inclusive, se repetiu uma década depois[86]. Esse levantamento sugere

---

[79]SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 172-173.

[80] Induced abortion: Estimate Rates and Trends Worldwide. The Lancet. Vol 370. Novembro de 2007. DOI: 10.1016/S0140-6736(07)61575-X

[81] Vide nota 40.

[82] cf. HENSHAW, Stanley K. **The Incidence of Abortion Worldwide**. International Family Planning Perspectives, vol. 25, 1999, p. S33)

[83] Ainda seguindo o PNA, 48% das mulheres que abortaram tiveram que ser internadas para finalizar o procedimento. (cf. Pesquisa Nacional do Aborto, 2016. P.656)

[84] HENSHAW, Stanley. **The Incidence of Abortion Worldwide**. International Family Planning Perspectives, vol. 25, 1999, p. S33-S38

[85] A taxa mundial de aborto foi por volta de 35 em cada 1000 mulheres entre 15-44 anos de idade. Do total, aproximadamente 44% realizados ilegalmente. Na América Latina e em sub-regiões da África e Ásia, a taxa de abortos foi de 30 em 1000, a despeito da alta restrição legal do aborto. Em comparação, nos dois países com as taxas mais baixas de aborto (Bélgica e Holanda, com 7 abortos a cada 1000 mulheres) o procedimento é legalmente admitido e oferecido sem custo às mulheres. Nesses países, até a proporção entre abortos e nascimentos é baixa, resultado que reflete a influência da eficácia da propagação de métodos contraceptivos na prevenção de gravidez indesejada (e, com isso, os abortos). Em contraposição, o Vietnã, país que apresentou a mais alta taxa de abortos (83 em 1000 mulheres) também admite por lei o aborto. Nos países subdesenvolvidos, nos quais concentra-se população mundial, a taxa de abortos foi de 39 por 1000 mulheres. (cf. HENSHAW, Stanley K. **The Incidence of Abortion Worldwide**. International Family Planning Perspectives, vol. 25, 1999, p. S33 e S36)

[86] "*The fact that the abortion rate in the less developed world, where the procedure is legally restricted in many countries, is quite similar to that in the more developed world, where abortion is largely permitted on broad grounds in almost all*

que a taxa de aborto estaria muito mais relacionada à eficácia de métodos contraceptivos na prevenção de gravidez não planejada do que com a proibição legal.

Assim, políticas de educação sexual e reprodutiva, de planejamento familiar e de medidas de prevenção podem atingir o fim visado pela norma penal de forma tão ou mais eficiente. Os exemplos dos países em que o aborto é legalizado, em particular Portugal[87] e Espanha[88], os quais investem em políticas públicas de prevenção e assistência à maternidade, comprovam que o número de abortos foi reduzido ao longo dos anos.

Isso mostra que políticas de prevenção de gravidez indesejada são importantes fatores a serem considerados na discussão a respeito do aborto. A eficácia dessas políticas na prevenção da ocorrência de abortos ilustra como o acesso à informação por meio da educação sexual e a métodos contraceptivos, por exemplo, são importantes vias estatais de intervenção e fomento à proteção da vida do feto e, ao mesmo tempo, de garantia aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Outros mecanismos de prevenção da prática do aborto alternativos à criminalização, desta vez para momento após a constatação de gravidez, também podem aqui ser rememorados como outros meios possíveis a serem acionados para equalizar a equação entre vida fetal e direitos das mulheres. A partir da ideia de criminalização como última *ratio*, resta evidente que há meios alternativos e menos gravosos que operam uma menor restrição ao outro direito em conflito[89].

---

countries, confirms the lack of an inherent relationship between the prevalence of abortion and its legal status." (*in* SINGH, S., et.al. **Abortion worldwide: a decade of uneven progress**. Guttmacher institute. New York, 2009, p.18. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-decade-uneven-progress> Acesso em 6 maio de 2017.

[87] Desde a descriminalização, os números são positivos. Segundo o Relatório dos Registros de Interrupções da Gravidez de 2015, elaborado pela Direção Geral da Saúde, no ano de 2015 foram realizadas 15.873 interrupções por escolha da mulher até 10 semanas de gestação, ocorrendo diminuição de 1,9% em relação ao ano anterior; entre 2014 e 2008, houve diminuição de 10,2% de interrupções realizadas por escolha da mulher e, principalmente, desde 2012 não se verificou mais mortes maternas em decorrência de aborto. Dados obtidos em: "Relatório dos Registros de Interrupções da Gravidez, 2015*"*. Disponível em: <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/ficheiros-de-upload-diversos/relatorio-de-ig-dados-2015-pdf.aspx>. Acesso em: 27 de maio. 2017

Ainda, com relação a métodos contraceptivos, verificou-se que a lista nacional de contraceptivos para disponibilização gratuita no Serviço Nacional de Saúde tem sido progressivamente alargada, no sentido de assegurar a diversidade de métodos e que, atualmente, mais de 90% das mulheres após a realização do aborto escolhe um método contraceptivo e 1/3 opta por um método de longa duração. Dados obtidos em: "A interrupção de gravidez em Portugal". Disponível em: <http://www.spdc.pt/files/publicacoes/A_interrupo_de_gravidez_em_Portugal.pdf>. Acesso em: 27 de maio. 2017.

[88] Os dados sobre a Espanha reforçam que a experiência da descriminalização não implica necessariamente uma vulgarização do procedimento abortivo.

[89] Essas formas alternativas de prevenção após constatação da gravidez serão melhor discutidas no tópico 4.3.

4.3 Sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito

Ainda que a criminalização do aborto possa ser entendida por algumas pessoas como adequada e necessária, é imprescindível para o fechamento do teste da proporcionalidade verificar a idoneidade dos meios escolhidos para alcançar os fins legítimos perseguidos em contraposição com a intensidade de violação ao outro direito fundamental na balança (no caso, a cidadania da mulher). Essa última análise merece especial detalhamento.

Não se pode subestimar o nível de restrição aos direitos da mulher, tampouco encarar o direito à vida do feto como algo absoluto, situação muito comum quando encontramos o embate entre ambos. O exame aqui a ser realizado implica sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido - no caso, a cidadania da mulher, no exercício da sua autonomia - em comparação com a importância da realização do direito à vida do feto, sendo este último o pilar que fundamenta a medida restritiva[90].

O objetivo da análise ao fazer um exame comparativo entre os graus de restrição e de realização dos direitos fundamentais colidentes é cotejar os fundamentos da adoção de uma medida restritiva de direitos com relação ao peso da justificativa para tal grau de restrição.

Nesse processo, devem ser observados os seguintes três eixos de análise: (i) a intensidade da interferência - no caso concreto, da intervenção no exercício da cidadania e da autonomia da mulher; (ii) o grau de importância de realização do princípio colidente - o direito à vida do feto; (iii) se, ao ser realizado um exame comparativo entre os graus de restrição e realização colocados, a medida de intervenção se justifica. Seguiremos, então, com a análise de cada um desses pontos, sopesando o direito à cidadania e à autonomia da mulher e o direito à vida do feto.

(i) A intensidade da interferência

A análise da proporcionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais se dá pela observância de três graus de restrições: pequeno, médio e alto - tanto no direito fundamental atingido,

[90] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002. pp. 41.

quanto naquele protegido pela medida restritiva[91]. A criminalização do aborto dificulta o gozo dos direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade psicofísica e a igualdade de gênero - garantias sem as quais o exercício da cidadania das mulheres nunca será pleno, tampouco chegará próximo dessa plena realização.

A criminalização do aborto, como discutido, obstaculiza o exercício efetivo da cidadania por parte da mulher, porque impede uma adequada garantia das condições materiais para sua efetivação. Ela restringe o direito à saúde física e psicológica[92] de milhares de mulheres que morrem ao realizarem o aborto inseguro, viola o princípio da igualdade pois promove a hierarquização entre a liberdade de homens e de mulheres e também reforça desigualdades entre mulheres segundo os marcadores sociais de raça e classe, já que o poder econômico aquisitivo das mulheres influencia na escolha do método para a realização do aborto e das possíveis sequelas. Por fim, a criminalização cria estigmas sociais que impedem e desestimulam o pleno convívio social e o desenvolvimento do ser humano em sua plenitude.

Por todo o exposto, no que diz respeito ao direito fundamental da cidadania, pode-se classificar como alto o nível de restrição que a criminalização do aborto gera.

(ii) Grau de importância de realização do direito colidente

Nesse ponto, cabe retomar, como previamente colocado, a perspectiva jurídica (e não médica ou moral) sobre a questão: não há como imputar ao feto o direito à vida em seu grau máximo durante todo o período de gestação. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o artigo 4.1 da Convenção Americana, já estabeleceu que o direito à vida é gradual e incremental, sendo progressivamente ampliado ao longo do período de gestação[93]. No mesmo sentido, nosso

[91]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Trad. Virgílio Afonso da Silva.

[92] Segundo estimativa da Organização Mundial da Saúde, a cada dois dias, uma mulher morre vítima de aborto clandestino no Brasil. Este dado expõe a dimensão das consequências para a vida da mulher quando tem que se submeter a procedimentos inseguros e marginalizados. Por mais que a autonomia da mulher não seja em si um direito absoluto, ao se colocar em perspectiva com a noção de proteção de direitos do feto, deve-se sempre ter em mente as consequências que a atual criminalização traz, do ponto de vista social, econômico e pessoal para a mulher.

[93] O artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que "a vida deve ser protegida pela lei, *em geral*, desde o momento da concepção". No caso Artavia Murillo et. al vs Costa Rica, a Corte concluiu que "(...) a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula "em geral" tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar

ordenamento protege de forma diversa cada etapa do desenvolvimento humano, não outorgando a mesma intensidade de proteção à pessoa humana, ao feto e ao embrião[94].

Apesar de existir uma discussão acerca do marco inicial da vida nas ciências biológicas, nenhum dos juízos apresentados é reconhecido pelo ordenamento jurídico, de modo que a ênfase deve ser na compreensão jurídica da questão e de quando um indivíduo passa a ser sujeito pleno de direitos fundamentais. Desse modo, mesmo que o feto goze do direito à vida, não é possível atribuir o mesmo grau de proteção durante todo o período de gestação, já que esse pode ser considerado um direito progressivo.

(iii) A restrição se justifica?

Ao realizarmos o teste de proporcionalidade, na sua terceira etapa (proporcionalidade em sentido estrito), fica claro que o nível de restrição ao direito fundamental da autonomia e cidadania feminina é alto e, por outro lado, o grau de estímulo à proteção do feto não alcança um nível tão expressivo que justifique a restrição ao primeiro.

A sanção penal impõe o mais alto grau de restrição aos direitos que são essenciais para a existência de condições ao exercício efetivo da cidadania da mulher pela mulher. Em contrapartida, tem-se que, diante do pressuposto de progressividade do desenvolvimento do feto, é razoável supor que o direito à vida admite graus distintos de proteção ao longo do período temporal da gravidez. A proteção, assim como o status de pessoa, deveria aumentar progressivamente. Diante dessa dualidade, conclui-se que a norma jurídica em questão se torna uma solução desproporcional, porque pretende a efetivação da finalidade buscada às custas de extrema e gravosa restrição ao direito colidente. Diante das violações apresentadas, não seria razoável que a proteção à vida do feto fosse máxima - por meio

a negação total de outros direitos. Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada "proteção mais ampla" no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela". (cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Artavia Murillo et al. ("Fertilización in Vitro") vs. Costa Rica, 2012, p. 81 Dísponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em:13 de maio. 2017

[94] Tanto é assim que o próprio Código Penal, em seu art. 128, II, prevê a possibilidade de se realizar aborto de feto resultante de estupro. Logo, fica evidente a relativização que o legislador fez da vida do feto: sua proteção não é absoluta.

da sanção penal, tão gravosa aos direitos das mulheres - em momento no qual o status de pessoa do feto ainda está em progressão.

É possível conjecturar a existência de medidas de Estado alternativas à criminalização que podem ser consideradas tão ou mais eficientes à proteção do feto e, ao mesmo tempo, menos gravosas ao exercício dos direitos fundamentais das mulheres. Programas de planejamento familiar[95], políticas voltadas para a prevenção, como a distribuição de contraceptivos ou campanhas de conscientização, por exemplo, e políticas de acesso à informação e educação sexual constituem ações importantes para reduzir o número de gravidezes indesejadas, conforme já apresentado em tópico anterior.

Além do mais, experiências vivenciadas em países em que o aborto é legalizado demonstram que a presença de alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida tem-se mostrado uma alternativa bem sucedida, como é o caso de um período mínimo de reflexão e até do aconselhamento não-dissuasivo, nos moldes do modelo português[96].

É preciso que o Estado garanta uma política de apoio à maternidade, como direito a uma assistência médica de qualidade, o acesso à creche e o direito à assistência social, de modo a amparar uma parcela dessas mulheres, que não têm condições materiais e financeiras de criar uma criança. Políticas públicas estruturadas e em bom funcionamento de apoio à maternidade estimulariam a continuidade à gravidez e impediriam (ou diminuiriam a probabilidade) que a opção pela interrupção da gravidez ocorresse por falta de apoio ou de recursos mínimos[97] . Medidas alternativas como essas

---

[95] Planejamento familiar assim entendido como "*como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pela casa*", nos termos do art. 2º da Lei 9.263/96.

[96] No modelo dissuasivo, o aconselhamento pode ser uma interferência excessiva no direito das mulheres, porque impede o efetivo exercício da autonomia. (cf. RUBIO-MARIN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 13, n. 1, p. 356-379, Apr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100356&lng=en&nrm=iso>. Último acesso em 26 de Agosto de 2017. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201714.)

[97] Importante destacar que já existem políticas públicas voltadas para o apoio à maternidade, como por exemplo o salário maternidade, benefício concedido às mães durante período de afastamento de licença maternidade, e o fornecimento de creches pela rede pública. Todavia, essas medidas mostram-se deficitárias no cumprimento de garantir uma assistência à família. Dados apresentados pelo IBGE apontam que em 2015, das 10,3 milhões de crianças de menos de 4 anos de idade investigadas na pesquisa, 74,4% (7,7 milhões), não era matriculada, isto é, não frequentava tal estabelecimento, nem de manhã, nem a tarde. Dentre esse percentual, em 61,8% (4,7 milhões) dos casos os responsáveis demonstraram interesse em fazê-lo e tomaram alguma providência para conseguir uma vaga, as mais recorrentes eram o contato com creche, prefeitura ou secretaria para informações sobre existência de vagas (58,7%) e a inscrição em fila de espera para vagas (37,3%). Ainda, a pesquisa demonstra que a procura por creches é maior nas classes de rendimento médio domiciliar per capita mais baixas - a classe sem rendimento a menos de ¼ do salário mínimo, essa proporção era de 61,5%, crescendo até a classe de ½ a menos de 1 salário mínimo (63,9%). A partir da classe de 1 a menos de 2 salários mínimos, verificou-se redução da proporção, com estimativa de 60,1%, chegando a 54,4% na classe de rendimento domiciliar per capita de

são capazes de fomentar a proteção à vida do feto sem implicarem as gravosas restrições e violações à cidadania ocasionadas pelas consequências da atual criminalização.

Por isso, mesmo que se supere as etapas da adequação e eficácia, deve-se considerar que ela é medida mais gravosa aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Em se tratando da esfera penal, a ameaça de punição criminal deve ser o último recurso do legislador, dada a reconhecida gravidade da intervenção penal no tocante às liberdades individuais.

Como exposto, a proteção ao exercício da autonomia pressupõe a existência de deveres positivos e negativos do Estado que assegurem condições necessárias para o exercício pleno da cidadania. Desse modo, como demonstrado no teste de proporcionalidade, em relação ao aborto, é necessário que haja uma prestação positiva de ações do Estado em políticas públicas capazes de assegurar tanto uma menor violação aos direitos das mulheres, quanto uma proteção tão ou mais eficaz às vidas dos fetos.

A prestação negativa, por fim, diz respeito à não criminalização do aborto. Em respeito ao princípio da última *ratio*, deve-se recorrer ao direito penal apenas quando se provar necessária a sua intervenção e também quando for demonstrada a insuficiência de outros meios para garantir a proteção do bem jurídico tutelado, o que não ocorre no caso. Assim, cabe ao legislador optar por medidas que maximizem os interesses em conflito, - medidas menos invasivas e-, ao mesmo tempo, suficientemente efetivas[98].

Criminalizar de modo desproporcional ressalta a incompatibilidade dos artigos 124 a 126 do Código Penal com a Constituição de 1988, em especial com o conceito de cidadania substantiva, dependente da garantia de um plexo de direitos materiais que condicionam seu exercício.

---

3 ou mais salários mínimos. Dados obtidos em: "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Aspectos dos Cuidados das Crianças de Menos de 4 anos de idade, 2015". Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100137.pdf. Acesso em: 27 de agosto de 2017.

O reduzido número de vagas em creches é só mais um exemplo da escassez no fornecimento de assistência à mulher grávida e à sua família, afetando justamente as mulheres de classes mais baixas que precisam desse suporte do poder público e que são mais atingidas pelos efeitos negativos dos abortos clandestinos.

[98] UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto.** Tradução de Cristina Telles. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 24 de agosto 2017.

A conclusão do teste de proporcionalidade, assim, é que a criminalização é medida demasiadamente gravosa para atingir o fim buscado. Tendo em vista que:

(i) não se pode falar em um direito fundamental absoluto à vida do feto;

(ii) a criminalização não impede a ocorrência de abortos, sendo a quinta causa de morte feminina no Brasil atualmente;

(iii) é incorreta a afirmação de certeza entre a descriminalização e o aumento da prática abortiva[99];

(iv) existem outros meios alternativos à medida criminalizadora que possuem efetividade em relação aos objetivos de proteção da vida do feto e da garantia dos direitos que fortalecessem e possibilitam o exercício da cidadania da mulher e;

(v) há outros efeitos nocivos aos direitos das mulheres que devem ser levados em consideração quando da aplicação de medida criminalizadora da conduta do aborto, não se sustenta a criminalização da prática abortiva, na medida em que os motivos que fundamentam a adoção da medida não têm peso o suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental da cidadania da mulher.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verificamos que a tipificação da prática do aborto viola o direito à cidadania das mulheres brasileiras, posto que restringe desproporcionalmente os direitos materiais que possibilitam a sua prática, quais sejam: a autonomia, a igualdade, o direito à saúde e os direitos sexuais e reprodutivos. A releitura da concepção de cidadania, para além das noções liberais clássicas, é de suma importância para entender as condições materiais que possibilitam o exercício pleno da cidadania feminina e é o que buscamos deixar evidente nos tópicos 2 e 3 deste memorial.

Os dados e as produções acadêmicas científicas a respeito do aborto esclarecem a realidade do aborto no país: a despeito de sua criminalização, milhares de abortos, todos clandestinos, por óbvio, continuam a ocorrer. Segundo a Pesquisa Nacional do Aborto, já mencionada anteriormente, aproximadamente, meio milhão de abortos ocorrem por ano no Brasil.

[99] Como foi desenvolvido no tópico 3.2, pesquisas comparativas apontam para a conclusão de inexistir relação entre a criminalização do aborto e taxas menores de sua ocorrência. Também a análise singular das taxas de aborto em países que descriminalizaram o procedimento demonstra que não há certeza sobre o aumento no número de abortos após a descriminalização: ele pode, de fato, apenas estabilizar-se ou até diminuir.

A constatação óbvia que se depreende é de que, a despeito dos estigmas individuais, comunitários, institucionais, legislativo/jurídico e cultural a que milhares de mulheres estão sujeitas pela prática do procedimento abortivo, eles continuam a ocorrer. E continuarão a ocorrer. Não porque são vistos como métodos contraceptivos – essa é uma leitura distorcida e descolada da realidade das mulheres, mas porque uma gravidez indesejada traz reflexos psíquicos, físicos e socioeconômicos que violam direitos basilares dessas mulheres. Sua autonomia, sua condição de igualdade, sua saúde, seus direitos sexuais e reprodutivos são restringidos, em prol da proteção de uma vida ainda em formação.

Apesar da cidadania não ser um direito absoluto, o direito à vida do feto também não o é. Ambos comportam restrições. Assim, quando entram em colisão, é necessário que sejam sopesados. A aplicação da regra da proporcionalidade, metodologia muito comumente utilizada por esta Corte, no caso da previsão legal do aborto nos mostrou que há meios alternativos tão ou mais eficazes que a criminalização da conduta.

Nesse sentido, programas de planejamento familiar, políticas de distribuição de contraceptivos e campanhas de conscientização, políticas de acesso à informação à educação sexual, somadas a requisitos procedimentais para a realização do aborto – como um período mínimo de reflexão e até mesmo o aconselhamento não-dissuasivo, apresentam-se enquanto medidas alternativas que consideram com seriedade a vida do feto, ao mesmo tempo em que não ignoram os direitos das mulheres. É o que procuramos apresentar em nosso tópico 4, com base em dados de pesquisas nacionais e internacionais que expõem a incerteza dos dados referentes à eficácia da criminalização do aborto e a certeza das consequências nocivas para as vidas das mulheres, em especial aquelas pertencentes aos núcleos socioeconômicos mais vulneráveis, como as mulheres pobres, negras, nordestinas e indígenas.

Reiteramos a importância da decisão a ser tomada por esta Corte para os direitos fundamentais das mulheres e para a concreção de sua cidadania plena. Se desfavorável ao pedido formulado na petição inicial, a decisão legitimará e reforçará as desigualdades entre homens e mulheres, bem como entre mulheres de diferentes classes sociais.

Assim, caberá a este Supremo Tribunal Federal, como responsável pela guarda da Constituição e exercendo seu papel contramajoritário, reconhecer os direitos das mulheres e fazer

cessar a violação aos direitos das mulheres detalhados neste *amicus curiae*, declarando a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas.

6. PEDIDOS

Por todo o exposto, o CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO, o DEPARTAMENTO JURÍDICO XI DE AGOSTO, o COLETIVO DANDARA e o ESCRITÓRIO USP MULHERES, todos em parceria com o NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA EM DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA USP vêm requerer:

(i) Sua admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, para, desse modo, exercer todas as faculdades inerentes a tal função;

(ii) Seja assegurada ao conjunto de postulantes a possibilidade de sustentação oral de seus argumentos em Plenário por ocasião da apreciação do mérito da presente ADPF;

(iii) Caso sejam negados os itens anteriores, requer-se que estes argumentos e documentos sejam recebidos como memoriais a serem juntados aos autos;

(iv) Seja declarado procedente o pedido aduzido na inicial, qual seja: "*a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento*".

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 27 de setembro de 2017.

Lívia Gil Guimarães
OAB/SP 329.790
Coordenadora NPJ-DH

Mayra Gramani
OAB/SP 402.410
Coordenadora NPJ-DH

Ana Laura Pereira Barbosa
RG: 38.545.207-X
Coordenadora NPJ-DH

Núcleo de Prática Jurídica
em Direitos Humanos
Ana Clara Klink de Melo
Barbara Veltri Teixeira
Beatriz Amorim Franchi
Cristiane Costa
Giuliana Vaz de Almeida Bernardini
Irene Jacomini Bonetti
Juliana Chan Tcheou
Juliana Giacovone Filgueiras
Maraísa Rosa Cezarino
Raquel Elisa Martone Graziolli

Marina Silva Meira
RG: 39.720.498-X
Diretora Presidenta do Departamento
Jurídico XI de Agosto

Paula Faria Masulk
RG: 42.173.174-6
Presidenta Centro
Acadêmico XI de Agosto

Eva Blay
RG: 210.225-7
Coordenadora do Escritório
USP Mulheres

Larissa Fernanda Romão da Cunha
RG: 36.891.284-X
Coletivo Feminista Dandara

LISTA DOS DOCUMENTOS ANEXOS

Doc. 1	Procuração ad judicia – Centro Acadêmico XI de Agosto
Doc. 2	Procuração ad judicia – Departamento Jurídico XI de Agosto
Doc. 3	Ata de eleição e apuração para escolha da diretoria do Centro Acadêmico XI de Agosto
Doc. 4	Estatuto e ata da assembleia geral extraordinária de aprovação – Centro acadêmico XI de Agosto
Doc. 5	Estatuto social – Departamento Jurídico XI de Agosto
Doc. 6	Ata de assembleia geral extraordinária para eleição da diretoria e lista de presentes na assembleia geral - Departamento Jurídico XI de Agosto
Doc. 7	Ata de empossamento da diretoria para Gestão 2016/2017 – Departamento Jurídico XI de Agosto