



EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER
DD. RELATORA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade nº 65, 11º andar, cj. 1101, neste ato representado pelos Presidentes de seus Conselho Deliberativo e Diretoria, por sua diretora de litigância estratégica (docs. 1 e 2), por Conselheira, associada e associados membros do grupo de litigância estratégica (doc. 3), todos advogados inscritos na OAB/SP, com fundamento nos arts. 138 e 950, § 3º, do Código de Processo Civil, vem requerer sua admissão na presente *arguição de descumprimento de preceito fundamental* como *amicus curiae*, expondo adiante as razões pelas quais entende que a ação deve ser provida.

I - O TEMA DA ADPF, O IDDD E A ADMISSÃO DO INSTITUTO COMO *AMICUS CURIAE*

O PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL provoca essa C. Suprema Corte a declarar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, com vistas à descriminalização da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação. Em linhas bastante gerais, o proponente sustenta a colidência da criminalização do aborto provocado nessas condições a diversas garantias constitucionais, tais como o direito da mulher 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. Para amparar a tese, o autor traz importante histórico na evolução do tratamento do aborto no direito comparado, especialmente na Alemanha e nos Estados Unidos, passa pelo importante marco fixado por essa C. Corte na ADPF 54 – que permitiu à gestante, a interrupção de gravidez de feto anencefálico – e também pela ADI 3.510, que assentou o marco inicial da vida humana, a ponto de garantir a continuidade de pesquisas com embriões (células-tronco).

Os argumentos do PSOL são irretocáveis! Dentre eles, o IDDD destaca logo a invocação dos direitos fundamentais à liberdade humana e à dignidade da mulher, que, como se verá, merecem ser sobrepostos a crenças e valores religiosos, para fins de definição de contornos de tipos penais.

A questão que se propõe como vetor interpretativo a essa C. Corte é a (in)utilidade prática da criminalização do aborto em termos sociais. A criminalização impede que abortos aconteçam? Não, não impede. Apenas gera risco à saúde pública, pois coloca muitas mulheres em situação de risco, que, em virtude de questões sociais (na maioria dos casos), vêem-se obrigadas a se submeterem a intervenções clandestinas. O resultado já é sabido por V. Exas.: boa parte dessas mulheres morre ou fica estéril.

Registre-se que a minimização da intervenção penal não visa a incentivar a prática abortiva. Não se trata disso. É que, sem medo da punição, essas mulheres poderiam se socorrer da orientação do Estado, cujo dever é, *data maxima venia*, estabelecer políticas públicas de acolhimento, não de encarceramento. Afinal, que vida se está a proteger com a figura penal, invocada quando o aborto já ocorreu? Nem a do feto, nem a da mulher.

Destarte, o IDDD se apresenta a esse E. Tribunal, requerendo sua admissão como *amicus curiæ*, visando a contribuir para o debate da questão em julgamento, sob o viés da defesa da intervenção penal mínima, questão que se identifica com a finalidade social do Instituto.

O IDDD é organização não governamental sem fins lucrativos e tem como objetivo institucional a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 1).

Para consecução da citada finalidade social, por meio também de atuação em processos judiciais, envida esforços no sentido de, por si ou por terceiros, “defender bens e direitos sociais, coletivos ou difusos, bem como atuar em ações de controle concentrado de constitucionalidade que guardem relação com seu objeto social” (doc. 1). Portanto, está dentro do escopo do IDDD colaborar para a defesa dos direitos fundamentais da população atingida pelo sistema penal.

Já a representatividade do requerente está clara nas diversas oportunidades em que essa C. Corte Suprema já o admitiu como *amicus curiæ*¹.

¹. Cf. HC 208.240, rel. Ministro Edson Fachin, DJE 11/11/2022; HC 185.913, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJE 01/08/2022; ADPF 289, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 27/10/2021; e na PSV 1, rel. Ministro MENEZES DIREITO, cf. voto do Ministro Marco Aurélio, p. 37, DJe 6.6.2007, por exemplo.

Pelo exposto, ausentes óbices que vedem a habilitação ora requerida e satisfeitos os requisitos para a admissão do IDDD como *amicus curiae*, o deferimento do pedido inicial é o que se aguarda.

II - UMA INDISPENSÁVEL REFLEXÃO INICIAL

Essa C. Corte Suprema tem, diante de si, uma questão difícil. A interrupção da gravidez, sem dúvida, é tema pedregoso, principalmente porque os debates a esse respeito, na extensa maioria dos casos, trazem aspectos não jurídicos, tais como as crenças pessoais, de natureza religiosa, com reverência ao divino etc.

Entretanto, o tratamento da questão há de partir da lei posta, que diante do laicismo do Estado deve encontrar bases racionais, jamais turvadas por sentimentos pessoais, filosóficos e/ou religiosos.

E é evidentemente admissível a posição pessoal contrária ao aborto, sem que esse sentimento precise resvalar para normas cogentes, vinculantes da sociedade como um todo. Sim, quem é contra o aborto, que pratique essa crença e viva essa filosofia. Agora, é inadmissível afirmar que esse comportamento deve ser imposto a toda e qualquer mulher. O IDDD respeita profundamente as crenças, mas repudia o uso da lei penal para propagação desses conceitos.

Pois bem. Nestes autos, um dos amigos da Corte admitidos afirmou que a eminente Ministra Relatora já se manifestou em voto vista e “considerou apenas a vontade da mulher e não a garantia constitucional de inviolabilidade à vida”. O argumento, *data venia*, não revela maior reflexão a respeito da utilidade da criminalização. Ao contrário, afirma que “não é a descriminalização de um comportamento que irá modificar sua natureza”. Nem

o contrário, pede licença o IDDD para o dizer: não é a criminalização de um comportamento que irá modificar sua natureza!

Essencial registrar que o pedido da inicial não é de incentivo ao aborto. É de acolhimento da mulher, no sentido de evitar que a população feminina, especialmente a mais vulnerável, se submeta a procedimentos atécnicos e em locais insalubres, com o objetivo de diminuir as taxas de mortalidade da mulher, e, finalmente, ainda acabe na cadeia.

Aliás, é bom destacar que, conquanto o peticionário discorde do emprego de razões religiosas na análise do tema, é forçoso admitir que a descriminalização é justamente o caminho para que essa linha de pensamento ganhe espaço. Afinal, se a descriminalização for acompanhada do estabelecimento de políticas públicas de orientação das gestantes, muitas dessas mesmas mulheres que hoje se submetem a intervenções precárias poderão optar por levar a gravidez até o fim, a partir do estabelecimento de políticas públicas de apoio à gestante e à futura mãe. Portanto, é sim possível que, ainda que deferida a presente ADPF, as taxas de abortamento diminuam, proeza jamais conseguida com a repressão penal.

III - O ÂMBITO DA PROTEÇÃO DA NORMA PENAL

O alcance das normas previstas nos artigos 124 e 126 do Código Penal deve levar em conta, necessariamente, a ponderação entre os interesses do feto (em formação) e o direito à vida da gestante, em seu sentido amplo.

Não há, no Brasil, direitos absolutos, bens jurídicos insuscetíveis de ponderação. Mesmo o direito à vida é ponderado, por exemplo, em casos em que presentes os caracteres da legítima defesa. Nesse sentido, a proteção ao feto ou embrião, outorgada pelos

artigos 124 e 126 do Código Penal merece cotejamento com outros direitos constitucionais.

Com efeito. Tanto no tipo do artigo 124 quanto no do artigo 126, o bem jurídico tutelado é a vida do ser dependente, em formação, embrião ou feto². E é justamente o balanceamento entre a tutela desta vida e a do direito à vida da gestante que deve ser aferido para que se possa concluir pela tipicidade. Sobre o tema, o Prof. VIRGILIO AFONSO DA SILVA é didático:

“A partir da consolidação da ideia de que todo direito fundamental é restringível, colocou-se em xeque a tradicional distinção das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. A distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida foi colocada em xeque porque se baseia justamente na possibilidade ou impossibilidade de restrições. Normas de eficácia plena não seriam restringíveis, enquanto as normas de eficácia contida seriam. Contudo, se todos os direitos fundamentais são restringíveis, a distinção perde sua razão de ser”³.

A tutela do ser dependente, em formação, há de estar revestida de viabilidade concreta. E, por critérios objetivos, a medicina pondera que a vida humana é viável a partir da 12ª semana de gestação, a depender das características e condições da gravidez em curso. Só a partir desse momento é que se projeta efetivamente a viabilidade da nova vida em formação. Antes disto, o período é de incertezas e estruturações químicas e fisiológicas que ainda não indicam que a nova vida existe e vingará. Não por outro motivo, na maioria dos países em que se permite o aborto por decisão da gestante, o âmbito de

². PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. P.664.

³. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 254

legalidade do ato fica restrito ao primeiro trimestre da gravidez, ou seja, até a 12ª semana.

Dito isso, convém lembrar das palavras de CLAUS ROXIN:

“El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁴.

Os limites da norma penal devem ser interpretados na medida da necessidade e adequação da proteção penal pelo Estado. Evidente que a criminalização das condutas de interrupção da gravidez até o 12º mês, diante de sua precariedade biológica, consubstancia valorização desproporcional do direito do embrião, em detrimento da vida e autonomia da gestante. Prossiga-se com ROXIN:

“...el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador um critério político-criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como ‘protección subsidiaria de bienes jurídicos’”⁵.

⁴. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte Geral Tomo I – fundamentos la estructura de la teoria del delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 65, grifamos.

⁵. ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 51, grifamos.

No artigo 5º da Constituição Federal está garantido o direito à vida e à inviolabilidade da vida. Ambos os objetos de proteção não significam pura e simples direito a respirar, andar e dormir. O direito à vida, ao contrário, vem sendo amplamente tratado como direito a se desenvolver com autonomia e dignidade. Não basta a proteção legal da inviolabilidade física do cidadão para que se proteja a vida. É preciso garantir que a pessoa tenha dignidade e condições de autodesenvolvimento, sem a qual sua vida seria uma mera repetição de impulsos fisiológicos intactos, sem o livre desenvolvimento da mente e da vontade⁶.

A partir de 1988, a Constituição Brasileira impôs a proteção de direitos humanos e dignidade humana independentemente de qualquer situação pessoal, em virtude do que todo o conteúdo de proteção das normas penais haveria de ser adequado a este âmbito de tutela. O Estado deve se abster de interferir na vida direta do cidadão, abster-se de interferir na autonomia e determinação do indivíduo, e ainda agir para que o livre desenvolvimento seja possível e viável. Este é o espectro constitucional de proteção da vida, a partir de 1988, impondo-se que sejam obstadas as interpretações de normas, em todas as esferas de direito, que alterem o conteúdo do mandamento constitucional.

No direito penal, a forma de interpretação dos artigos 124 e 126 limita o livre desenvolvimento e a autonomia da mulher de forma intolerável e injustificável, *data venia*. Isso porque a lei não pode interferir na livre esfera do cidadão e na sua autonomia, senão com a justificativa de proteger bens jurídicos valorados à luz da Carta da República. Incluir as 12 primeiras semanas de gestação no âmbito de proteção das normas que tipificam o

⁶. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA: “A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. (...) A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 37ª ed., 2014, p. 203).

aborto significa dar valor absoluto à existência do embrião, em detrimento dos direitos da gestante.

Releva destacar que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu afronta à dignidade humana da mulher a obrigação de dar continuidade à gestação e impossibilitar sua escolha pelo aborto, no período inicial de 12 semanas. Tal obrigação imposta pelo Estado, nas palavras daquela Corte, extirparia o livre desenvolvimento do indivíduo e sua autonomia, o que denotaria intervenção ilegítima do Estado⁷.

Importante frisar que essa ponderação entre direitos do embrião/feto e os direitos da mãe, que levaria à interpretação conforme à Constituição, não extingue um direito ou o outro, mas prioriza sim um deles, tendo em vista as circunstâncias fáticas, em momentos diferentes da incidência da tutela penal. O âmbito de proteção da norma penal não poderá ser conforme à Constituição se visar à proteção absoluta do direito do embrião ou feto, mesmo nas primeiras semanas da gestação, e em total desprezo ao direito da mulher à vida e à autodeterminação de seu corpo.

Concluir-se-á pela interpretação da norma a excluir da conduta típica a interrupção da gravidez até a 12ª semana da gravidez, com foco na sua atipicidade objetiva. Não se trata, pois, de qualquer alteração legislativa, senão de interpretação sobre os limites da moldura penal dos crimes em foco.

Ressalte-se que a partir da finalidade da norma protetiva, o vetor subsidiariedade será o móvel da tipicidade objetiva, ou seja, apenas serão tratadas pelo sistema penal as condutas que, na ponderação entre o interesse de punir do Estado e a liberdade de ação do indivíduo, configurem lesão desproporcional e injustificada aos valores fundantes da

⁷. *Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) 28 de maio de 1993, 88 BVerfGE 203.*

Constituição, o que, definitivamente, não é o caso das condutas de interrupção da gravidez ocorridas até a 12ª semana.

Ainda, partindo-se do pressuposto de que a (a)tipicidade objetiva é o resultado do movimento dialético entre o normativo (tipo penal) e o objetivo (fato), deduz-se que esse movimento traz, no vetor subsidiariedade da intervenção penal, seu principal critério para o juízo funcional. Significa, pois, afirmar que o direito penal só cumprirá o que lhe for designado se interferir nas condutas de forma subsidiária a todas as outras formas de controle social existentes.

Negligenciar a proteção da vida da gestante, seu direito à saúde, previstos constitucionalmente como desdobramentos do direito à vida, incluindo-se na tipicidade objetiva dos crimes dos artigos 124 e 126 a conduta de interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação, representa desconsiderar, ainda, a funcionalidade do direito penal. A função da tipicidade penal objetiva é justamente esta: adequar a ponderação entre a liberdade de agir do cidadão e o interesse punitivo do Estado na *porta de entrada do sistema penal*.

Nesse controle, como se verá, o direito penal tem falhado miseravelmente. A criminalização não impede abortos, mas apenas submete mulheres a procedimentos insalubres, gerando altas taxas de mortalidade e de outros danos físicos irreversíveis.

Essa C. Corte deverá, pois, declarar inconstitucional a interpretação dos artigos 124 e 126 que consideram inseridos no âmbito de proteção da norma a conduta de interrupção da gravidez até a 12ª. semana por vontade e ação da gestante.

IV - A REALIDADE, A IRRELEVÂNCIA PENAL E OS EFEITOS DA CRIMINAÇÃO DO ABORTO

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental objetiva a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, por haver violação aos preceitos constitucionais: *princípios da dignidade humana, da cidadania e da não discriminação* (CR, arts. 1º, I e II, e 3º), *direitos à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar* (CR, art. 5º, *caput* e incisos I e III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º).

Dessa forma, a análise da demanda envolve a interpretação de tais tipos penais, no que toca à relevância penal da conduta e à eficácia da proteção de bens jurídicos, tendo em vista uma perspectiva da realidade brasileira, o sistema de saúde pública e a massa de mulheres mais atingida pela criminalização.

A inicial enfrenta a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, por dois métodos: (i) a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana; (ii) a aplicação do princípio da proporcionalidade (requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Vale ressaltar que essa C. Suprema Corte já tratou de premissas relacionadas ao tema na ADI 3510 (pesquisas com células tronco embrionárias), na ADPF 54 (aborto e feto anencefálico) e no HC 124.306 (prisão preventiva em caso de aborto e inconstitucionalidade da criminalização da conduta no primeiro trimestre de gestação).

Colocada a questão nesses aspectos, importante que se tenha um olhar sobre a (ir)relevância penal da conduta abortiva no primeiro trimestre de gestação, à luz da realidade brasileira e da eficácia na proteção do bem jurídico vida (do embrião).

De início, quatro aspectos merecem especial atenção: *i*) a maior frequência de abortos em mulheres que vivenciam vulnerabilidade social mais profunda; *ii*) a maior frequência em mulheres que já são mães; *iii*) o aumento da população carcerária feminina e a seletividade do sistema penal; *iv*) as lesões e mortes decorrentes de abortos inseguros e o sistema público de saúde no Brasil.

Quanto aos dois primeiros aspectos, de se observar a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, citada na inicial, segundo a qual o número de mulheres negras e indígenas que realizaram aborto é significativamente mais expressivo que o de brancas. Também é maior o número daquelas que, já mães, sujeitaram-se ao aborto.

Diante disso, algumas observações são pertinentes. Há manifesta desigualdade racial e de classe quanto ao exercício do direito de se autodeterminar, de decidir se e quando seria o melhor momento para o nascimento dos filhos. Ainda, quando se nota que a maioria dessas mulheres que abortaram já têm outros filhos, há mais um elemento para a conclusão de que não se está diante de um simples desejo de não procriar, mas de problemas sociais que não podem ser ignorados.

Constatações semelhantes são históricas. Em 1981, ANGELA DAVIS publicava seu *Mulheres, Raça e Classe*, sobre negras e latinas nos Estados Unidos, em que destacava:

“Elas eram a favor do direito ao aborto, o que não significava que fossem defensoras do aborto. Quando números tão grandes de mulheres negras e latinas recorrem a abortos, as histórias que relatam não são tanto sobre o desejo de ficar livres da gravidez, mas sobre

as condições sociais miseráveis que as levam a desistir de trazer novas vidas ao mundo”⁸.

Nesse panorama, a criminalização do aborto revela o uso do poder coercitivo estatal para impor um dever da gestação às mulheres, notadamente às negras, pardas ou indígenas e pobres, de forma a trazer graves consequências ao projeto de vida delas, aos filhos que serão gerados e à sociedade como um todo.

Ademais, a análise da matéria impõe a consideração de outros aspectos como o aumento da população carcerária feminina e a seletividade do sistema penal, pois, a punição acaba recaindo sobre esse mesmo grupo de mulheres negras, pardas, indígenas, pobres ou menos escolarizadas.

Mais do que isso, como destacado na inicial, cerca de 3.019.797 mulheres que interromperam gravidez já têm filhos. Vale dizer, acaso todas essas mulheres estivessem encarceradas, também é possível antever o prejuízo ao crescimento e à infância dos filhos nascidos. Ainda que tenhamos hoje o marco de atenção à primeira infância e do reconhecimento desse direito às mães encarceradas (cf., dessa C. Corte, *HC 143.641*), sabe-se das dificuldades na obtenção de benefícios em seu favor...

Relevante considerar, ainda, o número de lesões e mortes decorrentes da realização de abortos inseguros, ao lado do nosso sistema público de saúde. No Brasil, há dificuldade na obtenção de dados, em razão da criminalização, mas a pesquisa há pouco referida aponta que metade das mulheres que fizeram aborto precisou de atendimento hospitalar (Pesquisa Nacional de Aborto 2016).

⁸. DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe*. Tradução Heci Regina Candiani. Boitempo, São Paulo, 2016, p. 207, grifamos.

Dessa forma, o reconhecimento do direito à interrupção da gravidez, mesmo no primeiro trimestre, será um passo para evitar o número de mortes e lesões decorrentes de procedimentos clandestinos e inseguros.

Não se pode olvidar, ainda, questões relacionadas ao sistema de saúde pública no Brasil e às desigualdades sociais. Como visto, a maior parte das mulheres submetidas a abortos inseguros encontra-se em situação social menos privilegiada, de forma que, uma vez reconhecido o direito à interrupção da gravidez e a fim de que este seja efetivo, deverão *poder (ter o direito de)* recorrer ao sistema público de saúde.

Com efeito, conforme se nota de matéria do jornal *O Globo*⁹, de acordo com levantamento feito pela Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro, a maioria das mulheres que hoje responde na justiça por crime de aborto é *“negra, pobre, tem filhos, não chegou ao ensino superior e não tem antecedente criminal”*.

Ainda conforme a reportagem, nessas condições, os métodos utilizados para abortar são *“remédios, chás e até cesarianas improvisadas”*, muitas vezes na própria residência, de forma que muitas delas sofrem complicações e precisam ser levadas a hospitais públicos. Nesses locais, porém, e não raro, os médicos ou demais profissionais de saúde que as atendem acabam por notificar as autoridades públicas, como mostra a recente e paradigmática decisão do C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 3. Caso em que se encontra incontroverso nos autos que o médico que realizou o atendimento da paciente — a qual estaria supostamente grávida de aproximadamente 16 semanas e teria, em tese, realizado manobras abortivas em sua residência, mediante a

9. <https://oglobo.globo.com/sociedade/quem-sao-as-mulheres-que-respondem-na-justica-pelo-crime-de-aborto-22938237>, acesso em 2.8.2018.

ingestão de medicamento abortivo — teria acionado a autoridade policial, figurando, inclusive, como testemunha da ação penal.

4. Segundo o art. 207 do Código de Processo Penal, são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. O médico que atendeu a paciente se encaixa na proibição legal, uma vez que se mostra como confidente necessário, estando proibido de revelar segredo de que tem conhecimento em razão da profissão intelectual, bem como de depor sobre o fato como testemunha.

5. Incontrovertido nos autos que a instauração do inquérito policial decorreu de provocação da autoridade policial por parte do próprio médico, que além de ter sido indevidamente arrolado como testemunha, encaminhou o prontuário médico da paciente para a comprovação das afirmações, encontra-se contaminada a ação penal pelos elementos de informação coletados de forma ilícita, devendo ser trancada. Precedente.

6. Ordem concedida para trancar a ação penal que atribui à paciente o crime de provocar aborto em si mesma (Ação Penal n. 004788120-14.8.13.0183, da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da comarca de Conselheiro Lafaiete/MG), devendo o Juízo de primeiro grau encaminhar os autos do inquérito policial e ação penal para o Conselho Regional de Medicina pertinente, bem como ao Ministério Público local, para a tomada das medidas que entenderem pertinentes quanto à conduta do médico que atendeu a paciente e realizou a notícia do crime”¹⁰.

Essas circunstâncias já chegaram à apreciação do E. Tribunal de Justiça de São Paulo: Uma jovem de 21 anos havia utilizado medicamento *Citotec* para abortar, passou a sentir fortes dores na casa de uma tia que, sem saber do uso do medicamento, levou-a para o hospital. Após o atendimento, a tia soube da gravidez e recebeu do hospital um documento (guia de encaminhamento de cadáver) com a orientação de que deveria ser entregue ao Distrito Policial, o que foi feito. Ocorre que, no referido documento, havia anota-

¹⁰. STJ, HC 783.927/MG, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17.3.2023, grifamos.

ção médica com o registro de que foi constatada “*medicação intravaginal abortiva*”. Diante disso, foi instaurado inquérito e, posteriormente, recebida denúncia contra aquela jovem pela prática de aborto. Felizmente, a conseguinte ação penal não chegou aos Tribunais superiores, pois foi trancada pela C. Corte paulista, por se entender que houve nulidade no início das investigações, mediante o encaminhamento da notícia crime pela médica que, ao relatar a ocorrência do aborto, teria violado sigilo profissional (TJSP, HC 2188896-03.2017.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. KENARIK BOUJIKIAN, j. 8.3.2018).

De se notar, porém, que a maioria dos casos não é levada aos tribunais nessa fase inicial. Acaba-se por mover toda a máquina do Judiciário, inclusive o Tribunal do Júri, para se processar mulheres com o perfil destacado acima, insista-se, as que não contam com nenhum tipo de privilégio.

E pior. Todo o processamento da máquina criminal deu inúmeras mostras de sua ineficácia na salvaguarda do bem jurídico protegido pela norma penal (vida do feto ou embrião). Conforme destacado na reportagem, de acordo com o levantamento feito na Defensoria Pública do Rio de Janeiro, ao longo de 12 anos, foram identificados apenas 42 casos. Trata-se de um número ínfimo, perto dos 503 mil abortos clandestinos feitos por ano no nosso país, de acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto já citada.

Por outro lado e paradoxalmente, há a questão da *esterilização*, determinada na esfera judicial – a qual não se pode deixar de comentar, a fim de trazer um panorama maior da realidade brasileira no tema. Ao passo em que se discute o direito à interrupção da gravidez nessa ação, nosso Poder Judiciário já determinou a esterilização de mulher moradora de rua, que já tinha 5 filhos. Tratou-se de ação civil publica movida pela Promotoria de Mococa/SP, julgada procedente para determinar que a Municipalidade realizasse laqueadura tubária na referida moradora de rua. A decisão foi revista em

segundo grau, mas o procedimento violento e manifestamente ilegal já havia sido realizado¹¹. Não deixa de ser irônico o fato de que os principais fundamentos levantados na Ação Civil Pública foram *planejamento familiar* e *direito à saúde*, motivos que embasam o *direito* à interrupção da gravidez – e não uma esterilização forçada.

Ironia que, inclusive, nos leva a pensar: Será que o mesmo Promotor de Justiça que pediu a esterilização da moradora de rua a denunciaria caso houvesse praticado aborto? No atual cenário jurídico, a referida moradora de rua não tem direito à interrupção da gravidez. Caso fizesse um aborto, poderia ser condenada e presa. Mas o Estado ordenou e realizou a laqueadura tubária!

Nesse contexto, afora peculiaridades da discussão sobre a esterilização que não cabem aqui, um aspecto desponta: A relevância penal das condutas e a postura do Estado frente às desigualdades sociais – para uns, esterilização; para outros, prisão por aborto; para poucos privilegiados, procedimentos em clínicas particulares mais aparelhadas.

Diante dessa dinâmica social e ao lado de outros fundamentos acima expostos, vê-se que a conduta de aborto voluntário, em especial no *primeiro trimestre* de gestação, *não deve ser relevante penalmente*. Isso porque a criminalização dessa conduta revela-se *ineficaz e inadequada para proteção do bem jurídico*, a vida do feto, mas expõe às salas dos juízos criminais mulheres pretas e pobres...

Como exposto em acórdão dessa E. Corte Suprema (HC 124.306/RJ): “Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto”. No

¹¹. Proc. 1001521-57.2017.8.26.0036, TJ/SP. Vide: <https://www.jota.info/justica/juiz-esterilizacao-moradora-de-rua-11062018>, acesso em 25.7.2018.

ponto, no voto respectivo, o Ministro ROBERTO BARROSO destacou: (i) estudo da Organização Mundial da Saúde a demonstrar que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos; (ii) a semelhança entre as as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido e naqueles em que é ilegal (STF, HC 124.306/RJ, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. ROBERTO BARROSO, DJe 17.3.2017).

Ademais, o referido voto bem notou a *“dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir sua realização”*. Nessa linha, uma vez que não protege o bem jurídico a que se propõe tutelar, a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação carece de justificação.

Em conclusão, é fundamental reduzir o espectro de interpretação do tipo penal dos artigos 124 e 126 do Código Penal, de forma a se permitir a realização de aborto no primeiro trimestre de gestação.

Frise-se: A descriminalização aqui requerida contribuirá para a melhora da saúde feminina no país, uma vez que – afastado o medo da prisão – as mulheres tendem a não mais procurarem intervenções clandestinas. E mais do que isso: a medida favoreceria a criação de políticas públicas sobre os direitos reprodutivos, inclusive, para que a mulher possa optar com consciência pelo que quiser. A perda do medo da incriminação proporcionaria o acolhimento dessa mulher pelo Estado, o que poderia ter efeitos muito positivos.

Por tudo isso, descriminar o aborto, nos termos propostos pela inicial desta ADPF, será um passo em prol de um sistema jurídico mais eficiente e justo.

V - A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

O tema versado nesta ADPF é mundial. E, como se sabe, grande parte dos debates (políticos, legislativos, judiciais etc.) gira em torno de aspectos de natureza religiosa. Entende-se que tal fenômeno está atrelado à existência contemporânea de Estados Confessionais¹² e Teocráticos¹³ e, também, à conversão recente — em grande parte no último século — de alguns deles à laicidade.

As estreitas relações entre Estado e religião contribuem massivamente para a construção da cultura de determinado povo. E a doutrina judaico-cristã, para o Ocidente, é, sem sombra de dúvidas, a grande responsável pela formação de sociedades paternalistas nas quais as mulheres dificilmente ocupam espaços de poder.

Por mais que um Estado de Direito ocidental se compreenda laico, não há como negar a herança e influência cultural e histórica de dogmas religiosos em sua construção. Bem por isso, a jurisprudência americana e europeia acerca do tema passa não apenas de questionamentos relativos à indisponibilidade do direito à vida, mas avança na reflexão sobre a imposição de um dever da mulher gestante de ser mãe.

Contudo, chama a atenção uma decisão específica, que ampliou o objeto das discussões judiciais relativas ao aborto. Em 2010, foi levado a julgamento perante o Tribunal Constitucional português pleito formulado por 33 membros conservadores do Parlamento (relembra-se que Portugal tornou-se um Estado laico em 1911, mas os católicos representam mais de 88% da sua população¹⁴), o qual tinha como objetivo a declaração

¹². Ex.: Reino Unido, que adota como religião oficial o anglicanismo.

¹³. Ex.: Irã e Vaticano, cujas legislações e decisões judiciais necessariamente são submetidas às normas das religiões Islâmica e Católica, respectivamente.

¹⁴. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/05/03/sociedade/noticia/vaticano-revela-ligeiro-aumento-percentual-de-catolicos-em-portugal-1770814>. Acessado em 22.8.2023.

da inconstitucionalidade da Lei 16/2007, que estabelece a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez e determina procedimentos administrativos, médicos específicos para a realização do aborto não punível. O argumento principal dos parlamentares era o de que referida norma desprotegeria a vida humana desde a concepção.

Uma das alterações ao Código Penal por ela proporcionada foi a inserção, no rol das interrupções de gravidezes não puníveis (Artigo 142º), daquela que for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas da gravidez. Esse mesmo dispositivo, inclusive, determina parte dos requisitos para a prática e os procedimentos necessários a serem adotado nessas situações:

“1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: (...)

e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

2 - A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 - Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

4 - O consentimento é prestado: (...)

b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

5 - No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o

consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

6 - Se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

7 - Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*” (grifamos).

O pedido formulado pelos parlamentares afirmava que o aconselhamento obrigatório previsto no Artigo 2º da Lei n.º 16/2007 também desrespeitaria a garantia à inviolabilidade da vida humana:

“1 - Compete ao estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantir, em tempo útil, a realização da consulta obrigatória prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal e dela guardar registo no processo próprio.

2 - A informação a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal é definida por portaria, em termos a definir pelo Governo, devendo proporcionar o conhecimento sobre:

a) As condições de efectuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher;

b) As condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade;

c) A disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão;

d) A disponibilidade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão.

3 - Para efeitos de garantir, em tempo útil, o acesso efectivo à informação e, se for essa a vontade da mulher, ao acompanhamento facultativo referido nas alíneas c) e d) do número anterior, os estabelecimentos de saúde, oficiais ou oficialmente reconhecidos, para

além de consultas de ginecologia e obstetrícia, devem dispor de serviços de apoio psicológico e de assistência social dirigidos às mulheres grávidas.

4 - Os estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantem obrigatoriamente às mulheres grávidas que solicitem aquela interrupção o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar”.

Assim, levado o pedido a julgamento (registrado no Acórdão 75/2010), o Tribunal Constitucional de Portugal, além de confirmar a constitucionalidade da Lei, rejeitando os argumentos da inicial, ampliou os limites de seus próprios fundamentos em precedentes anteriores (Acórdãos 228/1998 e 75/2010) e do julgado paradigmático alemão sobre o mesmo tema, acima mencionado¹⁵.

Conforme observa RUBIO-MARÍN, é verdade que o Tribunal Constitucional da Alemanha aceitou a constitucionalidade da legislação sobre prazos para a interrupção por motivos estratégicos, estabelecendo que o legislador deve assegurar que o peso e a responsabilidade da maternidade não recaia somente sobre as mulheres, mas, sim, sobre o Estado, uma vez que criar crianças é “um serviço em benefício da sociedade”¹⁶. Deve, portanto, providenciar medidas legislativas, por exemplo, trabalhistas, que respaldem a mulher. Porém, o precedente alemão determinou que as mulheres que possuem o desejo de abortar deveriam necessariamente passar por um aconselhamento, que além de garantir uma decisão espontânea, responsável e consciente, teria como objetivo persuadi-la a prosseguir com a gravidez, relembrando o seu dever de ser mãe¹⁷.

¹⁵. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) 28 de maio de 1993, 88 BVerfGE 203.

¹⁶. RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. Revista Direito GV, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 358-379, mai. 2017. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68946/66544>>. Acessado em 31.07.2018.

¹⁷. Idem.

É exatamente nesse ponto que o Tribunal Consitucional Português se revelou progressista e garantidor, sobretudo, dos direitos das mulheres: além de declarar constitucional o aborto não punível nas primeiras 10 semanas de gestação, rejeitou o precedente alemão e declarou constitucional a disposição relativa ao aconselhamento pré-procedimento, no sentido desse *não pretender ser dissuasivo*.

No parágrafo 11.4.10 do Acórdão, o Tribunal pontua que

“não se pode partir do princípio de que o propósito de não prosseguir com a gravidez se filia em puras razões hedonísticas, impulsionadoras de decisões apenas ditadas pelo interesse egoísta da própria grávida. Dados fiáveis da análise sociológica e, até, o testemunho de profissionais envolvidos nos processos de interrupção – cfr., para o caso alemão, BVerfGE 88, 349 – apontam, todavia, noutra direcção. Eles evidenciam que a decisão de abortar é tipicamente tomada, não obstante a angústia que provoca, por genuína convicção de que se trata da decisão certa, no que pesa o sentido de responsabilidade perante a vida futura do nascituro e perante outros sujeitos, a quem se quer evitar dor ou causar prejuízo. Razões de responsabilidade moral, tal como a grávida as compreende e sente, colocam-se frequentemente de ambos os lados da opção a tomar”.

E continua, mais a frente, reafirmando a dignidade da mulher, dizendo que

“é objectivamente fundado que um legislador levado a confiar, também por razões de eficiência, na responsabilidade da grávida, chamando-a a cooperar no cumprimento do dever de protecção que ao Estado compete, não queira depois criar um contexto de decisão muito provavelmente desfavorável a esse desiderato. Assim como — agora no plano da preservação da dignidade da mulher grávida — a crença no seu sentido de responsabilidade e na sua predisposição a sensibilizar-se pelas razões contrárias à interrupção conjugar-se-iam mal com um tratamento que a menorizasse enquanto sujeito da decisão, com uma posição de

orientação de cunho paternalista e tutelar. As exigências decorrentes da tutela da dignidade da mulher afirmam-se também no modo como se deve processar a consulta que lhe é imposta”¹⁸.

Disso se vê que o Tribunal Constitucional Português, em julgado paradigmático — não apenas por ampliar os horizontes argumentativos da jurisprudência já existente, mas por se sobrepor à cultura daquele país —, priorizou o tema da dignidade e o poder de escolha da mulher sobre uma tarefa que, reconhecidamente pelos julgadores, lhe será vitalícia, qual seja, a maternidade. Por aqui, é chegada a hora de seguirmos o mesmo caminho.

VI - CONCLUSÃO

Reconheça-se: o aborto constitui sempre uma tragédia humana. Ninguém passa pela experiência sem profundas e tenebrosas marcas. Não há quem pratique um aborto como quem passeia por verdes prados. Também se trata de tragédia para o sistema público de saúde, que recolhe essas mulheres pobres, desamparadas, desesperadas, mutiladas, feridas, infectadas, sangrando no corpo e n’alma. E, para o sistema penal, que hoje colhe essas mulheres, que, na verdade, talvez não tenham tido escolha, mas precisaram não ser mães agora, e as mói feito carne, jogando-as no cárcere, onde elas não vão curar suas feridas, porque ninguém se cura nas masmorras.

O IDDD entende que essa Suprema Corte tem, nas mãos, a possibilidade de diminuir a tragédia humana do aborto, ao excluir desse cruel vale de lágrimas que é a vida, no Brasil, em 2023, dessas pobres brasileiras grávidas de até 12 semanas, a atuação do sistema penal, pelo menos... o que já será muito!

¹⁸. Acórdão 75/2010, parágrafo 11.4.16.

Diante de todo o exposto, o IDDD requer sua admissão como *amicus curiae* no presente procedimento, fazendo juntar aos autos esta manifestação, intimando-se doravante os advogados que esta subscrevem para participem dos atos processuais futuros; no mérito, o Peticionário requer seja a presente ADPF julgada procedente para declarar não recepcionado parcialmente os arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do âmbito de incidência da norma penal a interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação, pelos motivos expostos acima.

De São Paulo a Brasília, em 25 de agosto de 2023.

ROBERTO SOARES GARCIA

PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO
OAB/SP 125.605

FLÁVIA RAHAL

CONSELHEIRA DO IDDD
OAB/SP 118.584

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS

PRESIDENTE DA DIRETORIA
OAB/SP 220.558

DOMITILA KÖHLER

DIRETORA DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 207.669

MARINA COELHO ARAÚJO

ASSOCIADA DO IDDD
OAB/SP 173.413

ANA FERNANDA AYRES DELLOSSO

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 291.728

LARISSA PALERMO FRADE

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 306.293