EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DIGNÍSSIMA DOUTORA ROSA WEBER.

Manifestação Referente à ADPF 442

O direito das mulheres sobre seus próprios corpos justifica impedir outras mulheres de nascer?

Janaina Conceição Paschoal, advogada e professora de Direito Penal na Universidade de São Paulo, admitida a participar da Audiência Pública que ocorrerá nos dias 03 e 06 de agosto do ano corrente, atendendo ao determinado por Vossa Excelência, em deliberação datada de 04 de junho próximo passado, vem apresentar sua colaboração escrita, respeitosamente, requerendo seja a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em epígrafe, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol), julgada **improcedente**, uma vez que os artigos 124 e 126 do Código Penal foram totalmente recepcionados pela Constituição Federal, como restará evidenciado no decorrer deste breve arrazoado.

Haja vista a importância jurídica e social do tema em debate, felicita-se Vossa Excelência pela democrática iniciativa de convocar audiência pública e,

em especial, por ter honrado a ora subscritora com a possibilidade de participar deste diálogo.

Dos alicerces da inicial apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol):

Trinta anos contados da vigência da Constituição Federal, o Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) interpõe Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objetivando que esta Corte Constitucional declare que os artigos 124 e 126 do Código Penal não teriam sido recepcionados pela Carta Magna.

Mais especificamente, propugna referido Partido 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".

Como o trecho acima revela, a exordial busca evidenciar que a proibição do aborto, sobretudo nas 12 primeiras semanas de gestação, seria incompatível com o pilar constitucional da dignidade humana, com a proteção à vida, com o dever de não discriminação, com a proibição à tortura, dentre outros importantes princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

Da leitura da íntegra da petição inicial, depreende-se que o P-Sol entende que a proibição do aborto também feriria a laicidade do Estado e, frise-se, o direito ao planejamento familiar de mulheres, adolescentes e MENINAS.

Muito embora a exordial seja complexa, para mostrar suas inconsistências, cada um de seus alicerces será tratado separadamente. Em virtude do

interesse público, deliberadamente, procurar-se-á conferir ao texto uma linguagem acessível e fluida, evitando-se excessivas citações e argumentos de autoridade.

Da suposta afronta à laicidade do Estado:

No item 4 da petição inicial, o P-Sol questiona qual a razoabilidade de coibir o aborto em uma democracia laica, em que o ordenamento jurídico deve ser neutro, garantindo a liberdade de crença no marco do pluralismo razoável.

A indagação acima revela o equivocado entendimento de que a proibição do aborto estaria alicerçada em concepções religiosas e que, por conseguinte, feririam a laicidade do Estado.

Trata-se, com todo respeito, de um duplo equívoco. Primeiro, faz-se necessário sempre lembrar que Estado Laico em muito difere de Estado Ateu, de forma que um argumento, ainda que exclusivamente religioso, há de ser levado em consideração com a mesma seriedade destinada a um argumento exclusivamente jurídico.

Nesse sentido são os ensinamentos do próprio Jürgen Habermas, tantas vezes citado na exordial, segundo quem o diálogo entre religiosos e não religiosos somente se torna possível, quando as duas partes se veem reciprocamente como dignas de participar do diálogo[1].

O próprio proceder de Vossa Excelência, ao abrir espaço na importante audiência pública que ocorrerá a interlocutores declaradamente religiosos e outros que se apresentam como não religiosos, confere a exata dimensão do que seja laico.

Mas o equívoco que norteia a exordial não se limita à concepção de laicidade. Talvez com o intuito de restringir o debate, o P-Sol pressupõe que qualquer pretensão de se limitar o aborto haveria de ter raiz em um pensamento religioso.

Ao que parece, o Partido Socialismo e Liberdade não concebe que um indivíduo não religioso e, quiçá, até mesmo ateu, possa ser contrário à sua pretensão

[1] - Conferir: *Entre Naturalismos e Religião*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

de liberar o aborto até a décima segunda semana de gestação. E esse raciocínio, salvo melhor juízo, conflita com a designação Liberdade de sua própria denominação.

O início e o fim da vida são temas que interessam às Religiões, é verdade; entretanto, o início e o fim da vida são temas da maior relevância nas Ciências e na Filosofia. E a Ciência e a Filosofia podem ser pensadas e feitas tanto por homens e mulheres religiosos, como por homens e mulheres ateus[2].

Decidir se uma mulher tem pleno direito de encerrar uma gravidez tem a ver com todos os seres humanos, pois todos, pelo menos por ora, passam pela fase de embrião e pela fase de feto, ou seja, todos passam pela fase uterina (ou intrauterina).

Igualmente, decidir se familiares e/ou médicos podem desligar os respiradores, ou mesmo ministrar medicamentos de duplo efeito a doentes que perderam a consciência, interessa a cidadãos religiosos e ateus, pois todos estão suscetíveis a sofrer um acidente vascular cerebral, bem como a sofrer um acidente automobilístico.

Nesse diapasão, assusta a simplicidade com que o P-Sol busca diferenciar "criatura humana" de "pessoa constitucional", com base na autonomia e na capacidade de decidir por si. Se tal capacidade é o critério, qual garantia haverá de que, uma vez obtida a pretensão nesta buscada, não passará o P-Sol a perseguir outras pretensões, como a da legalização da eutanásia ativa, inclusive de crianças, como já

---

[2] - Constitucionalistas de várias nacionalidades vêm alertando para o perigo de estigmatizar determinados temas como sendo religiosos e, igualmente, para o perigo de estigmatizar argumentos, apenas por serem religiosos. (ver: Jónatas E. M. Machado. "A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa", *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXXII, Coimbra, 2006, p. 65/134; Paulo Pulido Adragão. *Levar a sério a liberdade religiosa*: uma refundação crítica dos estudos sobre Direito das Relações Igreja-Estado. Coimbra: Almedina, 2012; BADER, Veit. "Constitutionalizing secularism, alternative secularisms or liberal-democratic constitucionalism? A critical Reading of some Turkish, ECtHR, and Indian Supreme Court cases on 'secularism'", Utrecht Law Rev. n. 6, Issue 3, Nov. 2010. Disp.: http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/138/134; Benjamin L. Berger. "Moral Judgment, Criminal Law and the Constitutional Protection of Religion", Forthcoming, (2008) 41 Supreme Court Law Review, Toronto, (2d); María José Falcón y Tella. "El mandato 'no matarás' como norma jurídica, norma moral, norma religiosa y uso social", *Direito e Democracia*, v. 9, n. 1, jan. - jun. 2008. p. 39/58; Sara Guerreiro. *As fronteiras da tolerância*: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem. Coimbra: Almedina, 2005).

ocorre em países desenvolvidos, termo bastante utilizado na inicial como argumento de autoridade.

Esse temor não é sem razão, pois um dos pilares da petição que ora se contesta está justamente em uma assim chamada linha de continuidade entre as decisões desta Suprema Corte no HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306, ideia que será melhor enfrentada no próximo item, mas que já anuncia pretensões futuras.

O início e o fim da vida dizem com a natureza humana, por conseguinte, interessam a crentes e a ateus[3], sendo necessário, já neste primeiro momento, deixar registrado que as objeções da ora subscritora (à pretensão do P-Sol) são jurídicas[4] e não religiosas, por mais que se respeitem todos os credos e seus respectivos dogmas.

Da suposta linha de continuidade:

Como asseverado no item anterior, o P-Sol, ao buscar a descriminalização do aborto, quando realizado nas doze primeiras semanas de gestação, consigna que tal descriminalização seria consequência natural dos HCs 84.025, 124.306 e, em especial, da ADI 3.510 e da ADPF 54.

Haja vista que os HCs em epígrafe disseram respeito a situações concretas, um deles, inclusive, versando sobre responsáveis por clínicas de aborto, nas quais ocorreram fatos da maior gravidade, abordar-se-ão a ADI 3.510 e a ADPF 54, pois estes precedentes trazem fundamentos e consequências de repercussão geral.

---

[3] - No sentido de que o ateísmo também é uma forma de crença, são os ensinamentos de Norberto Bobbio, segundo quem o processo de secularização implica admitir que a obediência às leis morais não pressupõe a existência de Deus (*Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 165).

[4] - Todos os grandes penalistas e bioeticistas, alguns declaradamente ateus, dedicam pelo menos parte de seus estudos ao início e ao fim da vida, objetivando resguardar a dignidade humana, pela não coisificação do ser, sobretudo nessas etapas de maior vulnerabilidade. A título de exemplo, citam-se: Claus Roxin. "Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 59, 2006. p. 5/24; Michael J. Sandel. *Contra a perfeição*: ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013; Giovanni Fiandaca. "Considerazioni in torno a bioética e Diritto Penale, tra laicità e 'post-secolarismo', *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. fasc. 2/3, apr.-set., Milano: Giuffrè, 2007. P. 546/562; Mario Romano. "Principio di laicitá dello stato, religioni, norme penali", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007. p. 493/514.

Com efeito, na ADI 3.510, discutiu-se a possibilidade de realizar pesquisas com embriões excedentes, sendo certo que, trabalhando com a ponderação dos muitos princípios constitucionais, esta Suprema Corte entendeu como sendo excessiva a absoluta proibição, admitindo a realização de pesquisas de maneira subsidiária e controlada, sendo vedada a produção de embriões para tal fim.

A discussão havida na ADI 3.510 foi da maior relevância, pois conseguiu conciliar o avanço das Ciências com a preservação da dignidade da pessoa, já presente, ainda que de forma preliminar, no embrião humano.

Destaque-se que, em nenhum momento, este Supremo Tribunal Federal compactuou com a banalização da instrumentalização de embriões, ou com clonagem, ou com engenharia genética, práticas, inclusive, criminalizadas no ordenamento pátrio!

No que tange à ADPF 54, a cautela desta Egrégia Corte Suprema foi ainda maior, pois, muito embora tenha criado uma causa não expressamente prevista de aborto autorizado, resta evidente que esse tipo de interrupção da gravidez guarda absoluta consonância com os princípios que informam o Direito Penal Mínimo, ou de *ultima ratio*. Isso sem contar a admissão, pela doutrina e jurisprudência, das duas modalidades de estado de necessidade: exculpante e justificante. Vejamos.

O Código Penal, em seu artigo 128, prevê que o aborto não será punido, quando praticado por médico, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez resultar de estupro.

Por meio do julgamento da ADPF 54, este Egrégio Supremo Tribunal Federal estendeu tal excludente às gestações de fetos anencefálicos, por entender que o Estado não poderia exigir que uma mulher mantivesse a gravidez, sabendo da inviabilidade da vida fora do útero.

Muitos interpretaram tal decisão como um reconhecimento de que há vidas dignas de serem protegidas e vidas indignas de serem protegidas. Respeitando-se os muitos posicionamentos em torno da matéria, que é polêmica, nesta oportunidade, ousa-se consignar que este Tribunal nada mais fez além de expressar que os princípios norteadores do Direito Penal Mínimo tornam a manutenção de dita gravidez inexigível.

As referidas ADPFs tiveram objetos bastantes pontuais e fundamentos responsáveis, não permitindo a elasticidade que lhes pretende conferir o P-Sol, mediante a presente ADPF.

A pretensão de alargamento do julgamento da ADPF 54 resta sendo perigosa, inclusive para as pretensões do próprio P-Sol. Isso porque, da mesma forma que o precedente poderia ser utilizado com o fim de alargar as hipóteses de aborto consentido (ou legal); poderia ser trazido à colação para restringir essas hipóteses.

Com efeito, na exordial, trecho do voto proferido por Vossa Excelência compara a gestação decorrente de estupro com a gestação do feto anencefálico e, corretamente, conclui que o segundo caso, pela inviabilidade da vida extrauterina, conferiria até maiores justificativas à interrupção da gravidez.

Tal fala, pinçada pelo P-Sol para seus objetivos, poderia ser igualmente pinçada por aqueles que almejam proibir o aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro, o que também feriria o Direito Penal como *ultima ratio*.

Imperioso deixar bem claro que estas considerações não são feitas com o intuito de limitar a possibilidade de mulheres vítimas de violência sexual abortarem. Mas sim com o objetivo de evidenciar o quão equivocado é o raciocínio feito pelo P-Sol.

A fim de evidenciar que, mesmo antes do julgamento da ADPF 54, a subscritora da presente já sustentava que a mulher grávida de feto anencefálico poderia interromper a gravidez, em decorrência do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, pede-se vênia para transcrever trecho de tese de livre docência, depositada em 2009, mas publicada em livro em 2011.

> "Defender que a mulher grávida de um anencéfalo tem direito de praticar o aborto, dado o risco de vida que a gravidez especial provoca, o comprometimento da saúde mental da gestante e o sofrimento acarretado por, durante nove meses, em lugar de pensar na cor das paredes do quarto, estar-se obrigada a pensar na cor das flores que adornarão o caixão, não permite aduzir que não há vida digna a ser tutelada, ou que a gestante está obrigada a abortar. A esse respeito, é possível dizer que o aborto de anencéfalo há de ser reconhecido como um aborto mais sentimental que o aborto em caso de

> gravidez decorrente de estupro. Com efeito, justifica-se o aborto em caso de estupro pelo fato de nenhuma mulher poder ser obrigada a lembrar da violência que sofreu a cada movimento do feto em seu ventre, ou a cada vez que olhar para o rosto de seu filho. No entanto, deve-se convir que a mulher grávida em razão de um estupro, pelo menos, tem o direito de optar entre não suportar essa contínua vitimização, ou, eventualmente, procurar transpor o trauma por meio de uma nova vida. Tal opção não existe para a grávida do anencéfalo, a quem só resta esperar o nascimento para providenciar o enterro de seu filho. Essa mãe até pode decidir, por questões pessoais, religiosas ou não, enfrentar tanto sentimento, tanto sofrimento; todavia, ninguém pode obrigá-la a tal ato de heroísmo"[5].

Reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa, no caso da mulher grávida de feto anencefálico não guarda relação com a pretensão de descriminalizar o aborto para toda e qualquer gestação. Ao que parece, o P-Sol ignora a natureza fragmentária do Direito Penal. Não se pode confundir Direito Penal Mínimo com ausência de Direito Penal.

A ADPF 54 tratou de uma situação bastante específica, da maneira como haveria de ser tratada. Igualmente, a ADI 3.510 tratou de situação específica, da maneira que haveria de ser tratada.

Diferentemente do asseverado pelo P-Sol, as decisões deste Egrégio Supremo Tribunal Federal não seguem um movimento crescente e nem devem seguir, pois as situações levantadas como paradigmas têm particularidades significativas, que não podem ser desprezadas[6].

---

[5] - Janaina Conceição Paschoal. *Ingerência Indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.p. 194/195.

[6] - A esse respeito, vale consignar que, analisando casos concretos, repletos de especificidades, os Tribunais pátrios já vêm proferindo decisões que materializam o sentido conferido por este Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54. A título de exemplo, cita-se precedente em que fora autorizada a interrupção da gravidez de gêmeos siameses com dicefalia, que inviabilizava a vida extrauterina (Confira-se: TJRJ, 8ª. Câmara Criminal, HC n. 0023285-95.2015.8.19.0000, Rel. Des. Cláudio Tavares de Oliveira Jr. J. 27/05/2015, Ementário 08/2015, n. 5, 24/06/2015).

Por outro lado, essa maneira de raciocinar do P-Sol apenas revela que falar em descriminalização esconde o verdadeiro objetivo da demanda de que ora se trata, qual seja: **legalizar o aborto, obrigando que o Sistema Único de Saúde forneça o procedimento como se fora, efetivamente, um tratamento, quando não é**.

Do pedido implícito:

Explicitamente, o P-Sol solicita que esta Suprema Corte declare que a Constituição Federal não teria recepcionado os artigos 124 e 126 do Código Penal em sua totalidade. Em um primeiro momento, pleiteia a descriminalização do aborto realizado até a décima segunda semana de gestação, seja por parte da própria gestante, seja por parte de terceiros.

A princípio, descriminalizar implicaria apenas retirar um comportamento ilícito do âmbito do Direito Penal, sendo certo que o mesmo comportamento poderia seguir ilícito, recebendo sanções (ou restrições) em outras esferas do Direito.

Ocorre que uma leitura atenta da exordial revela que o Partido político proponente, na verdade, almeja que esta ADPF tenha o efeito não só de descriminalizar, mas também de legalizar o aborto, quando praticado nas doze primeiras semanas de gravidez. Isso porque fala-se, a todo tempo, em um verdadeiro direito da mulher a realizar tal procedimento.

A título de exemplo, cita-se o quanto consignado no item 72 da inicial, no qual se fala claramente em oferta descriminalizada desse "serviço de saúde". Confira-se:

"Não importam as concepções de bem íntimas a cada mulher; ***direito*** *ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida. Projeto de vida é ter condições sociais e políticas para dar sentido à própria existência, em respeito à ordem constitucional vigente: o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres é um núcleo essencial do projeto de vida para as mulheres. Mesmo que, por convicções privadas, uma mulher não venha a realizar um aborto,* ***a oferta descriminalizada do serviço de saúde*** *é um ato de neutralidade do Estado em questões morais"* (destacamos).

Em várias outras passagens, além de tratar o aborto como um direito, a inicial contempla o aborto como decorrência do direito reprodutivo feminino, fala-se até em justiça reprodutiva, em uma inversão de valores impossível de encontrar respaldo jurídico, ou mesmo semântico. Confira-se o seguinte trecho da petição inicial, constante do item 75:

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

Já há um bom tempo, o tema aborto vem sendo eufemisticamente debatido, sob a denominação equivocada de Planejamento Familiar. Ocorre que a Lei de Planejamento Familiar trata do direito de ter e não ter filhos, mediante todos os métodos contraceptivos, ou seja, métodos que previnem a gravidez. Em nenhuma hipótese, o Planejamento Familiar contempla a possibilidade de impedir uma pessoa de nascer, uma vez concebida.

Na linguagem coloquial, muita vez, os termos despenalização, descriminalização, legalização são tomados como sinônimos. No entanto, as consequências jurídicas de cada qual são bem diferentes e significativas.

A inicial traz argumentos que, em alguns momentos, fomentariam uma despenalização do aborto quando praticado pela própria gestante. Em outras oportunidades, discorre sobre fundamentos que poderiam ensejar a descriminalização, o que mais claramente requer; entretanto, nas entrelinhas, nota-se que o que se busca é a legalização, com a obrigatoriedade de a interrupção da gravidez (em qualquer hipótese), nas doze primeiras semanas, ser disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde, diante da simples solicitação da mulher gestante.

O aborto, equivocadamente, é mencionado como um tratamento de saúde e, por conseguinte, se provida a presente ADPF, será fornecido como tal. É importante deixar bastante explícita qual é a pretensão e quais serão as consequências do adimplemento de tal pretensão.

Como se não bastasse o jogo de palavras empregado com o intuito de disfarçar o que realmente se quer, o P-Sol, mesmo sem procuração, fala o tempo todo em nome das mulheres negras, indígenas e pobres.

Pois bem, seria importante saber se essas mesmas mulheres quererão dividir os parcos recursos da saúde pública, que já não são suficientes para fazer pré-natal e mamografias, com procedimentos de interrupção da gravidez. Aliás, faz-se necessário indagar se mulheres negras e indígenas, mesmo que não careçam dos serviços de saúde pública, desejam que o dinheiro dos impostos seja destinado ao financiamento da interrupção de gestações.

O tema pode parecer secundário, mas não é!

Os penalistas brasileiros, muito embora se apresentem como partidários do Direito Penal Mínimo, informado pelos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade, a bem da verdade, têm dificuldade em lidar com a ideia de que entre o Direito Penal e o nada, há uma gama de possibilidades, sendo certo que, mesmo intrinsecamente ao Direito Penal, há um leque significativo de modos de enfrentamento de cada questão.

Essa dificuldade fará, fatalmente, que a solicitada descriminalização do aborto, se concedida, implique a automática legalização (que é o que o Partido proponente busca), com absoluta desproteção da vida intrauterina e, por conseguinte, da própria vida, constitucionalmente assegurada.

Da suposta afronta ao direito à vida:

Como asseverado, o P-Sol busca a descriminalização (leia-se: legalização) do aborto, aduzindo que a incriminação de tal prática feriria o direito à vida. Com o intuito de tentar conferir alguma lógica a tal argumentação, o Partido proponente consigna que mulheres morrem em decorrência das complicações havidas na prática insegura de tal procedimento.

Ocorre que a incriminação do aborto não está relacionada à proteção da vida da mulher, muito embora seja a prática admitida quando a gestação acarrete riscos à gestante. A incriminação do aborto visa à tutela do bem jurídico vida do nascituro, independentemente de seu sexo biológico.

Como ensina Silmara Chinelato, "o desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios- zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto-, representa apenas um *cotinuum* do mesmo ser, que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto"[7].

O trecho acima transcrito se revela significativo, pois independentemente de se conceber como termo inicial da vida a concepção, o nascimento, ou qualquer outro momento entre a concepção e o nascimento, certo é que todo ser humano, necessariamente, passa por esses muitos estágios do desenvolvimento intrauterino. Desse modo, qualquer pretensão de desproteger esses vários estágios interessa a todos, homens e mulheres, nascidos e por nascer.

Em várias passagens da petição inicial, o P-Sol alega que proteger a vida intrauterina, sobretudo penalmente, seria desproporcional. Uma leitura apressada

[7] - *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 300.

poderia levar à equívoca conclusão de que o aborto, o infanticídio e o homicídio recebem idênticas penas. Mas uma simples consulta ao Código Penal mostra que a resposta jurídico-penal a essas muitas afrontas à vida é diferenciada, sendo evidente, portanto, que o legislador foi bastante cauteloso ao lançar mão da arma mais forte do Estado, qual seja o Direito Penal.

O P-Sol fala em desproporcionalidade na resposta estatal. Mas a resposta estatal é proporcional. O que não se revela proporcional é deixar a fase intrauterina, pela qual todos os seres humanos, necessariamente, passam, absolutamente carente de proteção.

A esse respeito, resta importante lembrar que o P-Sol não se contenta com a descriminalização (ausência de proteção penal), pretendendo a legalização (completa ausência de proteção estatal).

Jürgen Habermas, em *Verdade e Justificação* mostra que, na tentativa de justificar um discurso, "há a necessidade *prática* de confiar intuitivamente no tido por verdadeiro de maneira absoluta"[8].

Ora, o partido proponente deseja tanto a legalização do aborto que consegue afirmar, como se fora verdade, que o bem jurídico tutelado pela incriminação do aborto, qual seja a vida, restaria maculado pela mesma incriminação. Esquece-se que também as mulheres, que querem crescer, se desenvolver, planejar suas famílias e ter total poder sobre seus próprios corpos precisam, antes, nascer!

Há muitas teorias para tentar explicar a relação existente entre a Constituição Federal e a legislação penal. Dentre as várias teorias, a subscritora da presente elegeu trabalhar com a que toma a Constituição Federal como uma grande moldura em cujo interior o legislador ordinário se movimentará com o fim de tutelar os bens jurídicos eleitos como fundamentais por aquela mesma Constituição Federal. Como consequência de tal convicção, não haveria nem uma obrigatoriedade de tutela penal, nem uma proibição de tutela penal, sempre que presentes a dignidade, o merecimento e a carência[9].

---

[8] - São Paulo: Loyola. 2004. p. 259.

[9] - Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

Ora, o legislador ordinário, ao conferir tutela ao bem jurídico penal vida, em suas várias faces, agiu com parcimônia e, por conseguinte, a tipificação foi constitucionalmente recepcionada.

A sanção ao homicídio traz muitos graus (feminicídio, homicídio qualificado, homicídio simples, homicídio privilegiado, homicídio culposo); há, ainda, o infanticídio e o aborto, devendo lembrar que a incriminação ao aborto não é absoluta, guardando conformidade com a natureza fragmentária do Direito Penal, pois há circunstâncias, como já visto, em que a interrupção da gravidez resta autorizada. Ademais, cumpre destacar que o legislador ordinário teve o cuidado de diferenciar, em termos de reprovabilidade, o aborto praticado pela própria gestante, o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante e o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante. Como consignar que essa gama detalhada de tipificação fere o princípio da proporcionalidade e, portanto, a Constituição Federal?

Diferentemente do que procura demonstrar o P-Sol, mais por fé do que por convicção, não há um único dispositivo constitucional com relação ao qual os artigos 124 e 126 do Código Penal pudessem se mostrar conflitantes. O desejo do Partido não pode criar um conflito onde ele não existe!

A tipificação do aborto, mormente com o viés fragmentário com que ocorre no ordenamento jurídico pátrio, em nada macula a Constituição Federal, podendo-se mesmo dizer que a concretiza, na medida em que garante a todos (homens e mulheres) a possibilidade de nascer e, por conseguinte, gozar plenamente o direito à vida.

Não parece excessivo lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil, protege a vida a partir da concepção, estatuindo que os Estados Partes, que ainda preveem pena de morte, deverão se abster de aplicá-la a mulheres em estado gravídico, reconhecendo, portanto, a independência jurídica entre a mulher e o concepto. Confira-se o constante do Artigo 4°., dessa importante Convenção:

> "Artigo 4° - Direito à vida
>
> 1. **Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente**.
>
> 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de

> tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
>
> 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
>
> 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
>
> 5. **Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez**.
>
> 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente" (grifamos)[10].

Se a tutela será penal, ou não, é da esfera de decisão do legislador ordinário e assusta o fato de um Partido Político, que deveria ser o primeiro a privilegiar o debate no âmbito do Poder Legislativo, furtar-se do dever de tentar convencer os representantes do povo, para tentar convencer a cúpula do Poder Judiciário.

Nesta oportunidade, para que não haja mal-entendidos, faz-se preciso esclarecer que ao trazer essa crítica, não se está a corroborar o discurso de denuncismo a um suposto "ativismo judicial". Não é disso que se trata.

A indignação diz respeito ao fato de um Partido Político não compreender que toda vez que os próprios membros do Poder Legislativo abdicam de seus poderes estão a fragilizar sua própria atividade.

Não é da esfera do Poder Judiciário avaliar se a tutela à vida intrauterina será conferida por meio do Direito Penal. Essa é uma escolha legislativa, que deve ser respeitada e, no caso, tal escolha foi feita de maneira parcimoniosa e absolutamente conforme à Constituição Federal.

Em publicação anterior, específica com relação ao tema aborto, resgatando a ideia de que a Constituição Federal seria uma moldura, em meio a qual o legislador poderia se movimentar, a subscritora da presente sustentou que a criminalização/descriminalização do aborto não está no âmbito de uma análise de constitucionalidade, mas sim na esfera de decisão de política criminal, que está

[10] - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

relacionada à atuação do legislador. Já nessa publicação, sustentou-se que eventual afastamento da tutela penal jamais poderia implicar a total ausência de tutela e eventual elevação do aborto à categoria de direito, como se almeja neste feito. Transcreve-se:

> "Em sede de doutoramento, defendeu-se que, sequer quando traz determinações expressas de criminalização, a Constituição Federal obriga o legislador ordinário a criminalizar. Dessa forma, assiste razão ao desembargador quando consiga que o legislador ordinário está livre para proteger a vida intrauterina mediante o recurso a outras esferas do Direito, que não a penal. No entanto, tal constatação, absolutamente correta, não leva à conclusão de que o legislador ordinário não possa criminalizar o aborto, mediante a ponderação de valores. Trata-se de premissa correta, mas de conclusão açodada, com todo respeito. Igualmente precipitado parecer ser o entendimento de que a mulher tem direito fundamental ao aborto. Tal entendimento apesar de não ter reflexo na jurisprudência, como esta pesquisa pôde constatar, ganha força na doutrina nacional e estrangeira. É intrigante a confusão que constantemente se estabelece: em razão do fato de o Direito Penal somente poder tutelar direitos fundamentais, conclui-se, equivocadamente, que todo direito fundamental deve ser tutelado pelo Direito Penal e, por conseguinte, com relação ao aborto, consigna-se que eventual descriminalização implicaria o reconhecimento de que a interrupção da gravidez constitui direito fundamental. Essa inversão de valores também leva à equivocada equiparação entre descriminalização e legalização do aborto. De fato, os entusiastas da descriminalização não se contentam com o fato de uma mulher que provoca em si, ou se submete ao aborto, não ser penalmente punida. Pleiteiam que o Sistema Único de Saúde (SUS) forneça a possibilidade do aborto como medida de saúde, como outra intervenção cirúrgica qualquer, ou mesmo com precedência sobre as demais. Manter a criminalização do aborto, ou descriminalizá-lo, não guarda qualquer relação com eventual legalização. A Constituição Federal não obriga que a vida intrauterina seja protegida por meio do Direito Penal, mas, sendo a vida um

direito fundamental, a Constituição Federal também não proíbe o recurso à tutela penal"[11].

Em outras palavras, pela importância do direito a nascer, mesmo que o legislador decida, seguindo todos os trâmites do Poder Legislativo, descriminalizar o aborto (e esse é um tema do Poder Legislativo), jamais poderá legalizar a prática, normalizando-a. Tal normalização fere o núcleo duro dos direitos fundamentais e alguma garantia de que nascerá o nascituro precisa ter!

Por outro lado, obrigar o profissional de saúde a fornecer um procedimento que ceifa a vida como tratamento, com fulcro apenas na vontade da mulher, constitui uma contradição intrínseca com o que seja saúde e com o que seja natural.

> "Ao conceito de Constituição em sentido formal corresponde, assim, uma ideia material. Não se aclama apenas uma forma; a Constituição formal também não é neutra. Este conceito e esta ideia incidem de tal modo no acto constituinte que um conceito material de Constituição só o erguem os autores num momento posterior e tardio. A ideia de Constituição é de uma garantia, e ainda mais, de uma direcção de garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais. Infere-se disto que as grandes opções do constitucionalismo se ajustam às do liberalismo. Visa-se o modelo liberal da sociedade humana, de acordo com a recta razão consubstanciada no Direito natural. Vão-se exaltar os direitos dos cidadãos à liberdade, à segurança e à propriedade e vai-se buscar a separação dos poderes do Estado como processo mais certeiro de obstar a que aqueles sejam colocados em perigo. A Constituição instaura um

[11] - Janaina Conceição Paschoal. "Aborto". In: Miguel Reale Júnior (Coord.). *Direito Penal*: jurisprudência em debate- crimes contra a pessoa. Vol. 1. RJ: GZ. 2011. p. 92/93.

> regime fundado na liberdade individual e governos em que às várias funções são tomadas como poderes cometidos a órgãos distintos"[12].

A pretensão do P-Sol não encontra respaldo na Constituição Federal, sob a perspectiva formal e, a bem da verdade, finda por desrespeitar a Carta Magna em sua vertente material, seja pelo fato de a vida de todos os seres humanos (e todos passam pela fase uterina) ser tutelada, seja em razão de a escolha da natureza da tutela ser atribuição do Poder Legislativo, por cujas competências todos os Partidos Políticos haveriam de zelar.

Por óbvio, a mulher que, eventualmente, tenha praticado ou se submetido a um aborto, ao procurar um serviço de saúde em razão de quaisquer complicações, haverá de ser tratada. Mas essa situação é completamente diferente da buscada pelo P-Sol, pois, contraditoriamente, em nome do direito à vida, o Partido quer impedir vidas.

Ademais, no item 98 da exordial, o próprio P-Sol reconhece que, atualmente, faltam profissionais de saúde para efetuar até mesmo as interrupções da gravidez já autorizadas pelo ordenamento vigente. Como pretendem concretizar sua pretensão? Ignorando que médicos, quando de suas formaturas, assumem compromisso com a vida? Obrigando-os a se submeter ao desejo de tornar o aborto um método de contracepção?

O Partido proponente, a toda evidência, confunde o que é um seu desejo com o que seria objetivamente conforme à Constituição Federal. Ocorre que o Partido não pode impor um seu gosto a toda uma sociedade. Emprestando as reflexões de Immanuel Kant, acerca do juízo de gosto e do juízo comum, pode-se dizer que o P-Sol quer impor um seu gosto a todos, como se fora o gosto de todos. Mas constitucionalidade e inconstitucionalidade não têm a ver com gosto, ou opção, mas com conceitos.

> "O juízo de gosto exige o assentimento de todos, e quem declara algo belo pretende que todos devem dar aplauso ao objeto presente e declará-lo igualmente belo. Este dever ser do juízo estético, mesmo com todos os dados requeridos para julgar, se formulará, pois, de modo meramente condicionado.

---

[12] - Jorge Miranda. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 33.

> Busca-se o assentimento de todos os demais porque para isso tem-se um motivo comum a todos, assentimento com o qual também caberia contar contanto que se tivesse somente a segurança de que o caso haveria de subsumir-se corretamente sob aquele fundamento como regra do aplauso"[13].

Procurando fugir do fato incontestável de que todo ser humano passa pela fase uterina, o P-Sol subverte a racionalidade, transformando o tipo penal que busca proteger a vida em um atentado contra a vida. Com esse jogo de palavras, procura impor a todos a sua visão de mundo, fragilizando a condição da espécie humana, pois se essa ADPF for julgada procedente todos os seres humanos estarão menos tutelados.

Em seu arrazoado, o P-Sol, muita vez, socorre-se dos ensinamentos de Habermas; entretanto, o próprio Habermas, em obra filosófica (nada religiosa) chama atenção para os perigos de colocar a vida humana em plano secundário e o autor, ao fazer esse alerta, sequer está a falar do feto, mas de embriões destinados a pesquisas!

> "Por essa razão, para mim, junto com a instrumentalização da vida pré-pessoal está em jogo uma autocompreensão da ética da espécie, que determina se ainda podemos continuar a nos compreender como seres que agem e julgam de forma moral. Quando nos faltam razões morais que nos forcem a uma determinada atitude, temos de nos ater aos indicadores éticos da espécie. Suponhamos que, com o uso de embriões exclusivamente para pesquisa, se imponha uma prática que trate a proteção da vida humana pré-pessoal como algo secundário em relação a "outros objetivos" e mesmo em relação à perspectiva do desenvolvimento de bens coletivos de grande importância (por exemplo, novos métodos de cura). A dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana, que caminharia de mãos dadas com o fato de nos *habituarmos* a tal prática, prepararia o caminho para uma eugenia liberal. Nesse sentido, hoje já podemos vislumbrar no futuro o *fait accompli* que se terá passado e ao qual um dia os apologistas poderão se referir como o passo decisivo que então teremos dado. O olhar para um futuro possível da natureza humana nos alerta sobre a necessidade de regulamentação que já se faz sentir nos dias de hoje. Barreiras normativas no trato com embriões produzem-se a partir da visão de uma comunidade moral de pessoas, que rejeita os

[13] - *Crítica da Faculdade de Julgar*. São Paulo: Ícone, 2009. p. 82.

> precursores de uma auto-instrumentalização da espécie para – digamos, na extensa preocupação ética da espécie consigo mesma – manter intacta sua forma de vida, estruturada na comunicação"[14].

A discussão posta não gira em torno de decidir quando começa a vida, mas de um fato incontroverso: para usufruir o direito à vida e, por conseguinte, todos os demais direitos, é preciso nascer. A legalização do aborto aniquila com tal direito e, portanto, fere o direito à vida. Ademais, na linguagem adotada por Habermas, tal legalização gerará a "dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana".

Reitera-se que o ordenamento pátrio privilegia a vida da gestante, quando a gravidez lhe acarreta riscos efetivos, sendo essa a maior prova de que o centro da incriminação do aborto está mesmo em proteger o bem jurídico vida e não o contrário.

Da suposta afronta ao dever de não discriminação:

> "Alguém já parou para pensar que metade dos fetos são *fetas* ou *fetx*"

O discurso feminista, em regra, opõe homens e mulheres. Aqueles são vistos como dominadores e estas como vítimas subjugadas. Muito embora não se negue a existência de machismo na sociedade brasileira, deve-se tomar cuidado com os argumentos generalizantes trazidos na exordial, os quais, ao longo desta breve manifestação, buscar-se-á contestar.

A cada geração, a chamada luta feminista toma roupagens diferentes. Mais recentemente, até por influência das múltiplas faces da sexualidade, a juventude tem evitado utilizar o gênero masculino e feminino.

Não é esta a seara apropriada para discutir se tal movimento se revela correto ou equivocado. Nesta oportunidade, até para fins de estabelecer um diálogo, apenas se reconhece que ele existe.

---

[14] - Jürgen Habermas. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 98/99.

Com efeito, para fugir das amarras do masculino e do feminino, alguns grupos usam o feminino, onde, normalmente, não há necessidade: frisar todos e todas seria um exemplo. Outros grupos, talvez mais arrojados, utilizam a letra x, criando o que se poderia chamar de um gênero indefinido no âmbito da linguagem. Nessa perspectiva, não haveria meninos, nem meninas, apenas meninx.

O discurso feminista pró-aborto opõe os direitos das mulheres aos direitos do feto.

Haja vista o fato de a palavra feto ser maculina (**o** fet**o**), passa-se a sensação de que seria, de novo, o homem a oprimir as mulheres. Ocorre que tanto homens como mulheres passam pela fase de embrião e passam pela fase de feto.

Para amenizar esse sentimento de dominação que, verdadeiramente, invade muitas mulheres, deve-se tentar lembrá-las de que metade dos fetos são "fet**a**s" ou "fet**x**".

Desenvolver esse raciocínio em um arrazoado dirigido à Suprema Corte do país pode parecer inadequado, ou até não jurídico. Roga-se, desde logo, compreensão, pois expor essas ideias finda sendo preciso, para evidenciar que proteger a vida intrauterina não implica discriminação para com as mulheres, pois as mulheres também têm direito a nascer.

Será mesmo que o direito das mulheres aos seus próprios corpos justifica impedir outras mulheres de nascer? O P-Sol, ao que parece, entende que sim. A subscritora da presente está convicta de que não. Daí o pleito de que a ADPF seja julgada improcedente.

Além de a incriminação do aborto não implicar qualquer discriminação para com as mulheres em geral, diferentemente do que alega o proponente, tal incriminação também não enseja discriminação com as mulheres negras, indígenas e pobres, haja vista que essas mulheres também têm direito a nascer e, certamente, não quereriam que suas mães tivessem decidido por não se tornarem mães quando já se encontravam em seus úteros.

Ademais, soa um tanto quanto demagogo e até usurpador, interpor uma ação de tamanha magnitude em nome das mulheres negras, indígenas e pobres, sem

sequer consultá-las e sem a devida procuração. Trata-se de um discurso criado com o intuito de constranger qualquer um que ouse dele divergir.

Por mais representativo que seja, um Partido deve falar por si e não pela totalidade das mulheres negras, ou pela totalidade das mulheres indígenas, ou pela totalidade das mulheres pobres, ou mesmo pela totalidade das mulheres! Há que se ter coragem de abraçar causas polêmicas, sem apelar para a vitimização que, em regra, dificulta o raciocínio jurídico.

A argumentação desenvolvida pelo P-Sol traz uma gama de temas que, salvo pela ginástica interpretativa feita na exordial, não guardam qualquer relação entre si.

O Partido proponente, ao pleitear a legalização do aborto, levanta a causa das mulheres negras, das mulheres indígenas, das mulheres nordestinas, dos homens transexuais (mulheres biológicas que se reconhecem como homens), bem como das mulheres homossexuais. Fala-se, inclusive, em um suposto dever de heterossexualidade. Confira-se, a título ilustrativo, o teor dos itens 5, 21 e 75 da exordial, com destaque para a nota de rodapé de número 24:

"A longa permanência da criminalização do aborto é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável. Em um contexto de descriminalização do aborto, nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade. Porém, ***hoje, o Estado brasileiro torna a gravidez um dever, impondo-a às mulheres, em particular às mulheres negras e indígenas, nordestinas e pobres****, o que muitas vezes traz graves consequências ao projeto de vida delas".* (destacamos).

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

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

*"Ser tratada como a genérica categoria "mulher" é apenas uma figuração sexada da genérica categoria homem, ignorando particularidades das mulheres em idade reprodutiva, em particular as mais vulneráveis. **Pela genérica, porém inexistente, categoria mulher, os estereótipos de gênero criam expectativas de destino às mulheres, tais como a reprodução, a maternidade compulsória, ou mesmo a heterossexualidade.** Mulheres fora dessas expectativas estereotipadas em nome de uma "natureza feminina" são vítimas de graves violações de direitos e mesmo de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes".* (grifamos).

Todos esses temas (direitos das mulheres negras, indígenas, nordestinas, dos homossexuais e dos transexuais) são dignos de serem debatidos; entretanto, trazê-los para uma causa referente à legalização do aborto têm um único objetivo, estigmatizar quem diverge como se fora transfóbico, homofóbico, lesbofóbico e racista. Mas é justamente o contrário!

Entre os muitos fetos (fetx) que serão desprezados com ar de normalidade, caso esta ação venha a ser julgada procedente, certamente haverá heterossexuais, homossexuais, transexuais, bissexuais, indígenas, negros, brancos e potenciais seguidores dos mais diversos credos.

Para que todos os seres humanos possam viver suas orientações e escolhas em plenitude, faz-se necessário que possam nascer e, desde o mais embrionário momento, sejam reconhecidos como pessoas dignas de tutela estatal.

Ademais, não há como proceder o argumento de que a proibição do aborto seria discriminatória porque apenas as mulheres engravidam. Esse fato da natureza não é resultado de escolha, nem dos homens, nem das mulheres. Por mais que o P-Sol negue, existem situações da vida que, dado o atual estado de desenvolvimento das Ciências, ainda são exclusivamente femininas (menstruação, gravidez e amamentação).

Como tais, haveriam de ser valorizadas e não negadas, como fazem supostos defensores dos direitos das mulheres.

O fato de menstruar, engravidar e amamentar não faz da mulher profissional menos profissional. Não parece lógico se propor a defender os direitos das mulheres odiando o que é exclusivamente feminino!

Especificamente no que concerne a lésbicas e aos mencionados transhomens, ou seja, mulheres biológicas que se reconhecem, se apresentam e vivem socialmente como homens, o pleito chega a ser teratológico. A uma, pois lésbicas e homens trans, a princípio, se relacionam sexualmente com mulheres e, por conseguinte, não engravidam[15]. A duas, porque se, infelizmente, vierem a ser vítimas de um estupro, pelo ordenamento jurídico vigente, já estarão autorizados a abortar. Defender a legalização do aborto, utilizando o direito das lésbicas e dos transhomens como fundamento só objetiva estigmatizar e intimidar a divergência.

Defender a vida intrauterina não constitui discriminação; a bem da verdade, implica a mais inclusiva das causas, pois todos os seres humanos passam pela condição de fetos, ou fet*x*.

Da suposta afronta ao direito ao planejamento familiar de mulheres, adolescentes e MENINAS:

De todos os fundamentos da ADPF que ora se contesta, o mais preocupante é o que diz respeito ao planejamento familiar de adolescentes e, sobretudo, de meninas, lembrando que, por força do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, meninas têm, necessariamente, menos de doze anos de idade, pois apenas com doze anos completos se tornam adolescentes.

Com efeito, em mais de uma oportunidade, o P-Sol consigna que a incriminação e mesmo a proibição do aborto fere o direito ao planejamento familiar de meninas. Pela seriedade da afirmação, transcreve-se trecho constante do item 1,

[15] - A subscritora da presente tem conhecimento de que existem casos (raros) de transhomens que se relacionam com outros homens e, por conseguinte, podem engravidar. Nessas situações, como ocorre com quaisquer outros casais, pode-se lançar mão de um dos muitos métodos contraceptivos.

asseverando que a mesma ideia ressurge em outros pontos, inclusive quando a exordial trata do trabalho doméstico de meninas de dez anos de idade com filhos:

"A tese desta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e ***meninas*** *(Constituição Federal, art. 1o , incisos I e II; art. 3o , inciso IV; art. 5o , caput e incisos I, III; art. 6o , caput; art. 196; art. 226, § 7º)".* (grifamos).

Ocorre que o Código Penal, em seu artigo 217-A, prevê como estupro de vulnerável a prática de todo e qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos. Desse modo, **qualquer menina, ou adolescente menor de quatorze anos, que venha a engravidar, pelo ordenamento vigente, é automaticamente considerada vítima de estupro**.

O mesmo Código Penal, em seu artigo 128, inciso II, possibilita a interrupção da gravidez (o aborto), sempre que a concepção tiver ocorrido em razão de um estupro.

Ora, se meninas e adolescentes (menores de quatorze anos) grávidas já estão autorizadas a abortar, como pode o P-Sol estar postulando a legalização do aborto com fulcro nesses tristes casos?

Estar-se-á, novamente, diante de um argumento retórico de usurpação de um grupo vulnerável, com o fim de justificar o injustificável ou será algo pior? Estará o P-Sol, ao falar em planejamento familiar por parte de **meninas** a normalizar práticas sexuais com crianças?

Dada sua vulnerabilidade, meninas e adolescentes (menores de quatorze anos) não têm direito a planejamento familiar; são pessoas em fase especial de desenvolvimento e como tal devem ser preservadas e respeitadas.

O Partido proponente gosta muito de trazer como paradigma as nações desenvolvidas. No entanto, deixa de mencionar que, nessas mesmas nações, muito se debate a possibilidade de menores de DEZESSEIS anos tomarem anticoncepcionais à revelia dos pais. Há uma preocupação real com a dignidade sexual de crianças e adolescentes[16].

A leitura da petição inicial deixa bastante evidente que o P-Sol ao falar em planejamento familiar, coloca o aborto como *prima ratio*, abandonando qualquer esforço no sentido de, efetivamente, fazer cumprir a Lei 9.263/96, vigente e que em nenhum momento fala em aborto. Muito ao contrário, os pilares do planejamento familiar são a assistência à concepção e à contracepção, o atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, bem como o controle das doenças sexualmente transmissíveis.

Em importante obra, denominada *Penalizar ou Despenalizar o Aborto?* José Magalhães, avaliando as discussões havidas em Portugal, deixa bastante evidente que a interrupção da gravidez não é uma vertente do planejamento familiar e jamais poderia ser vista como um direito[17].

Quais as ações do P-Sol, visando instituir educação sexual para os jovens brasileiros? Frise-se que educação sexual não tem nada a ver com sexualização de crianças e adolescentes. Até por falar em planejamento familiar de meninas, pode-se inferir que o P-Sol entende que meninas podem (quiçá devem) ter vida sexual. A educação sexual visa justamente conscientizar os jovens acerca das responsabilidades que a atividade sexual implica, responsabilidades para com a própria saúde, para com a saúde do próximo, para com a higidez emocional e, por óbvio, também para com a futura prole. Quando se fala em crianças (não importa se meninos ou meninas), a educação sexual se destina a evidenciar que a vida sexual não é para elas. Na fase da adolescência, a depender da faixa etária, a abordagem é diferenciada.

Sem nenhuma preocupação real com a juventude, o P-Sol lança mão de uma ação que pretende partir do fato de que as crianças estão sexualizadas, de que isso é e deve ser assim mesmo e que a única saída é abortar! Francamente, qual

---

[16] - Conferir em: Mafalda Francisco Matos. *Do Problema da (Ir)Relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 79-88.
[17] - Lisboa: Quetzal, 1998.

dignidade humana se está buscando preservar com esta ADPF? Ao que parece, trata-se apenas do desejo egoístico de um Partido político que foge do enfrentamento democrático que deve ocorrer no Congresso Nacional.

Quais as ações do P-Sol no sentido de que métodos contraceptivos sejam mais amplamente disponibilizados na rede pública de saúde? Nenhuma!

Nesse contexto, resta ainda mais evidente que o discurso de uma pretensa preocupação com adolescentes e com mulheres pobres, negras e indígenas, não passa de uma estratégia para constranger a divergência.

Quem já se dispôs a efetivamente ouvir mulheres que realizaram abortos sabe a dor que tal procedimento acarreta. Quem realmente se preocupa com as mulheres (já nascidas e por nascer) busca, incessantemente, meios de evitar tal dor. Quem trava uma luta para normalizar o aborto busca apenas impor a sua vontade.

Por óbvio, a gravidez na adolescência é um problema grave; quando ocorre na infância, o problema resta ainda maior. Igualmente grave é constatar que meninas e adolescentes grávidas perdem a juventude e, em regra, têm sua vida educacional e, por conseguinte, profissional prejudicadas. O P-Sol não mente ao fazer essas constatações. Mas será que a solução para este estado de coisas é considerar o sexo livre para crianças e adolescentes, legalizando o aborto como método contraceptivo? A subscritora da presente está certa de que não.

Pretender legalizar o aborto, valendo-se de um suposto direito ao planejamento familiar por **meninas**, além de juridicamente equivocado, dado que se trata de vítimas de estupro já autorizadas a abortar, é cruel!

Da suposta afronta à dignidade humana:

Dentre os fundamentos desposados para tentar alicerçar a pretensão de descriminalizar (leia-se: legalizar) o aborto, o P-Sol apega-se ao pilar constitucional da dignidade humana, fato que intriga, haja vista que todo ser humano, como já dito, passa pela fase uterina, de forma que a dignidade humana exige protegê-lo nesse período de grande suscetibilidade.

Mas a argumentação do Partido proponente não é genérica. A fim de demonstrar a pretensa lesão à dignidade humana, o P-Sol diz que a proibição do aborto "impõe gravidez compulsória".

Com todo respeito, o argumento é falacioso, pois ninguém é obrigado a engravidar. Tanto é assim que, quando uma mulher engravida em decorrência de violência sexual, fica autorizada a abortar, havendo até mesmo hospitais considerados referência nesse atendimento, como é o caso do Pérola Byington.

Além de propiciar a interrupção da gravidez em caso de estupro, o Estado disponibiliza métodos contraceptivos, como anticoncepcionais e preservativos, os quais também previnem aids e doenças sexualmente transmissíveis. É verdade que as políticas de esclarecimento acerca de tais métodos ficam aquém do desejável, mas se o P-Sol, efetivamente, estivesse preocupado com o direito ao planejamento familiar, dedicaria sua energia ao fortalecimento dessas políticas de natureza preventiva, muito mais benéfica às mulheres.

Nota-se ser insustentável o argumento de que a proibição do aborto implicaria a gravidez compulsória. Não obstante, seguindo esse questionável raciocínio, o P-Sol chega ao cúmulo de afirmar que o Brasil descumpriria a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, na medida em que vedar o aborto seria uma forma de torturar mulheres.

Tal comparação sim fere a dignidade humana. Primeiro, por equiparar a preservação de uma vida a um ato de tortura e, em segundo lugar, em razão de desmerecer por completo o princípio da proporcionalidade, que deve sempre nortear o Direito Penal.

Com efeito, os estudiosos do Direito Penal Mínimo bem sabem que igualar situações de reprovabilidade diversa implica desprestigiar aquelas que efetivamente merecem atenção estatal.

A tortura constitui um dos crimes mais reprováveis, tanto no ordenamento pátrio, como no ordenamento internacional. A Convenção contra a Tortura, e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, define tal crime como sendo:

> "Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram"[18].

Nota-se que, sob nenhuma perspectiva, é possível comparar a proibição do aborto à tortura. Ademais, quando um Partido, que se diz defensor das mulheres, compara algo exclusivamente feminino com uma tortura, está, a um só tempo, desprestigiando e desprotegendo as mulheres!

Desprestigia, pois diminui fato inerente à natureza humana feminina! Desprotege, pois ao transformar algo absolutamente natural em tortura, tira a dimensão do que seja uma real tortura.

O P-Sol afirma que, haja vista a proibição do aborto, as mulheres não podem viver sua sexualidade livres de coerção, discriminação ou violência. Com todo respeito, o tom da petição chega a ser agressivo.

A bem da verdade, de muitas passagens da petição inicial, o que se vislumbra é um desejo de mudar a natureza humana da mulher. O fundamento central da pretensão do P-Sol está no seguinte:

"Porque somente mulheres engravidam, o direito ao aborto é uma condição de possibilidade para o exercício da cidadania de cada mulher".

[18] - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm

Esse raciocínio, ao invés de proteger a mulher, desprotege. Não é demonizando o que lhe é inerente, como a amamentação, a gravidez e a menstruação, que se a protegerá.

O reconhecimento dessa natureza especial haveria de ensejar busca por maior participação e por maior proteção e não o contrário.

Sexo livre e sem responsabilidade não favorece as mulheres, apenas facilita a vida dos homens. Aliás, o amadurecimento de uma sociedade passa por fomentar a paternidade responsável e não a maternidade descomprometida.

Tentando sustentar sua pretensão, o P-Sol se vale da Convenção para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Impossível compreender qual o raciocínio trilhado, pois referido diploma não trata do aborto e, em vários dispositivos, coloca os filhos e as crianças como prioridade de mulheres e homens. Veja-se, por exemplo, o constante do Artigo 5º e do Artigo 16 de referida Convenção:

"Artigo 5º

Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para:

a) Modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, **entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos**.

Artigo 16

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às ralações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:

a) O mesmo direito de contrair matrimônio;

b) O mesmo direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com livre e pleno consentimento;

c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução;

d) **Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial**;

e) Os mesmos direitos de decidir livre a responsavelmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos;

f) Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos os interesses dos filhos serão a consideração primordial;

g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação;

h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto à título oneroso.

2. Os esponsais e o casamento de uma criança não terão efeito legal e todas as medidas necessárias, inclusive as de caráter legislativo, serão adotadas para estabelecer uma idade mínima para o casamento e para tornar obrigatória a inscrição de casamentos em registro oficial"[19].

Os dispositivos acima transcritos se revelam importantes, não só por deixar evidente que o Partido proponente lança mão de normas que não lhe socorrem, mas também (e principalmente) para demonstrar que a busca pela justa igualdade entre homens e mulheres não passa por negar a maternidade, mas sim por valorizá-la; sendo inadmissível querer elevar os direitos dos pais para grau superior ao dos filhos.

[19] - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm

Muito embora queira legalizar o aborto para fins de supostamente preservar a dignidade humana, os próprios fundamentos da exordial se mostram contrários a esta mesma dignidade, sobretudo quando opõem "criaturas humanas" a "pessoas constitucionais".

Sabe-se que houve momentos sombrios da história recente em que determinados grupos não foram reconhecidos como pessoas e, mediante tal expediente, Estados Totalitários se entenderam legitimados a aniquilar as pessoas eleitas como "não pessoas".

O argumento de que só é pessoa constitucional quem pode tomar decisões próprias coloca em risco todos os indivíduos, pois, como já dito, não raras vezes, acidentes vasculares cerebrais e acidentes em geral retiram das vítimas a capacidade de tomar decisões próprias.

Se conseguir a legalização do aborto, o que pedirá o P-Sol na sequência? O direito de desligar os respiradores nas Unidades de Tratamento Intensivo dos Hospitais? Se o critério é a viabilidade, tem-se que, em regra, os fetos se revelam bem mais viáveis que a maior parte dos portadores de doenças terminais[20].

Hazel Biggs, reconhecida bioeticista inglesa, apesar de defender a eutanásia em algumas situações, jamais chega perto de sustentar que quem depende de uma máquina para sobreviver não teria direito à vida[21]. E, como já dito, quem depende de uma máquina tem menor viabilidade para a vida do que um feto saudável.

Poder-se-ia pretender aduzir que o Partido autor não está pleiteando a legalização do desligar a máquina de pacientes em estágio terminal. É verdade, mas cumpre lembrar que a lógica das decisões e dos fundamentos que as alicerçam tem implicações em outras situações da vida. Se o pleito do P-Sol for julgado procedente, os fundamentos em que se sustenta poderão ser usados para outras finalidades.

---

[20] - Em interessante estudo acerca das diretivas antecipadas de fim de vida, em países que normalizaram a eutanásia em suas várias modalidades, Cristiane Avancini Alves mostra que os cidadãos findam lançando mão do instrumento jurídico, com o fim de não terem as máquinas desligadas (ver: "Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: uma interface nacional e internacional". In: *Bioética, cuidado e humanização*: das origens à contemporaneidade. V. I. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola; Centro de Estudos. 137-159).

[21] - Euthanasia: Death with dignity and law. Oxford: Oregon, 2001.

Em um crescente, o P-Sol utiliza a dependência do feto para com a mulher como um argumento para fundamentar a almejada legalização do aborto. No entanto, contrariamente ao assumido na exordial, todo o ordenamento destaca tal dependência com o intuito de conferir maior atenção à mulher gestante, justamente por ela trazer consigo uma outra pessoa.

Da mesma maneira que subverte a lógica dizer que a proibição do aborto agride a vida, subverte a lógica sugerir que tal proibição fere a dignidade humana. Como asseverado no início deste arrazoado, o Partido proponente quer impor um seu desejo a toda uma sociedade, valendo-se de princípios fortes, mas que não têm aplicação para o caso trazido à apreciação deste Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Da incoerência em equiparar os artigos 124 e 126 do Código Penal:

A leitura da petição inicial revela que o P-Sol utiliza os mesmos fundamentos para solicitar a descriminalização do aborto praticado pela própria gestante (ou a seu pedido) e a descriminalização do aborto praticado por terceiros com consentimento da gestante, o que revela uma grande incoerência.

Com efeito, ainda que os fundamentos abraçados pelo Partido proponente procedessem no que concerne à mulher, restaria absolutamente injustificado buscar a descriminalização do aborto, quando praticado por terceiros.

Se o argumento que alicerça a descriminalização do aborto é a segurança do procedimento, como sustentar o pleito de descriminalizar tal prática, quando realizada em clínicas clandestinas, por exemplo?

A esse respeito, é imperioso pontuar que, caso esta ADPF seja julgada procedente, ocorrerá *abolitio criminis* relativamente a todos os abortos praticados em clínicas clandestinas por todo o país. E, pela extensão do pedido feito pelo P-Sol, essa não punição não se cingirá às mulheres que se submeteram ao procedimento; alcançando as associações criminosas que exploravam (e exploram) tal prática. Nas insuperáveis

palavras de Ivette Senise Ferreira, a procedência desta ADPF implicará beneficiar "os profissionais da desgraça alheia"[22]!

A subscritora da presente fez uma busca no sítio deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e em grande parte dos sítios dos Egrégios Tribunais de Justiça espalhados por todo o país. A busca foi feita mediante o termo aborto. Pois bem, muitos foram os casos envolvendo investigados e acusados por inúmeros abortos praticados em clínicas clandestinas. Em vários deles, também foi imputada a associação criminosa. Se esta ADPF for provida, automaticamente, esses muitos feitos restarão extintos. Será que tal consequência realmente vem ao encontro dos direitos das mulheres?

Ou bem o P-Sol está preocupado com a saúde das mulheres que se submetem ao aborto, ou está preocupado em garantir a impunidade aos proprietários de clínicas, que transformam o procedimento em um negócio altamente lucrativo.

Na própria petição inicial são listados casos da maior gravidade, ocorridos no Rio de Janeiro, onde mulheres foram mortas e seus corpos ocultados, ao que tudo indica, por responsáveis por clínicas de aborto.

Guardando as devidas proporções, a prática do autoaborto e do aborto em outrem pode ser comparada com a do porte de substância entorpecente para uso próprio e o tráfico.

Ora, os argumentos que ensejaram a despenalização do crime de porte de substância entorpecente para uso próprio, que de há muito não admite pena privativa de liberdade, não são (e não devem ser) admitidos para abrandar o tratamento dispensado ao tráfico de entorpecentes. Lembrando que, no que tange ao crime de tráfico, está-se protegendo a saúde e não a vida como ocorre no caso do aborto.

Não cabe estabelecer o raciocínio simplista de que se vier a ser lícito realizar o autoaborto (ou consentir), faz-se necessário que seja, automaticamente, lícito realizar o aborto em outrem, pois de nada adiantaria autorizar a mulher, sem autorizar o terceiro.

---

[22] - Ivette Senise Ferreira. *O Aborto Legal*. Tese de doutoramento defendida na Universidade de São Paulo em 1982. p. 201.

Ocorre que, no caso da mulher que aborta (ou consente), muitos são os sentimentos e fatos envolvidos; já, no caso do terceiro que realiza o aborto, o que lhe norteia, em regra, é o intuito de lucro. Desse modo, perde completamente o sentido equiparar as situações referentes aos artigos 124 e 126 do Código Penal.

A subscritora da presente entende indevido descriminalizar os comportamentos que se enquadram nos dois dispositivos, por todos os motivos nesta expostos.

No entanto, na eventualidade de esta Egrégia Corte Suprema entender de maneira diversa, decidindo por descriminalizar o aborto perpetrado pela própria gestante (ou seu ato de consentir), a toda evidência, há de manter como criminoso o comportamento daqueles que agem norteados pelo interesse econômico, vitimando nascituros e gestantes.

Vale lembrar que não se está a falar de um único tipo penal, mas em dois comportamentos, claramente discerníveis, contemplados por previsões penais autônomas e orientados por circunstâncias bastante individualizáveis.

Apesar de a teoria monista do crime ser a adotada no Brasil, sabe-se que tal teoria somente se aplica quando se fala do mesmo tipo penal e, ainda assim, respeita-se a medida da culpabilidade de cada qual. Em se tratando de tipos penais autônomos, juridicamente nada impede que a mulher deixe de ser responsabilizada, enquanto o autor do aborto o seja, mormente quando estimulado por interesse comercial.

Ao tratar das várias modalidades de aborto criminoso, Nelson Hungria evidenciou que o legislador decidiu, ao tipificar o comportamento da gestante separadamente, reprovar sua conduta também separadamente, constituindo essa tipificação individualizada uma exceção ao concurso de agentes.

> **"Espécies de abôrto criminoso**. Em face do Código, são em número de três as modalidades do abôrto criminoso: o auto-abôrto, o abôrto consentido pela gestante e o abôrto da *dissensiente*. No art. 124, 1ª parte, é previsto o auto-abôrto (*Selbstabtreibung*): "Provocar abôrto em si mesma." Já na 2ª parte do mesmo artigo, é previsto o caso em que a mulher deixa fazer-se abortar por terceiro (*Sichabtreibunglassen*): a mulher limita-se a consentir, não executa. Na primeira hipótese, é a própria mulher que provoca o abôrto, seja ou não

> *instigada* ou *auxiliada* por outrem. No caso de instigação ou auxílio, o terceiro é co-partícipe, incorrendo na mesma pena cominada à mulher (art. 25), isto é, detenção por um a três anos. Na segunda hipótese, o abôrto é materialmente executado por terceiro, de quem a mulher é co-partícipe; mas, aqui, a co-participação é erigida em crime especial, desatendida, excepcionalmente, a regra do art. 25: a pena cominada à mulher, lògicamente idêntica à do auto-abôrto, é menos grave do que a cominada ao executor material do abôrto. O crime dêste é previsto, separadamente, no art. 126 ("Provocar abôrto com o consentimento da gestante"), que comina a prisão de reclusão por um a quatro anos"[23].

A preocupação da ora subscritora não é sem sentido. Não se trata de preciosismo. Se os "serviços" fornecidos por clínicas clandestinas deixarem de ser considerados criminosos, a vida e a saúde da mulher ficarão ainda mais fragilizadas. Na medida em que o P-Sol argumenta que quer ver o aborto descriminalizado, para proteger a saúde e a vida das mulheres, bradar pela descriminalização do artigo 126 do Código Penal constitui um gritante contrassenso.

Não caiamos em romantismo! Não são os direitos das mulheres que essas muitas clínicas visam. O objetivo é um só: lucro!

Poder-se-ia pretender asseverar que, na verdade, o que o P-Sol almeja é que médicos que venham a fazer o procedimento, no Sistema Único de Saúde, não sofram sanção. Ocorre que, além de tal finalidade não estar explícita na exordial, o P-Sol sabe que sequer para as hipóteses já consideradas legais, há profissionais de saúde dispostos a realizar o aborto. O P-Sol sabe que médicos se comprometem em atuar pela vida e não contra a vida, sendo certo que, por objeção de consciência, podem se negar a fazer o procedimento.

Se não há profissionais dispostos a interromper a gravidez, sequer nos casos de estupro, risco de morte e anencefalia, que dirá em toda e qualquer situação, a depender apenas do desejo da gestante, até a décima segunda semana de gravidez?! Por

---

[23] - Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. v. V. Rio de Janeiro: Forense. 1958, p. 302.

óbvio, visa-se tornar lícito o trabalho das muitas clínicas que só almejam dinheiro. Esta ação não corrobora os direitos das mulheres; ela contraria esses mesmos direitos!

A subscritora da presente tem conhecimento de que há precedentes judiciais no sentido de que aquele que acompanha a mulher, com o fim de prestar-lhe apoio moral, ou mesmo que a aconselha a abortar, incorreria no artigo 126 do Código Penal. Ocorre que tal interpretação, com todo respeito, advém do equívoco de vislumbrar impossível a participação relativamente à figura do artigo 124 do mesmo diploma legal, que seria a capitulação correta[24]. Isso nas hipóteses de a instigação e o auxílio serem significativos, pois há muitos casos em que se revelam absolutamente atípicos[25].

A independência existente entre os artigos 124 e 126 do Código Penal torna ainda mais evidente a incongruência dos argumentos trazidos pelo P-Sol, com o fim de tentar subsidiar sua pretensão de ver declarados parcialmente não recepcionados pela Constituição Federal os tipos penais em testilha.

Ademais, deve-se ter em mente que o próprio P-Sol reconhece a exiguidade de feitos criminais propostos em face de mulheres, pela prática de autoaborto ou por consentir. Até em razão de ser praticamente pacífica a possibilidade de suspender o processo com fulcro no artigo 89 da Lei 9.099/95, os feitos que efetivamente vão adiante são aqueles em que pessoas norteadas pelo intuito de lucro se dispõem a ceifar vidas, sem qualquer preocupação com as mulheres, em verdadeira associação criminosa.

Talvez seja mais útil às mulheres este Egrégio Supremo Tribunal Federal estabelecer que, quando atribuído o crime de aborto à própria gestante ou a quem lhe prestou apoio (Artigo 124 do Código Penal), o juiz singular deva, desde logo, aplicar o instituto da suspensão condicional do processo, ainda que contrariamente à manifestação ministerial[26].

E, em homenagem à saúde das mulheres que, tendo praticado um aborto, experimentam complicações, bem faria este Egrégio Supremo Tribunal em

---

[24] - Ivette Senise Ferreira. "Vida e aborto- aspectos penais". In: Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (Coord.). *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina. 2009. p. 238.

[25] - Nesse sentido, já nos manifestamos em publicação anterior referente ao tema. (Janaina Conceição Paschoal. "Aborto". In: Miguel Reale Júnior (Coord). *Direito Penal*: jurisprudência em debate- crimes contra a pessoa. Vol. 1. RJ: GZ. 2011. p. 101).

[26] - Esta Corte Suprema já se manifestou favoravelmente ao "sursis" processual, inclusive em benefício de terceiro que auxiliou a gestante no procedimento (HC 88.157-2/SP, disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416164).

definir, claramente, que os profissionais de saúde que vierem a atender essas mulheres não estão obrigados a noticiar o fato às autoridades.

Atualmente, há normativas éticas dos Conselhos de Medicina, orientando seus profissionais a resguardarem o sigilo, nessas situações. No entanto, a Lei de Contravenções Penais, em seu artigo 66, inciso II, obriga o profissional da Medicina a noticiar crimes processáveis mediante ação penal pública incondicionada.

Por tal razão, seria de todo desejável que este Supremo Tribunal Federal referendasse as orientações éticas dadas aos profissionais de saúde, obrigando-os a preservar o sigilo profissional, ao atenderem mulheres submetidas ao aborto, tenham praticado o procedimento por conta própria, ou não. Em virtude do previsto na segunda parte do dispositivo acima mencionado[27], tal pleito pode parecer desnecessário, mas não é. No quotidiano dos hospitais, muitas dúvidas assolam os profissionais de saúde, que ficam abandonados à própria sorte, temerosos em serem punidos, qualquer que seja o caminho trilhado.

Essas propostas intermediárias, diferentemente do quanto solicitado pelo P-Sol, são compatíveis com a vida do concepto e da mãe, com a saúde do concepto e da mãe, bem como com a dignidade humana do concepto e da mãe.

Ao não legalizar e nem mesmo descriminalizar o aborto, este Egrégio Supremo Tribunal Federal deixa assentado que existe o direito a nascer e que ele é digno e carente de tutela, inclusive penal, a fim de não restar banalizada a vida humana.

Por outro lado, ao baixar orientação no sentido de que a suspensão condicional do processo haverá de ser proposta de plano e que os profissionais de saúde que atenderem a mulher, após a prática do aborto (tentado ou consumado), haverão de observar o sigilo, esta Egrégia Corte estará, ao mesmo tempo, reconhecendo que, na maior parte das vezes, a mulher que interrompe a gravidez não procede dessa forma em

---

[27] - Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal: Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

desrespeito ao bem jurídico vida, mas em virtude de um conjunto de circunstâncias que, apesar de não implicarem inexigibilidade de conduta diversa, devem ser levadas em consideração na atuação do aparato repressivo estatal[28].

> "Àquela indesmentível complexidade, que se revela espessa e pouco transparente, devemos tentar dar a transparência do cristal sem nunca esquecer, por outro lado, que o cristal mais puro é o que tem maior percentagem de chumbo. Expliquemo-nos: se é indesmentível que devemos fazer um esforço para que o que se trabalha intelectualmente apareça límpido e claro, jamais devemos esquecer nem tripudiar a densidade daquilo que se estuda e se quer ver esclarecido e compreendido. Encontrar o ponto de equilíbrio entre a espessura dos objectos conceituais e a disciplinada e articulada narrativa – que deve ser acessível – que sobre eles se opera é tarefa difícil em que os resultados estão, não poucas vezes, longe de ser os mais conseguidos"[29].

O olhar humanizado para com a mulher que aborta não pode jamais normalizar a prática, como pretende o P-Sol, mediante a presente ADPF.

O Partido proponente trata o aborto como se fora um direito fundamental. No entanto, não há (e não pode haver) direitos fundamentais sobre a vida de terceiros.

O aborto não é um direito fundamental da mulher, pois constitui prática que impede outras mulheres de nascer e o direito sobre o próprio corpo não pode levar a tanto.

A maior prova de que o P-Sol, ao pleitear a legalização do aborto, está mais preocupado com uma bandeira do que com as mulheres que diz defender, reside no fato de o Partido, ao fazer referência à política adotada em outros países, criticar a previsão de aconselhamento às mulheres que decidem abortar.

---

[28] - Referidas circunstâncias, aliás, somadas ao cabimento da suspensão condicional do processo, poderiam ensejar a determinação de que, em caso de flagrante pelo artigo 124 do Código Penal, a mulher não deverá ter sua liberdade cerceada, independentemente do arbitramento de fiança.

[29] - José de Faria Costa. Urs Kindhauser. *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*. Coimbra, Coimbra. 2013, p. 200.

Com efeito, no item 76 da exordial, o partido proponente afirma textualmente que:

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

Do trecho acima e de outros constantes da petição inicial, nota-se que esta ADPF não objetiva proteger a vida e a saúde das mulheres. Fosse esse o fim, por óbvio, esse procedimento extremo seria proposto como o último dos recursos. Mas na medida em que se criticam os serviços de aconselhamento que buscam conscientizar as mulheres acerca do impacto do aborto em suas próprias vidas, nota-se que o P-Sol não está a defender as mulheres, mas o aborto como um "bem" em si.

Nessa perspectiva, compreende-se a indevida equiparação entre o tratamento dispensado ao Artigo 124 e ao Artigo 126 do Código Penal. Se a pretensão do P-Sol for contemplada, apenas os exploradores de clínicas de aborto (que deixarão de ser clandestinas) ganharão com a situação, pois poderão continuar lucrando (ainda mais) e sequer terão o dever de garantir serviços de aconselhamento quanto aos muitos males que o aborto traz às próprias mulheres.

A exordial, em muitas oportunidades, menciona o precedente americano Roe v. Wade, deixando de consignar que Norma McCorvey, a Roe, se arrependeu de ter sido usada para uma causa que apenas instrumentaliza as mulheres[30].

O descomprometimento com a efetiva proteção da mulher fica evidente nas afirmações lançadas sem qualquer respaldo lógico. No item 93 da petição

[30] - www.roenomore.org

inicial, o P-Sol chega a asseverar que a descriminalização do aborto deixará as mulheres livres de violência sexual[31]. Como? Não faz o menor sentido! Por mais que se respeitem as divergências e se as entendam como saudáveis, o mínimo de responsabilidade há de se cobrar, sobretudo de um Partido político.

A subscritora da presente entende que um Estado Democrático de Direito há de diferenciar ações e omissões por sua própria reprovabilidade. Quando o Estado equipara o que não é equiparável abre margem ao arbítrio.

A situação das mulheres grávidas que venham a praticar autoaborto ou a consentir na prática, fora das hipóteses legais, não é equiparável à daqueles que exploram a desgraça alheia, vislumbrando no ceifar vidas atividade altamente lucrativa.

Do pedido:

Toda a espinha dorsal do pleito formulado a este Supremo Tribunal Federal resta firmada na chamada ética prática. Dos bioeticistas, o mais famoso por adotá-la é Peter Singer, que até publicou um livro sob tal denominação.

A subscritora da presente, assumidamente, teme as ideias de Peter Singer, pois se trata de autor conhecido (e reconhecido) por defender aguerridamente o direito dos animais, flexibilizando os direitos dos seres humanos.

Enquanto os assim chamados religiosos equiparam as várias fases da vida humana, cobrando idêntica proteção ao embrião e ao ser humano nascido, Peter Singer estabelece a mesma equiparação; porém, não para cobrar idêntica proteção, mas para desproteger.

O autor é um dos muitos entusiastas do que se convencionou designar por "aborto tardio". Em significativa passagem, afirma que o recém-nascido, apenas por ser engraçadinho, não tem direito a uma maior proteção que um ser humano adulto. Ao desenvolver seu perigoso raciocínio, o autor equipara a vida do recém-nascido

[31] - Trecho da exordial: "Não há dúvidas de que a descriminalização do aborto e a oferta ampla de proteção à saúde sexual e reprodutiva é medida capaz de reduzir a taxa de gravidez não planejada e, consequentemente, de abortos em um país. Dessa maneira, **protege outras dimensões da vida das mulheres, como deixá-las livres de violência sexual**".

à do feto, mas não para tutelar mais fortemente esta e sim para flexibilizar a proteção àquela.

> "Em geral, como os bebês são indefesos e moralmente incapazes de cometer um crime, faltam aos que os matam as desculpas comumente oferecidas para o assassinato de adultos. Nada disso mostra, porém, que o assassinato de um bebê é uma coisa tão perversa quanto o de um adulto... Pensar que a vida dos bebês tem um valor especial porque eles são pequenos e engraçadinhos equivale a pensar que o filhote de uma foca, com sua pele branca e macia e seus grandes olhos redondos merece mais proteção que um gorila, que não possui esses atributos... Os recém-nascidos não podem ver-se como seres que podem ter, ou não, um futuro; portanto, não podem ter o desejo de continuar vivendo. Pela mesma razão, se o direito à vida deve ter por base a capacidade de querer continuar vivo, ou a capacidade de ver-se como um sujeito mental contínuo, um recém-nascido não pode ter o direito à vida. Por último, o recém-nascido não é um ser autônomo, capaz de fazer escolhas, portanto, matar um recém-nascido não pode violar o princípio do respeito pela autonomia. Em tudo isso, o recém-nascido está em pé de igualdade com o feto..."[32].

Da leitura atenta do trecho acima, pode-se identificar pontos de contato entre o que sustenta o P-Sol e o que ensina Peter Singer, pois fica bem evidente que o autor considera que o direito à vida depende da **capacidade de se perceber como alguém que tem um futuro**, da **capacidade para querer continuar vivo**, bem como da **capacidade de se ver como um sujeito mental contínuo**. Como consequência da lógica prática que constrói, Singer tem a ousadia de afirmar que, por não se tratar de um ser autônomo, o recém-nascido não teria direito à vida.

Vossa Excelência poderá objetar que o P-Sol não discute o direito à proteção da vida dos recém-nascidos. Mas, tal qual o P-Sol, Singer não vê qualquer direito à proteção da vida por parte das "criaturas humanas" não autônomas, as quais considera "pessoas não constitucionais".

Muito embora saiba que Peter Singer é um autor bastante reverenciado na atualidade, a subscritora da presente não se cansa de apontar a profunda

---

[32] - Peter Singer. *Ética Prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 179, 180.

incongruência existente no pensamento de alguém que leva a proteção dos direitos dos animais às últimas consequências e, paralelamente, diminui a proteção à vida humana, não só no que tange ao embrião e ao feto, mas também ao recém-nascido, como declara de maneira bastante honesta, há que se reconhecer.

Por entender que o ordenamento jurídico pátrio observa os ditames do Direito Penal Mínimo, ao conferir proteção proporcional e gradual ao ser humano, nas várias etapas de seu desenvolvimento, bem como que a intervenção penal, nesta seara, ocorre de maneira fragmentária, esta advogada roga a Vossa Excelência e a esta Corte Suprema, que os Artigos 124 e 126 do Código Penal sejam reconhecidos como plenamente recepcionados pela Constituição Federal.

A mulher já está autorizada a interromper a gravidez em caso de risco à própria vida, em caso de gravidez decorrente de estupro, bem como em caso de anencefalia[33].

No mais, homens e mulheres devem ter assegurado o direito de acesso a todos os métodos contraceptivos e aos esclarecimentos necessários para a correta utilização desses mesmos métodos, de forma que estejam aptos a evitar uma gravidez indesejada. Uma vez concebido um outro ser, fora das hipóteses já previstas, os interesses dessa nova individualidade passam a ter prioridade e, dentre tais interesses, o mais importante é justamente o direito a nascer. Vale lembrar que o ordenamento pátrio já contempla a entrega legal[34], com largo apoio do próprio Conselho Nacional de Justiça[35].

O pleito de que esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 seja julgada improcedente não guarda qualquer relação com questões religiosas, muito embora todas as religiões sejam igualmente respeitáveis. Lança-se mão

---

[33] - Frise-se que, pelo ordenamento pátrio, uma menina ou adolescente menor de 14 (quatorze) anos grávida, necessariamente, é considerada vítima de estupro, pela vulnerabilidade, ainda que tenha consentido. Está, por conseguinte, autorizada a abortar. (A esse respeito, importante consignar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, inclusive, a possibilidade de se realizar a interrupção da gravidez, na hipótese de ato infracional equivalente a estupro, mesmo em se tratando de relação sexual (de fato) consentida entre os dois adolescentes. Confira-se HC 359733/RS, disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=aborto&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=22) .

[34] - Nos termos do artigo 19-A do ECA, conforme alterações trazidas pela Lei 13.509/17 (http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13509-22-novembro-2017-785783-publicacaooriginal-154279-pl.html).

[35] - http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84615-entrega-legal-alternativa-para-evitar-o-abandono-de-bebes; http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/86911-adocao-pais-entregam-40-bebes-legalmente-em-tres-anos-em-mt;

dos ensinamentos de Kant, para consignar que uma pessoa não precisa ser religiosa para ser boa e justa[36].

O bom, o justo e o mais seguro (para todos) é reconhecer a dignidade da vida humana desde os seus primórdios. O bom, o justo e o mais seguro (para todos) é resistir ao movimento crescente de banalização da vida humana, lembrando que não só os homens, mas também as mulheres passam pela fase de embrião e feto, não sendo possível condicionar a vida de umas à vontade das outras.

Segundo o Partido proponente, declarar os Artigos 124 e 126 do Código Penal inconstitucionais implicaria proteger a vida e a dignidade humana das mulheres. Ousa-se afirmar que reconhecer que referidos tipos penais são constitucionais implica proteger a vida e a dignidade humana de homens e mulheres, independentemente de serem pobres, ricos, heterossexuais, homossexuais, transexuais, bissexuais, negros, brancos, indígenas... Estamos a falar de seres humanos, um fim e si. Uma verdadeira República não pode admitir que pessoas sejam consideradas "não pessoas".

O P-Sol, com muita frequência, se apresenta como Partido defensor das minorias, entendendo-se minoria não sob o viés quantitativo, mas sob a perspectiva da vulnerabilidade. Entre o ser humano intrauterino e a mulher adulta, o primeiro é o mais vulnerável, por conseguinte, como minoria há de ser tutelado.

Muito embora se repute a defesa da vida intrauterina como decorrência da crença em Deus, a verdade é que, mesmo que um dia se prove que Deus não existe, o direito a nascer há de ser assegurado, pois tal direito nada tem a ver com a ideia de pecado, ou mesmo de espírito, mas com o reconhecimento do outro como limite.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Janaina Conceição Paschoal

OAB/SP 146.103

[36] - Immanuel Kant. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1992.