

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA):

Considerações preliminares

1 . Saúdo os eminentes Ministros, a Ministra Cármen Lúcia, o Senhor Procurador-Geral da República, o Senhor Advogado-Geral da União, as senhoras e senhores advogados, em especial os que sustentaram com competência perante este Supremo Tribunal Federal, mais uma vez contribuindo para que melhor reflitamos e deliberemos sobre o problema constitucional posto.

2 . A escuta dos argumentos defendidos nesse Plenário Virtual enriqueceram sobremaneira o aporte informacional produzido nesse processo, que já contava com qualificadas manifestações escritas e com os resultados da audiência pública que realizei nos dias 03 e 06 de agosto de 2018, oportunidade em que pude destacar, quando do seu encerramento, a relevância da deliberação havida, a partir de quatro eixos de fundamentos, quais sejam, o da **moralidade pública** do Estado, o da **saúde pública** , o **normativo jurídico** e o da **ciência médica** . E ainda com uma metodologia de trabalho em que cada habilitado teve vinte minutos para a exposição do argumento e, ao final de cada turno de sessão, o momento dialógico de contraposição das razões ali expostas.

3 . Como relatei, a controvérsia posta diz com a constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas, a qual traduz autêntico conflito entre direitos fundamentais e valores constitucionais. Tema jurídico sensível e de extrema delicadeza, em razão do desacordo razoável que o circunda, ao suscitar convicções de ordem moral, ética, religiosa e jurídica. A experiência comparada dos Tribunais e Cortes constitucionais, assim como da legislação, evidencia essa realidade.

4 . Para o enfrentamento do problema, estruturei o voto em duas partes. A **primeira**, dedicada ao exame dos requisitos de admissibilidade, assim como do argumento da legitimidade democrática-constitucional desta Suprema Corte para processar os pedidos postos nesta demanda. A **segunda**, voltada para a análise do mérito. Nessa segunda parte, dividi a justificação em três capítulos. *Primeiro* , discorro sobre as premissas

jurídicas adotadas no voto. *Na sequência*, fixada nas premissas, analiso a validade constitucional dos arts. 124 e 126 do Código Penal, recorrendo à regra da proporcionalidade para equacionar o problema. No *terceiro*, proponho a solução normativa, a qual recorre, como complemento, à técnica do apelo ao Legislador e ao Executivo.

Pois bem.

5. Por que o Supremo Tribunal Federal está a decidir sobre o estatuto jurídico da interrupção antecipada da gravidez, entre o que alguns chamam de crime de aborto e outros de direito ao aborto? Alguém pode objetar de boa-fé que caberia exclusivamente ao Congresso Nacional decidir sobre esta questão, por se tratar do ente político formado pelos representantes eleitos periodicamente por sufrágio universal e investido, conforme dispõe a Constituição, do Poder Legislativo, isto é, o poder de editar leis para reger a sociedade e suas relações jurídicas. A representatividade popular é, sem dúvida, aspecto central da democracia.

Todavia, outro aspecto fundamental das democracias liberais é a sujeição dos Poderes a regras e princípios fundamentais em uma Constituição. A Constituição define os limites da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Tanto a atuação dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) quanto o conteúdo das leis e demais atos do Poder Público devem ser consistentes e alinhados com os limites fixados na Constituição.

Assim como em praticamente todas as democracias liberais (com raras exceções das democracias puramente majoritárias), também na democracia brasileira a função de controlar as leis e atos do poder público para garantir que elas estejam em conformidade com a Constituição é exercida por órgão independente daqueles responsáveis por aprovar as leis. Este órgão é tipicamente uma Suprema Corte ou Tribunal Constitucional. Isso é importante porque a democracia não se resume à regra da maioria. Na democracia, os direitos das minorias são resguardados, pela Constituição, contra prejuízos que a elas (minorais) possam ser causados pela vontade da maioria. No Brasil essa tarefa cabe ao Supremo Tribunal Federal, a quem o art. 102, *caput*, da CF, confiou a missão de “guardião da Constituição”.

A Constituição também afirma, no art. 5º, XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Consequência disso é que se uma questão jurídica é apresentada ao Poder Judiciário por qualquer pessoa que tenha legitimidade para tanto, o Poder

Judiciário é obrigado a enfrentá-la. Assim, provocado ao se pronunciar sobre a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal é obrigado a decidir, e a decidir segundo a interpretação adequada do texto da Constituição.

6 . No presente caso, o Supremo Tribunal Federal é **provocado** a decidir se a criminalização do aborto, da forma como tipificada nos arts. 124 e 126 do Código Penal, é compatível com a ordem de princípios e valores inscritos na Constituição. É isso que está em causa.

E assim o faz consciente da sua responsabilidade democrática. Daí o debate aberto e plural com os atores sociais (audiência pública e *amicus curiae*), firme no cumprimento dos seus deveres institucionais de guarda da Constituição e, portanto, dos direitos fundamentais frente aos atos dos poderes públicos, e responsivo aos diálogos institucionais, como método de aprimoramento do compromisso deliberativo.

Delimitação do Problema Jurídico-Constitucional

7 . O problema da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental diz com a validade constitucional dos artigos 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez (aborto) de forma absoluta. Transcrevo os dispositivos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

(...)

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

O pedido, no mérito, trata da declaração de “ *não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 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 (...) 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”.

8 . Para a deliberação acerca do juízo de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, de acordo com o contexto argumentativo do processo, foram identificados como violados os seguintes preceitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, CRFB); a cidadania (art. 1º, III, CRFB); a não discriminação (art. 3º, IV, CRFB); a inviolabilidade da vida, desde a concepção (art. 5º, *caput*, CRFB); a liberdade (art. 5º, *caput*, CRFB); a igualdade (art. 5º, *caput* e I, CRFB); a proibição de tortura ou tratamento desumano e degradante (art. 5º, *caput* e III, CRFB); a saúde e o planejamento familiar das mulheres (arts. 6º, *caput*, 226, § 7º, CRFB) e os direitos sexuais e reprodutivos (decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade) (art. 6º, *caput*, combinado com o art. 196, CRFB).

Mais especificamente, da relação dos sobreditos preceitos com os direitos fundamentais, pode-se inferir a seguinte correlação: a) liberdade privada como direito fundamental: autonomia e direito ao próprio corpo; b) direito à saúde da mulher – direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral; c) direitos sexuais e reprodutivos da mulher; d) direito à proteção à vida desde a concepção – tutela da vida intrauterina; e) dignidade da pessoa humana; privação arbitrária da vida; f) direito à igualdade e do objetivo fundamental da República de não discriminação baseada em sexo; g) proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante; h) direito ao planejamento familiar.

Considerada a concorrência de preceitos fundamentais incidentes sobre a questão da tipificação do aborto voluntário como crime contra a vida, a parte autora justificou a aplicação da regra da proporcionalidade para a solução do problema, como método do raciocínio jurídico-constitucional, tendo em vista a premissa da proteção dos direitos das mulheres, no marco temporal das doze primeiras semanas da gestação, em especial a classificação do aborto como questão de saúde pública reprodutiva da mulher.

Do outro lado da argumentação, autoridades responsáveis pelo ato normativo, assim como a Advocacia-Geral da União, defenderam o caráter absoluto do direito à vida desde o momento da concepção, fato jurídico suficiente para fundamentar a tutela penal como resposta para o fim pretendido, qual seja, a proteção da vida humana do nascituro. Nesse sentido, entendem pela não incidência da regra da proporcionalidade para

solucionar o possível conflito de interesses ou direitos fundamentais. Isso porque, a estrutura do direito à vida, tal como sustentado nas manifestações, é suficiente para refutar o argumento de concorrência entre direitos fundamentais, assim como para justificar a restrição à liberdade da mulher e do profissional de saúde que contribui com a prática do ilícito penal prescrito nos arts. 124 e 126 do Código Penal.

9. À vista do quadro normativo desenhado, a controvérsia constitucional posta consiste na discussão sobre a validade do ato normativo que tipifica como crime a decisão pela interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação. Ou seja, perquire-se se o ato estatal desenhado no âmbito da tutela criminal é compatível com a Constituição da República, na medida em que envolve incidência e concordância prática de diferentes valores constitucionais e direitos fundamentais.

A tutela do direito à vida, por meio de medida interventiva extrema, como a criminalização, ao acarretar restrição nos direitos fundamentais das mulheres, necessita de justificação racional e idônea no quadro do Estado Constitucional, erigido sobre a estrutura analítica e funcional dos direitos fundamentais. Por isso, a complexidade da controvérsia constitucional em exame.

10. Em verdade, a discussão que ora se coloca para deliberação desta Corte Constitucional, sem titubeios, é uma das questões jurídicas mais sensíveis, porquanto envolve uma teia de razões de segunda ordem de natureza ética, moral, científica, médica e religiosa. Assim como uma das questões mais sofisticadas, da perspectiva jurídica, ao lidar com um conflito significativo de direitos fundamentais.

Bem vistas as coisas, o debate sobre a questão do aborto por decisão da mulher nas doze primeiras semanas da gestação é contínuo e inconclusivo na história do constitucionalismo brasileiro. Os motivos desta impermanência deliberativa são vários, e não nos cabe aqui perquirir cada qual, até mesmo porque se renova a cada momento constituinte e legislativo.

No entanto, um olhar para os momentos normativos brasileiros nos permite verificar que a colocação da questão do aborto na arena social e política ocorreu a partir de duas abordagens principais. A colocação da questão do aborto na arena social e política se faz a partir de duas abordagens. A primeira referente à suposta moralidade pública derivada da

ética religiosa. O aborto é contrário à moral majoritária da sociedade, negligenciando qualquer abordagem do problema desde o espaço da moralidade privada e sua relação com o caráter laico do Estado. A segunda diz com o delineamento do problema jurídico, que pressupõe o caráter absoluto do direito à vida, desde a concepção. O partir dessas formas de enquadramento do problema dificultou/dificulta sobremaneira a conversação democrática, daí sua faceta inacabada, quando não adiada.

11 . Nenhuma dessas abordagens será objeto de análise, como acima identificado. A primeira porque não traduz os fatores necessários de uma controvérsia de perfil jurídico. A segunda, porque de delineamento insuficiente, ao negligenciar os argumentos jurídicos suscitados no debate, os quais têm o potencial de reconfigurar a dimensão do problema do aborto, agregando a faceta da sua complexidade.

12 . Entendo que devemos enfrentar o debate do crime de aborto por escolha da mulher, pelo menos neste espaço de jurisdição constitucional, a partir dos parâmetros de controle constitucionais que informam nosso Estado constitucional democrático e, por conseguinte, dos direitos tutelados, na medida em que o Estado deve adotar postura de imparcialidade quanto às questões de moralidade e ética pessoal.

Isso não quer dizer que questões de ética e moralidade sobre o aborto sejam irrelevantes do ponto de vista jurídico ou para a formação social de determinada comunidade política. Estas questões são deveras importantes para a formação e consciência ética da comunidade. Cada pessoa tem sua esfera privada moral e ética de como se comportar e agir em sociedade, a partir de convicções próprias e crenças. Contudo, a esfera da moral privada não pode ser confundida com a esfera da moral pública, e principalmente com o espaço de atuação do Estado de Direito, na restrição dos direitos fundamentais.

13 . Em razão da complexidade do tema, e do papel de construtor da razão pública que legitima a atuação democrática da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, por essência de natureza contramajoritária, com mais razão neste caso, apresento os argumentos que julgo serem necessários à justificativa da solução normativa aqui proposta.

conversão do julgamento da medida cautelar em julgamento do mérito

14 . Encontrando-se o processo devidamente instruído para julgamento do mérito, consideradas as manifestações jurídicas acerca da controvérsia

constitucional oferecidas pelas autoridades competentes e pelos *amici curiae* admitidos, o contexto informacional resultante da audiência pública realizada nos dias 03.08.2018 e 06.08.2018, nos termos do relatório, proponho, na linha da consolidada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a conversão do procedimento do art. 5º da Lei nº 9.882/1999, referente ao julgamento da medida cautelar, para o julgamento definitivo de mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Juízo de Admissibilidade

Legitimidade Ativa

15 . Reconheço, de plano, a legitimidade ativa do Partido Político Socialismo e Liberdade (PSOL) para o ajuizamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos dos arts. 2º, I, da Lei 9.882/1999, e 103, VI, da Constituição Federal, considerado a representatividade no Congresso Nacional.

Admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

16 . A arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da ordem constitucional, específica e excepcional função de evitar, à falta de outro meio efetivo e eficiente para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – de natureza normativa, administrativa e jurisdicional – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional estabelecida.

O descumprimento de preceito fundamental, acionador do singular mecanismo de defesa da ordem constitucional que é a ADPF (art. 102, §1º, CRFB), manifesta-se na contrariedade aos elementos estruturantes da Constituição, àquilo que, mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, é reconhecido como elemento material da ordem constitucional. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade.

A própria redação do art. 102, § 1º, da Constituição da República, ao aludir a preceito fundamental “decorrente desta Constituição”, é indicativa de que os preceitos em questão não se restringem às normas expressas no

seu texto, incluindo, também, prescrições implícitas, desde que revestidas dos indispensáveis traços de essencialidade e fundamentalidade.

Isso porque os conteúdos normativos – preceitos – da Constituição são revelados hermeneuticamente a partir da relação interpretativa entre intérprete e texto, tomada a Constituição não como agregado de enunciados independentes, e sim como sistema normativo qualificado por sistematicidade e coerência interna.

Nessa ordem de ideias, tenho por inequívoco que a lesão ou ameaça aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, CRFB); da cidadania (art. 1º, III, CRFB); da não discriminação (art. 3º, IV, CRFB); da inviolabilidade da vida (art. 5º, *caput*, CRFB); da liberdade (art. 5º, *caput*, CRFB); da igualdade (art. 5º, *caput* e I, CRFB); da proibição de tortura ou do tratamento desumano e degradante (art. 5º, *caput* e III, CRFB); da saúde e do planejamento familiar das mulheres (arts. 6º, *caput*, 226, §7º, CRFB) e dos direitos sexuais e reprodutivos, decorrentes dos direitos à liberdade e à igualdade, (art. 6º, *caput*, art. 196, CRFB), considerada a posição de centralidade que esses preceitos fundamentais assumem no desenho institucional da Constituição, mostra-se passível de desfigurar a identidade e estrutura do constitucionalismo pátrio.

Longe de consubstanciarem normas meramente programáticas, jurisprudência e doutrina reconhecem a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres, assim como seus direitos sexuais e reprodutivos, como preceitos fundamentais que conformam a constelação da moralidade e normatividade constitucional.

17. Dessa forma, diante do quadro argumentativo formado no processo, com as manifestações apresentadas, reputo devidamente enquadrado o litígio constitucional na hipótese de lesão a preceitos fundamentais, devidamente indicados e justificados na narrativa inicial.

18. No que se refere ao requisito do ato do Poder Público, entendo não haver dúvidas quanto a sua configuração, uma vez que se busca nesta ação constitucional discutir a recepção dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), ao argumento de lesão aos preceitos fundamentais invocados. Por se referir a dispositivos normativos caracterizados pela densidade legislativa, destinados a expressar imperatividade e coerção estatais, reúne as características da abstração, da

generalidade, da autonomia e da impessoalidade, mostra-se viável a instauração do procedimento jurisdicional de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Ainda que a controvérsia constitucional diga respeito ao campo da interpretação constitucional das regras penais, da perspectiva da não recepção de determinada interpretação, certo que o controle de constitucionalidade não é indiferente. O controle jurisdicional de constitucionalidade não se basta no juízo de compatibilidade abstrato do texto normativo marcado pela univocidade de significado. O caráter indeterminado dos textos normativos afasta suposta redução de complexidade da atividade interpretativa, que se socorre de variadas técnicas de interpretação decisória para solucionar os problemas decorrentes da incidência do texto nos contextos fáticos concretos, como reconhece o art. 26 da Lei n. 9.868/99, cumulado com o art. 11 da Lei n. 9.882/99.

19 . A presente arguição tampouco esbarra no óbice processual – pressuposto negativo de admissibilidade – do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999 (“ *Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”).

Demonstrada a insuficiência dos meios processuais ordinários para imprimir solução satisfatória à controvérsia posta, a exemplo das ações coletivas ou do acesso pelo sistema recursal, por meio de recurso extraordinário. Isso porque prestigiada, na interpretação daquele dispositivo, a eficácia natural dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional, vale dizer, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

Significa afirmar que a chamada cláusula de subsidiariedade impõe a inexistência de outro meio tão eficaz e definitivo quanto a ADPF para sanar a lesividade, é dizer, de outra medida adequada no cenário da jurisdição constitucional de perfil concentrado.

20 . Nessa linha argumentativa, o entendimento desta Suprema Corte ao reputar satisfeitos os requisitos de admissibilidade no julgamento da Questão de Ordem arguida na ADPF 54, pelo Procurador-Geral da República. Oportunidade em que este Plenário se dedicou, a partir de deliberação profunda e profícua, a analisar todas as vertentes argumentativas da questão da admissibilidade da ADPF, considerada a época, marcada pelo uso ainda incipiente desta ação constitucional, cujos

delineamentos procedimentais e interpretativos estavam em fase de conformação. Corroborava a discussão no campo procedimental, o questionamento acerca da validade da própria Lei n. 9.882/99, por meio da ADI 2.231, cujo julgamento pela sua constitucionalidade, por unanimidade, fora concluído na sessão virtual de 12.5.2023 a 19.5.2023.

21 . O pedido de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, é, por isso, impugnável pela via processual objetiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos dos arts. 102, §1º, CF, e 3º, I, da Lei nº 9.868/1999. Portanto, cabível a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental enquanto tem por objeto, na forma do art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, evitar ou reparar lesões a preceitos fundamentais resultantes de ato do Poder Público de caráter normativo.

Desacordos interpretativos na definição da norma constitucional: supremo tribunal federal como ator institucional legítimo a decidir

22 . A democracia é a forma política pela qual organizadas as vontades vinculantes em determinada sociedade. A democracia enquanto processo, configurado por combinações entre regras e instituições formais e informais, escolhidas em conformidade com o contexto histórico, social e político de determinada sociedade, traduz a resposta adotada para a composição das vontades de um povo. Todavia, o pressuposto do povo como unidade ou corpo homogêneo é equivocado e não fornece materiais necessários para a estruturação adequada e responsiva das democracias contemporâneas.

Quando muito, oferece resposta simplista, oculta e perigosa para um problema complexo como o da resolução de desacordos e alocação de preferências em determinada sociedade. Não por outra razão, um dos principais problemas hoje da democracia reside fundamentalmente nessa identificação do povo e da sua vontade como expressão das decisões políticas vinculantes que regulam as relações sociais. Portanto, a heterogeneidade, como elemento característico das sociedades contemporâneas, revela-se como premissa adequada para se pensar nas formas de organização e funcionamento da democracia.

22 . A convergência entre heterogeneidade e pluralismo como pressupostos explícitos da democracia, por outro lado, reacende a dificuldade da identificação da vontade do povo e de seu governo que deve ser responsivo às preferências sociais. Noutros termos, quem governa em

nome do povo e como atende as suas preferências em situações de desacordos e divergências que emergem notadamente em sociedade plurais e heterogêneas?

23 . A legislatura representativa associada à regra decisória majoritária é a resposta mais comum e difundida para o problema colocado, uma vez que inexiste forma única de organização política. Identifica-se o povo pela formação de um governo representativo eleito que resolve suas divergências políticas pela regra majoritária. No entanto, os defeitos da regra decisória majoritária como principal ou única resposta procedimental democrática são graves para serem ignorados, a exemplo das maiorias fabricadas, a depender do desenho institucional eleitoral.

24 . Soma-se, portanto, ao método majoritário das legislaturas representativas, a conformação de outras instituições e regras formais e informais, com o propósito de ampliar as “maiorias” da sociedade, a partir da inclusão de minorias políticas em outros espaços decisórios, tanto quanto possível. A maximização da maioria em outros espaços decisórios implica modelo democrático essencialmente preocupado com a participação e igualdade política na tomada das decisões públicas, assim como com o compartilhamento de responsabilidades e poderes entre instituições de perfis e representatividade distintas, como fórmula institucional de acessibilidade democrática.

25 . Dentro desse quadro, a competição, a concentração e o alinhamento de interesses na construção da voz unitária popular cedem às soluções de compromisso derivadas de deliberações e negociações de interesses plurais. Nesse conjunto de formas procedimentais democráticas opõe-se ao modelo majoritário o consensual, caracterizado justamente pela vocação de compartilhamento de responsabilidades e poderes, tendo em vista a heterogeneidade social e as falhas estruturais inerentes ao sistema eleitoral e partidário, baseados no princípio majoritário. Um modelo fundado da essência da conversação institucional democrática.

A democracia consensual, desse modo, parte da premissa de que a democracia enquanto processo de conflitos comporta formas ampliadas de respostas e de contestabilidade. As eleições não esgotam os procedimentos de solução dos desacordos, tampouco encerram os arranjos participativos da sociedade e da veiculação de suas preferências heterogêneas. Ademais, não há falar em supremacia das decisões majoritárias, resultado do processo

político-majoritário, porque não se bastam nem são infensas a controles. Antes, o controle e a limitação radicadas no constitucionalismo constituem o vetor institucional de vigência.

No cenário da democracia constitucional, estruturada pelo ideal de compartilhamento de poder e responsabilidade entre diversas instituições e regras, entre os Poderes da República e a heterogeneidade do tecido social, a participação, a representação e o controle de constitucionalidade assumem a condição de elementos cardinais dos processos decisórios.

26 . Esse modelo da democracia consensual assumiu o padrão institucional nas democracias constitucionais contemporâneas, como é possível inferir da análise dos sistemas constitucionais, desde a perspectiva comparada, a partir da metade do século XX, após as experiências da Segunda Guerra. Um olhar atento verifica a identidade do modelo democrático consensual com o Estado Constitucional, daí porque falar em democracia constitucional. Junta-se as perspectivas da ciência política com a teoria do Estado e a gramática jurídica.

27 . Pois bem. Nesse perfil da democracia constitucional enquadra-se o Estado Democrático de Direito brasileiro consagrado com a Constituição Federal de 1988. O que significa afirmar o compromisso constitucional como razão para o agir de todos os atos estatais, e mesmo os particulares. Assim, a validade das normas não deriva tão somente do seu pedigree representativo democrático, essencial às democracias saudáveis e consolidadas, mas de todo insuficiente. A vigência das normas nas democracias constitucionais deve observância ao parâmetro de controle constitucional, seja na dimensão formal seja na material, cuja guarda compete precipuamente aos Tribunais Constitucionais, em particular, em nosso país, a esse Supremo Tribunal Federal.

28 . Digo tudo isso, neste momento inicial, para debater - e refutar - o argumento defendido nas manifestações do Senado Federal, da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da República, assim como de alguns dos *amici curiae*, no sentido da insindicabilidade judicial da questão da criminalização do aborto por constituir deliberação reservada às competências constitucionais, às capacidades institucionais e à legitimidade democrática do Poder Legislativo.

Não obstante seja do nosso cotidiano jurisdicional, é certo que a questão da legitimidade da jurisdição constitucional sempre se renova, a cada litígio constitucional. Ainda mais em casos marcados pela complexidade e pela alta disputabilidade interpretativa, como este em deliberação.

Contudo, sem embargo da respeitabilidade das opiniões expressadas pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República, o desacordo razoável em torno da questão do aborto não traduz necessariamente natureza eminentemente política do tema, tampouco autoriza a premissa de que a conformação legislativa na definição das condutas ilícitas é imune a qualquer juízo de controle, inclusive a partir da regra da proporcionalidade.

29 . Primeiro , a criminalização do aborto voluntário, com a cominação de sanção penal à mulher e ao profissional da medicina, não obstante traga consigo conotações discursivas éticas, filosóficas, morais, versa questão de direitos, do direito à vida e sua correlação com o direito à saúde e os direitos das mulheres. Veja-se, não estou falando aqui de alocação orçamentária ou preferências políticas, mas de fórmulas institucionais de proteção e de restrição de direitos, a merecerem justificação no Estado Constitucional.

Segundo , restringir a esfera de direitos e liberdades fundamentais de alguém para fomentar a concretização de outro direito, por meio de tutela penal, envolve, claramente, juízo normativo sujeito ao controle da proporcionalidade, como bem dito pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação. Resta saber a quem compete exercer esse controle. Seria somente o próprio Legislativo, autoridade responsável pelo ato normativo?

Terceiro , não tem qualquer pertinência jurídica o argumento de violação do princípio da separação de poderes. O controle de constitucionalidade é imperativo do Estado Constitucional, como método de afirmação da força normativa da Constituição. Coexiste, portanto, com os demais poderes, sem qualquer arranhadura no desenho democrático. Ademais, o controle jurisdicional de constitucionalidade é posterior e repressivo, não anula a competência decisória do legislador, apenas controla sua validade.

Quarto , quais razões são suficientes e necessárias para submeter determinado ato estatal ao controle de validade constitucional? Levar a sério o argumento de que a questão da criminalização do aborto, tal como

regulamentado nos arts. 124 e 126 do Código Penal, não pode ser objeto de contestação por meio das estruturais procedimentais e argumentativas inerentes ao Estado Democrático de Direito, é afirmar a imunidade legislativa constitucional de determinadas normas legais.

Mas aqui pergunto: quais normas são insindicáveis da perspectiva jurisdicional? O legislador ordinário pode excluir do escrutínio constitucional atos específicos? Quais fundamentos justificam a escolha desse desenho institucional alheio ao juízo de compatibilidade constitucional? A alta disputabilidade interpretativa de uma controvérsia de direitos não justifica a imunidade jurisdicional de normas legais, não no constitucionalismo brasileiro, tampouco na sua história constitucional.

30 . O próprio Estado de Direito é uma engenharia humana, como os direitos também o são. Por isso, devemos debater sobre os direitos em todas as arenas públicas decisórias, inclusive, e precisamente, nesta Corte constitucional. A decisão democrática sobre os direitos, mesmo aqueles que envolvam desacordos morais razoáveis, em uma democracia constitucional como a nossa, deve ser objeto de rodadas deliberativas públicas nas mais diversas arenas institucionais. A deliberação racional pública é necessária e tônica de qualquer instituição democrática, dentro das capacidades e limites que a conformam.

No caso da autoridade do Poder Judiciário, seu caráter distintivo reside no seu elemento procedimental e argumentativo-racional que impõe restrições de razão pública a todo processo interpretativo de atribuição de significado à Constituição e aos direitos.

Tal competência jurisdicional explica-se, ainda, porque, embora a Constituição seja a norma jurídica fundamental do sistema, não é suficiente para impor sua vinculatividade a todos, na medida em que o seu significado nas situações concretas ou em contextos abstratos pode ser objeto de disputa interpretativa, em decorrência da indeterminação de que padecem os textos normativos. Daí a necessidade da atuação de instituição não eleita e imparcial na solução dos problemas de interpretação e aplicação da Constituição. Esse caráter indeterminado do Direito, em especial da norma constitucional, é comprovado todos os dias com a resolução das disputas interpretativas sobre o significado e alcance das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, precedentes e jurisprudência.

31 . Aqui uma distinção importante, para afastar dúvidas argumentativas sinceras. O argumento da impossibilidade jurídica do pedido afirmado nesta ação ou da impossibilidade de deliberação acerca da controvérsia constitucional não se iguala àquele em que se defende postura judicial minimalista, restrita à solução de questões arguidas no caso, sem interpretações normativas extensivas a argumentos não deliberados ou plurais e imaturos, não constituintes da opinião majoritária da Corte. Ou ao argumento baseado nas virtudes passivas da técnica da não decisão sobre problemas que dizem respeito a dissensos razoáveis na sociedade.

Tanto a postura judicial minimalista quanto a passiva consideram o Tribunal como ator institucional necessário ao Estado de Direito, com capacidade argumentativa e técnica de autoridade normativa sobre as controvérsias constitucionais. Embora reivindicuem comportamento fundado em prudência, parcimônia e deferência às soluções técnicas e especializadas do problema, questão outra.

Ou seja, nenhum desses perfis de jurisdição, no marco do Estado Constitucional, impõe a imunidade legislativa absoluta na tomada de decisão quanto a questões controversas que envolvam desacordos morais razoáveis. Argumento que teria validade distinta no debate do modelo da democracia essencialmente majoritária, indiferente ao constitucionalismo. Essa discussão, no entanto, no Direito brasileiro, deve ser modulada no marco normativo da Constituição Federal de 1988.

32 . A aceitabilidade das decisões judiciais proferidas por Cortes Constitucionais e o respeito à sua autoridade – e, em especial, deste Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes rotuladas de impopulares e antidemocráticas, deriva de aspecto inerente ao exercício da jurisdição constitucional. Repito, é que o conceito de democracia não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário.

Vai além, identificando-se pela conjugação de instituições majoritárias representativas do povo e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, a desenvolverem funções distintas e complementares para o funcionamento do Estado de Direito. Aqui agrega-se a faceta dos diálogos institucionais como método de constante aprimoramento da democracia constitucional.

33 . Refuto, pois, o argumento da reserva legislativa na definição da interpretação constitucional a respeito da questão da criminalização do

aborto. Aceitar o argumento é o mesmo que refutar a supremacia da Constituição no controle da validade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, o que não tem qualquer respaldo normativo.

34 . No exercício da jurisdição constitucional, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não afronta o princípio da separação de poderes, não implica ofensa à sociedade. Ao contrário, reafirma os valores constitucionais, a independência e as capacidades institucionais dos Poderes constituídos, via interpretação constitucional por meio dos atores sociais ouvidos em processo decisório aberto e plural. Mais, no caso em julgamento, a decisão ora proferida retoma, depois de longo e injustificável hiato, conversação constitucional sobre direitos essenciais ao projeto constitucional igualitário e verdadeiramente democrático.

Juízo de Mérito

35 . A partir do contexto argumentativo formado no processo, entendo que a deliberação do problema jurídico-constitucional colocado passa pela interpretação adequada de quatro premissas, que assumem a natureza de razões necessárias para a solução proposta, quais sejam: *i*) direito à vida e âmbito de proteção no constitucionalismo, *ii*) direitos fundamentais das mulheres, *iii*) direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais no desenho constitucional e *iv*) justiça social reprodutiva como resposta institucional aos deveres fundamentais de proteção.

Direito à vida e seu âmbito de proteção no constitucionalismo: tecendo coerência normativa

36 . De início, entendo oportuno esclarecer os limites da cognição jurisdicional na justificativa desta premissa do voto, relacionada ao direito à vida e seu âmbito de proteção jurídica no constitucionalismo.

A inexistência de consenso a respeito de quando inicia a vida é fato notório, mesmo para a área da ciência, na qual dissensos razoáveis sobre a questão coexistem desde sempre. Como afirmado, na audiência pública, pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), na exposição da Dra. Helena Nader, o conhecimento científico permite falar sobre critérios para definição de vida em nível celular, mas não de vida humana.

Lado outro, igualmente constata-se a inexistência de consensos sobre o início da vida humana no campo da filosofia, da religião e da ética. Não por

outra razão as questões correlatas à vida humana, como pena de morte, eutanásia, interrupção da gestação, fertilização *in vitro*, entre outras, suscitam qualificados e acirrados debates, sem que a deliberação chegue a seu termo. Exemplifica a posição do desacordo moral razoável na área religiosa a exposição da Confederação Israelita do Brasil, realizada na audiência pública, a qual ilustra toda a complexidade e perspectivas que a questão do início da vida humana abarca.

Dissensos morais razoáveis são inerentes à estrutura do constitucionalismo democrático fundado no pluralismo e na laicidade do Estado, portanto, protegidos enquanto elementos essenciais. Em uma ordem constitucional norteada pelo pluralismo – valor consagrado no preâmbulo e no art. 1º, V, da Constituição Federal –, o remédio adequado para lidar com os dissensos consiste na tutela da livre expressão das ideias e visões de mundo, de modo que todos os atores sociais sejam intérpretes na esfera pública democrática aberta ao debate.

Não obstante o espaço da livre manifestação das ideias e da tolerância ao pluralismo moral, alguns consensos mínimos são firmados a fim de propiciar a regulamentação da vida em sociedade, em particular no sistema jurídico. De fato, trata-se de consensos mínimos, que em diversos turnos e arenas são questionados, seja para densificar os conceitos abstratos e genéricos empregados nos textos normativos, seja porque inata à democracia constitucional a contínua disputa interpretativa sobre o significado dos textos.

Por tais argumentos iniciais, esclareço, em razão dos deveres que integram a legitimidade da fundamentação das decisões judiciais, que a pretensão em resolver a difícil questão de quando a vida começa não pertence ao campo jurídico, tampouco a essa arena jurisdicional. Dessa perspectiva de observação, não se trata de fato constitucional relevante para a solução normativa da presente controvérsia constitucional. Ademais, considerados os limites da cognição jurisdicional, que trabalha com a normatividade jurídica dos argumentos, acerca do início da vida para a proteção de direitos, ficarei adstrita ao campo jurídico.

37. De acordo com o art. 5º, da Constituição Federal, “ *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* ”.

Da análise das propriedades da regra constitucional, ao dispor sobre o direito à vida, constata-se que o primeiro elemento importante para sua adequada interpretação diz respeito à titularidade dos direitos fundamentais.

De forma expressa, sobredita regra prescreve que são assegurados direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes. Indaga-se: quem são os brasileiros referidos no texto? A Constituição define como brasileiros os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, respeitados alguns critérios, ou os nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileiro, desde que qualquer um esteja a serviço do Estado brasileiro (art. 12, I). Aos nascidos, então, de acordo com a leitura textual e sistemática da Constituição, é atribuída a titularidade dos direitos fundamentais.

Essa conclusão resulta mais evidente quando se observa que não há referência em qualquer passagem do texto constitucional aos não nascidos, seja na condição de embrião ou de feto. Na mesma linha de engenharia institucional, todo o sistema de proteção da ordem social, referente à família, criança, adolescente e idoso (capítulo VII), que igualmente supõe a pessoa humana nascida como titular dos direitos fundamentais garantidos, sem qualquer ressalva ao nascituro ou embrião.

Tais inferências interpretativas permitem afirmar o propósito do texto constitucional em afastar qualquer compromisso com a tese do direito à vida desde a concepção, a qual, diga-se, foi rechaçada nos trabalhos constituintes.

38 . Essa questão ficou definida por este Supremo Tribunal Federal na discussão da ADI n. 3.510/DF (caso *Lei de Biossegurança*), de relatoria do *Ministro Ayres Britto* , em que, ao se declarar a constitucionalidade da Lei 11.105/2005, o Plenário, por sua opinião majoritária, a qual compartilho na justificativa deste voto, entendeu:

22. Avanco no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. E que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pre-natal. Quando fala da 'dignidade da pessoa humana' (inciso III do art. 1º), e da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado e confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual a figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E

quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' (alinea b do inciso VII do art. 34), 'livre exercicio dos direitos (...) individuais' (inciso III do art. 85) e ate dos 'direitos e garantias individuais' como clausula petrea (inciso IV do § 4º do art. 60), esta falando de direitos e garantias do individuo-pessoa. Gente. Alguem. De nacionalidade brasileira ou entao estrangeira, mas sempre um ser humano ja nascido e que se faz destinatario dos direitos fundamentais 'a vida, a liberdade, a igualdade, a seguranca e a propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto e assim que ela mesma, Constituicao, faz expresso uso do adjetivo 'residentes' no Pais (nao em utero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em 'placa de Petri'), alem de complementar a referencia do seu art. 5º 'aos brasileiros' para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explicita acepcao de 'nascidos', conforme as alineas a, b e c do inciso I do art.12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestacao de vontade, a teor das alineas a b do inciso II do mesmo art. 12). (ADI 3510, Min. Rel. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 29.5.2008, DJe 28.5.2010)

Nessa linha normativa, o argumento do direito à vida desde a concepção como fundamento para justificar a proibição total da interrupção da gestação, por meio da tutela penal, sustentado nas manifestações trazidas pelo Senado Federal, pelo Presidente da República e pela própria Advocacia-Geral da União, por *amici curiae* e expositores na audiência pública, não encontra suporte jurídico no desenho constitucional brasileiro.

39 . No mesmo sentido, o argumento do caráter absoluto do direito à vida frente outros direitos fundamentais, no sentido de que não possa ser confrontado ou ter seu âmbito de proteção restringido, não tem estrutura institucional no constitucionalismo, por três motivos essenciais.

Primeiro, o texto constitucional não definiu o conteúdo do direito à vida prescrito em seu art. 5º, tampouco identificou explicitamente seu âmbito de proteção. Não há qualquer referência de densificação do direito à vida (ações, situações, posições jurídicas).

Segundo, expressamente não adotou qualquer posição sobre o início da vida no suporte fático abstrato da regra, escolha normativa coerente com aquela do âmbito de proteção amplo. A estrutura lógica da norma do direito fundamental à vida, composta por propriedades indeterminadas, em especial no seu suporte fático, exige atividade interpretativa posterior de densificação do seu âmbito de proteção. Isso porque a amplitude da proteção do direito à vida, de acordo com o texto constitucional, pertence ao momento das intervenções normativas subsequentes, que definirá o que

deve ser incluído ou excluído, e sempre sujeita ao controle da proporcionalidade da justificação por meio da interpretação constitucional.

O caráter argumentativo do direito sobressai, com mais evidência, nos contextos de determinação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, ante a indefinição de suas propriedades normativas. Equivocado supor, portanto, a nota da superioridade absoluta e intangível do direito à vida no sistema em face de outros direitos.

Terceiro, o marco constitucional constitui o caráter policêntrico do direito à vida, cujos conteúdos têm a dignidade da pessoa humana como vetor normativo. Noutra modo de dizer, não basta ter vida, ela tem que ser digna em suas variadas dimensões.

Aqui sobressai mais uma coerência hermenêutica do projeto constitucional. Dos elementos textuais que identificam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), não se verifica referência à vida humana, mas antes à pessoa humana. A dignidade da pessoa humana funciona na engenharia constitucional, em uma via de mão dupla que se retroalimenta, como seu fundamento primeiro e sua finalidade última, colocando a pessoa humana e sua ética digna como premissa e como razão de ser do projeto constitucional.

40 . Tese contrária a respeito da titularidade dos direitos fundamentais, em especial o direito à vida, também não encontra fundamento na interpretação da legalidade infraconstitucional, que, assim como o texto constitucional faz no caso da pena de morte excepcional (art. 5º, LXVII, “a”), adota sistema de tutela incremental do direito à vida. Ainda que assim não fosse, é sabido que a titularidade do direito fundamental não é determinada pela legislação infraconstitucional. Ao contrário, é justificada no texto constitucional, vetor de interpretação de toda a legalidade infraconstitucional.

41 . No direito privado, o Código Civil é claro ao dizer, em seu art. 2º, que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Mais uma vez fala-se em vida, mas não há definição. Porém, é fato que há interesse na proteção do feto, pois a lei reconhece direitos. Importa, então, entender qual o âmbito de proteção do nascituro no contexto do Direito Civil.

Não só o art. 2º do Código Civil fala do nascituro. O art. 542 do mesmo diploma legal dispõe que o nascituro pode receber bens em doação; o art. 1.609, no seu parágrafo único, alude à possibilidade de reconhecimento de

filho antes mesmo do seu nascimento; na ausência do pai e na impossibilidade ou no caso da perda de poder familiar por parte da gestante, deve-se nomear curador ao nascituro, como preceitua o art. 1.779; enfim, as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão estão legitimadas a suceder, conforme o art. 1.798. Há, ainda, a preocupação com o devido desenvolvimento da gestação por meio da garantia de alimentos gravídicos, conforme preceitua a Lei n. 11.804/2008.

No entanto, o que ocorre no mundo jurídico se o nascituro, herdeiro ou donatário, não chegar a nascer? Não há produção de efeitos jurídicos, uma vez que o exercício dos direitos é condicionado ao seu nascimento com vida, quando ele adquire personalidade civil. O contrato de doação com o nascituro só se perfaz com o seu nascimento com vida. O mesmo acontece com o direito à herança, que só se concretiza com o nascimento com vida. E a curatela extingue-se com o nascimento com vida, e sendo necessário, à criança será nomeado um tutor.

Assim, há proteção dos direitos futuros do nascituro, mas não há definição clara do que é vida para os fins do Direito Civil. Essa ideia de vida a ser protegida fica condicionada a critérios não delimitados pelo Código Civil. O que se pode dizer é que há um interesse jurídico na preservação da possibilidade do nascimento com vida e que não há transmissão de bens pelo nascituro nos casos de não nascimento ou de natimorto.

42 . No Direito Penal, os crimes contra a vida estão regulados nos arts. 121 a 128 do Código Penal. No que concerne aos tipos específicos, sem levar em consideração as suas formas qualificadas ou causas de aumento ou diminuição da pena e causas agravantes e atenuantes, há uma gradação na importância da vida protegida como bem jurídico: no homicídio, a pena é de 6 a 20 anos de reclusão; no induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio, a pena é de reclusão de 2 a 6 anos; no infanticídio, que só pode ser praticado pela mãe e se estiver em estado puerperal, pena de detenção de 2 a 6 anos; no aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, a gestante pode ser punida com detenção de 1 a 3 anos e o indivíduo que provoca o aborto é punido com reclusão de 1 a 4 anos.

Vê-se, claramente, que os graus de reprovabilidade são diferentes e que a situação da mãe ou gestante é levada em consideração. Praticar o infanticídio não gera penas tão graves quanto cometer um homicídio, que, por sua vez, é punível de forma mais exasperada do que a prática de um aborto. Ainda, é de se considerar que a lesão corporal grave tem uma pena máxima maior do que a do aborto. Também é importante frisar que o

aborto provocado sem o consentimento da gestante tem pena de 3 a 10 anos, bem inferior à do homicídio. Assim, para fins de valoração da reprovabilidade, espera-se menos da relação da gestante e da sociedade com o feto do que da relação entre dois indivíduos já formados organicamente, no que diz respeito à proteção da vida e do direito à integridade física como bens jurídicos.

Lembre-se, ademais, que o estupro é causa excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável e sem qualquer restrição temporal. Ou seja, no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Fica evidente que, para o direito penal, a vida não traduz valor único e absoluto.

43 . Ainda, no campo do Biodireito, quanto à proteção da vida, a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) também favorece a compreensão do que se pode entender por vida na esfera da proteção jurídica. Em seu artigo 5º, permite a pesquisa com células-tronco obtidas de embriões humanos. Aqui se vê que, apesar dos cuidados tomados (os embriões devem ser inviáveis ou congelados há mais de 3 anos), não trata o fruto da concepção humana *in vitro* nas condições por ela determinadas como merecedor de proteção absoluta, uma vez que pode ser manipulado para fins de desenvolvimento do conhecimento científico. Não basta, pois, para o Direito, a formação do material genético humano para o tratamento como vida a ser protegida.

44 . Dar ao direito à vida interpretação no sentido de conferir-lhe proteção absoluta desde o momento da concepção implicaria reconhecer a proibição de qualquer hipótese de interrupção da gestação (em casos de aborto, por exemplo), a despeito da finalidade ou da necessidade de tutela de outro direito ou bem jurídico . Assim como a previsão constitucional originária da pena de morte, em caso de guerra, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, "a"). Soluções normativas que subverteriam a lógica do regime jurídico dos direitos fundamentais.

45 . Do mesmo modo, inaplicável o argumento da proteção do direito à vida desde a concepção, com fundamento na legislação penal, porquanto tipificado no Código Penal o aborto como crime contra a vida, o que significaria a escolha legislativa pela tutela da vida humana em potencial. E por uma razão lógica. A intervenção estatal, por meio da tutela penal, não define por si só o âmbito de proteção do direito fundamental. **A relação normativa é inversa, porquanto o direito fundamental, no marco do bloco de constitucionalidade, é que serve de parâmetro de controle e como fator limitante da atuação penal, justificando-a ou não.**

Carece de substrato jurídico, no marco do constitucionalismo, fundado em direitos fundamentais, a afirmação de que a tipificação penal é bastante para delimitar a incidência ou restrição dos direitos. Isso porque o conteúdo ou o âmbito de incidência do direito à vida não está na criminalização de determinadas condutas.

46 . Sob outra perspectiva, direitos de terceiros podem justificar restrição ao âmbito de proteção de outros. No entanto, aquela deve ser justificada e controlada por meio da proporcionalidade e racionalidade. Na controvérsia em discussão, contudo, não é dado invocar essa alegação. E isso porque, como justifiquei, não há igualdade de posição jurídica subjetiva entre pessoas nascidas e o embrião ou feto. A titularidade dos direitos fundamentais rechaça a validade do equacionamento do problema, a partir desta premissa de igualdade de sujeitos.

Ainda que assim não fosse, considerado o caráter não absoluto do direito à vida, caberia o juízo de proporcionalidade entre os direitos, a fim de verificar a legitimidade constitucional da restrição normativa. De fato, a jurisdição constitucional é vocacionada justamente à solução de litígios constitucionais permeados por conflitos entre direitos fundamentais. A jurisprudência construída por esse supremo Tribunal Federal confirma essa valoração normativa. A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes: ADI 4351, *da minha relatoria*, j. 24.8.2020, DJ 147.9.2020, ADPF 419, *Rel. Min. Edson Fachin*, j. 15.12.2020, DJ 08.2.2021, RE 971959, *Rel. Min. Luiz Fux*, j. 14.11.2018, DJ 31.7.2020, ARE 654432, *Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/Acor. Min. Alexandre de Moraes*, j. 05.4.2017, DJ 11.6.2018.

47 . Vê-se, nesse cenário argumentativo, que o conceito de vida, não delimitado pelas normas civis e penais, tratado como presença de atividade cerebral pelo Biodireito, é entendido, no âmbito do Direito Constitucional, como direito atribuído às pessoas nascidas, titulares de direitos fundamentais, cuja proteção é incremental, a depender da relação com outros direitos.

Esse raciocínio a respeito do conteúdo do direito à vida e suas formas de proteção não é novo para nossa jurisdição constitucional. O Plenário desse Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de deliberar sobre a questão em dois momentos distintos, no julgamento da já mencionada ADI 3510 (*autorização para pesquisas com células-tronco embrionárias*) e no da ADPF 54 (*interrupção da gravidez de feto anencéfalo*). Portanto, tece-se aqui linha coerente com o passado decisório do Tribunal.

48 . A norma inscrita no art. 5º, *caput* , da CF, não prescreve o feto como uma pessoa constitucional, sujeito titular de direitos fundamentais. Sem embargo, isso não significa afirmar ausência de proteção dos interesses do embrião ou do feto, mais especificamente do valor da vida humana, ao lado da pessoa humana.

Existe a dignidade humana do feto, no sentido da moral. Esse status moral da vida humana é compartilhado pela sociedade, mas a moralidade majoritária da sociedade encontra limites na ordem constitucional frente aos direitos e liberdades fundamentais.

O Estado, portanto, tem legítimo interesse (e deveres) na proteção da vida humana, configurada no embrião e no nascituro, que não as pessoas nascidas, e assim o faz, conforme legislação civil, por exemplo. Todavia, a proteção desse bem jurídico encontra limites no Estado constitucional, de modo que a tutela do bem não pode inviabilizar, *a priori* , o exercício de outros direitos fundamentais.

A proteção do nascituro, considerada a expressão do valor da vida humana em potencial, não coincide com o regime jurídico dos direitos fundamentais, seja quanto ao critério da titularidade seja quanto ao âmbito de proteção. Daí porque o argumento em si de ponderação entre direitos do feto e da mulher gestante, no caso da interrupção voluntária da gestação, é equivocado. O que há é ponderação entre valores constitucionais de proteção.

49 . Da interpretação sistemática do desenho institucional da Constituição Federal, outra inferência não tem suporte normativo. Em abstrato, a vida humana tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento. Desse modo, a depender do estágio de desenvolvimento biológico do feto, diminui-se o interesse em sua proteção face à precedência da tutela dos direitos da mulher.

A ideia de que o dever de proteção é progressivo é aceita por todos, embora esse consenso não seja explicitado. Em verdade, há silêncio intencional desse consenso moral e jurídico em razão do falso alarde em torno do suposto consenso da natureza absoluta dos direitos do nascituro. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como explicitado, concretiza-se em juízos posteriores de densificação normativa, a partir de elementos que estruturam os conflitos constitucionais.

50 . Uma pergunta a ser feita na controvérsia constitucional em deliberação é saber como o Estado deve atuar na proteção do nascituro,

enquanto valor digno de proteção, diante de outros direitos fundamentais, em particular em face dos direitos das mulheres.

51 . De fato, quando da análise da questão da interrupção voluntária da gravidez, a primeira premissa que se coloca é a da contraposição necessária entre os direitos fundamentais do feto e os da mulher gestante, como se se tratasse de conflito bipolar de bens jurídicos relevantes. Todavia, essa premissa é equivocada e coloca a discussão a respeito do problema como insolúvel e um choque entre dois direitos absolutos, sem factibilidade de concordância prática. A escolha é por um ou outro direito.

Afasto essa forma de ver e investigar o problema constitucional. **Primeiro** , porque não há falar em direito fundamental à vida do embrião ou feto. **Segundo** , a premissa hermenêutica aqui adotada parte da concepção ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como já consolidado na história decisória desse Supremo Tribunal Federal. **Terceiro** , qualquer solução do litígio constitucional passa necessariamente pelo juízo de proporcionalidade, como método de interpretação constitucional, considerada a concorrência de valores fundamentais no caso.

Direito à vida nos Sistemas Internacional e Regional de Proteção dos Direitos Humanos: diálogos necessários

52 . Prosseguindo na premissa acerca do conteúdo do direito à vida, cumpre, ainda, esclarecer a relação normativa desse direito com o Sistema de Proteção Internacional e Regional dos Direitos Humanos, seja porque o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e, por conseguinte, submete-se à Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque o diálogo entre jurisdições nacionais e internacionais qualifica a deliberação, ao propiciar a migração de ideais e soluções normativas apresentadas em contextos conflitivos semelhantes. A experiência comparada sempre enriquece a valoração argumentativa.

Ademais, na discussão instaurada na audiência pública, foi expressamente colocado em debate o argumento sobre o direito à vida na perspectiva internacional. Em particular, a alegação no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 4º, incorpora a noção da existência do direito à vida desde a concepção.

Para enfrentar o argumento, necessário investigar a definição de direito à vida atribuída pela Convenção Americana, assim como a interpretação dada ao dispositivo convencional pela Corte Interamericana, sabido que o

Brasil, com efeito, está submetido à sua jurisdição e deve observar o controle de convencionalidade.

A questão posta não é desconhecida do Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, já foi suscitada em outros casos, cuja premissa primeira consistia justamente na definição do conceito do direito à vida desenhado no referido art. 4º.

Exemplificativa dessa discussão é a fundamentação do Relatório nº 23 /81, formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso 2141, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, no qual se discutiu a suposta violação dos arts. I, II, VII e XI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, por parte da decisão da Suprema Corte Norte-Americana e da Suprema Corte do Estado de Massachusetts.

Os peticionários articularam duas alegações principais para justificar a adoção do conceito de direito à vida desde a concepção pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Primeiro, a discussão sobre se o projeto da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, quando da IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em Bogotá, em 1948, afirmaria a intenção de proteção desde a concepção. Segundo, se a Convenção Americana assim ratificou a definição do direito à vida, conforme os termos expressos no art. 4º.

Em resposta aos questionamentos, a Comissão Interamericana, a partir de uma abordagem histórica, tanto do processo legislativo que culminou na Declaração quanto o relativo à Convenção, foi expressa ao refutar os argumentos sustentados pelos peticionários. Isso porque, da investigação da história legislativa das normativas interamericanas, infere-se que, não obstante tenha defendido a posição argumentativa do direito à vida desde a concepção, esta ficou vencida nos debates ocorridos nos trabalhos preparatórios tanto da Declaração quanto da Convenção, porquanto incompatível com as legislações dos Estados que regulamentavam a pena capital e o aborto. Não havendo como concluir pela interpretação da tutela da vida desde a concepção.

Quanto ao ponto, a Convenção Americana foi mais explícita, para rechaçar o argumento da existência da vida desde a concepção, adotando a expressão “ *em geral* ”, como metodologia jurídica para dar aos Estados liberdade de conformação decisória a respeito da interrupção da gestação, como muitos países já adotavam, incluído o Brasil.

Para ilustrar esses argumentos e pela clareza da investigação histórica, transcrevo os parágrafos do Relatório de mérito do caso *baby boy v. EUA*. Primeiro, sobre a Declaração Americana:

a) De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.

b) El artículo 1, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (Novena Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, p. 449). c) Se formó un grupo de trabajo para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados y preparara un documento aceptable. El grupo sometió, en efecto, a la sexta comisión, un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes Fundamentales del Hombre, cuyo artículo I decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona". d) Este artículo 1, completamente nuevo, y algunos cambios substanciales introducidos por el grupo de trabajo en otros artículos, han sido explicados por el mismo grupo en su informe a la comisión sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico (Actas y Documentos, Vol. 5, pp. 474-484, 513-514). **e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto --el derecho a la vida desde el momento de la concepción-- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más**

de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica. f) En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n.1 , 2 (casos A y B); Brasil - artículo 128 n I, II (A y B); Costa Rica - artículo 199 (Caso A); Cuba - artículo 443 (casos A, B. y D); Ecuador - artículo 423 n. 1, 2 (casos A y B); México - Distrito y Territorios Federales -- Artículos 332 e. y 334 (Casos A y B); Nicaragua - artículo 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay - artículo 352 (caso A); Perú - artículo 163 (caso A, para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay - artículo 328 n. 1-5 (casos A, B, C, y F), el aborto debe ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez); Venezuela - artículo 435 (caso A); Estados Unidos de América -véanse las leyes estatales y precedentes; Puerto Rico S S 266, 267 - caso A (Códigos Penales Iberoamertcanos - Luis Jiménez de Asua, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946, Vol. I y II). g) El 22 de abril de 1948, el nuevo artículo I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (Actas y Documentos, Vol. V, p. 510-516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra "integridad" (Actas y Documentos, Vol. VI, p. 297-298; Vol. I, p. 231, 234, 236, 260 y 261). h) **En consecuencia, el Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.** (*original sem destaques*).

Segundo, acerca do significado do direito à vida adotado no art. 4º da Convenção Americana:

22. El Proyecto, preparado por ese Consejo en dos semanas, fue origen de la Declaración Americana aprobada en Bogotá, pero también recibió la contribución de otras fuentes, inclusive los trabajos iniciados en las Naciones Unidas. Contiene 88 artículos, empieza con una definición del derecho a la vida (artículo 2), en la cual se volvió a

introducir el concepto de que "Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción." Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y 237).

(...)

25. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia , para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 " **1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción**" (Anuario, 1968, p. 321).

30. A la luz de los antecedentes expuestos, **queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta** . La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. **Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.** (*original sem destaques*).

Na mesma linha interpretativa, o entendimento da Corte Interamericana, ao analisar os limites semânticos e o âmbito de proteção do direito à vida tal como delineados no art. 4º da Convenção, em conjunto com outros direitos, como o direito à saúde e integridade física e psíquica da mulher.

De acordo com a jurisprudência da Corte, a partir de interpretação sistemática dos sistemas regionais, interamericano, africano e europeu de direitos humanos, a definição do alcance do artigo 4.1, em especial dos conceitos "pessoa", "ser humano", "concepção" e "geral", não denota natureza de direito absoluto. Ou seja, a proteção do direito à vida é gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, de modo que não constitui dever absoluto e incondicional, cabendo exceções à regra geral, para fins de proteção do direito à saúde das mulheres gestantes, como se pode inferir dos casos *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (2012), *Senhora Beatriz vs.*

El Salvador (2013), *Senhora I.V vs. Bolívia* (2016) e *Manuela vs. El Salvador* (2021).

Quanto ao ponto, para melhor elucidação, colaciono o parágrafo 222 da sentença proferida no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* :

222. A expressão toda pessoa é utilizada em vários artigos da Convenção Americana e da Declaração Americana. Ao analisar todos estes artigos não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 supra), pode se concluir em relação artigo 4.1 da Convenção o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa o artigo 15.3 a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável do parto” e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajuda especiais.

53 . A respeito do significado de pessoa e vida para o sistema jurídico, importante também destacar o julgamento do caso *Paton v. United Kingdom* (1980) , oportunidade em que a Comissão Europeia de Direitos Humanos definiu que os termos “qualquer pessoa” e “vida” previstos no art. 2º **não tomam em consideração o nascituro, mas as pessoas nascidas** . Interpretação em sentido contrário, de acordo com a Comissão, seria atribuir à vida não nascida proteção jurídica absoluta, em face da mulher gestante, ainda que a vida do nascituro esteja conectada e dependente da vida da mulher grávida. Nesse sentido, observou que levar o argumento ao extremo implica reconhecer a proibição do aborto mesmo para os casos de risco e ameaça à vida da gestante.

Ainda quanto ao caso, a Comissão, ao interpretar o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no juízo de ponderação entre os direitos do pai e da gestante à vida privada, para a definição do valor jurídico do consentimento daquele no procedimento médico do aborto, **concluiu pela prevalência do direito da gestante em face do pai, por ser a pessoa afetada diretamente com a gravidez, motivo por que prescindível a anuência.**

54 . A Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Vo vs. França* (2004), *Evans vs. Reino Unido* (2007), *A, B, and C vs. Irlanda* (2010), a título

de exemplo, igualmente entendeu que a proteção do direito à vida não é absoluta, tampouco a proteção dos direitos da vida intrauterina e do nascituro, devendo haver uma proporcionalidade entre a proteção deste com a proteção dos demais direitos, notadamente os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva.

Relevante assinalar que a Corte Europeia de Direitos Humanos não firmou interpretação acerca do direito à interrupção da gravidez. Nos referidos casos, trabalhou com a proporcionalidade das medidas de ingerência dos Estados nas relações do direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher.

55 . Nem da literalidade dos textos internacionais, nem da jurisprudência e da prática internacional, a inferência de que exista fundamento suficiente para sustentar a obrigação dos Estados em reconhecer a titularidade do direito fundamental aos nascituros encontra respaldo jurídico.

56 . Portanto, necessário destacar que os Sistemas Internacional e Regional de Proteção dos Direitos Humanos não compartilham a proteção jurídica do direito à vida desde o momento da concepção. O direito à vida tem a mesma equivalência normativa que os demais direitos, cabendo a acomodação prática dos direitos nos contextos específicos, a depender das particularidades envolvidas, de acordo com a proporcionalidade, razoabilidade e racionalidade, sejam na arena legislativa seja na arena jurisdicional.

Desse modo, não se sustenta o argumento de que o embrião ou feto tenha prioridade normativa frente aos direitos humanos das pessoas nascidas, em particular da mulher.

57 . Por fim, como último argumento referente à premissa ora justificada, trago, a título de *obiter dictum* , importante consideração que entendo seja oportuna, uma vez que estamos a debater aqui o direito à vida como fundamento maior do sistema constitucional, apto a assumir natureza de direito absoluto frente aos demais.

58 . Pois bem. Se é para falar de direito à vida a sério, faz-se necessário discutir sobre os elementos cardinais que constituem seu âmbito de proteção, na medida em que concorrem distintos direitos, os quais são interdependentes. A dignidade da pessoa humana, estabelecida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, revela essa dimensão complexa, ao exigir pré-condições mínimas para sua realização.

O que significa dizer que o direito à vida não se restringe ao nascimento e à assunção da personalidade jurídica na comunidade política à qual pertencente. Exige mais. Requer vida digna, não sujeita à privação arbitrária e irracional.

Por isso, associados ao direito à vida, como sua contraface, postam-se os deveres de proteção, que recaem sobre o Estado para que seja estabelecido marco jurídico de tutela em que todos os seres humanos desfrutem da vida em toda sua plenitude. Daí porque compete ao Estado adotar as medidas necessárias e suficientes para a correção das vulnerabilidades sociais que obstaculizam o efetivo gozo do direito à vida. Com efeito, os imperativos de tutela do direito à vida não se perfazem apenas na dimensão prestacional, mas igualmente na dimensão negativa, de não intervenção nas liberdades, seja por parte do Estado seja pelo particular.

Nessa toada, incumbe ao Estado, por exemplo, empregar medidas razoáveis diante das ameaças previsíveis de violência generalizada na sociedade, remediar as prisões arbitrárias e o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário (ADPF 347); contornar os impactos da violência policial na vida das pessoas residentes das comunidades hipossuficientes, nas perspectivas social, econômica, cultural (ADPF 635); assegurar condições mínimas de sobrevivência alimentar, afastar as privações arbitrárias decorrentes do emprego de tortura e outras ações de força, remover institucionalmente as ameaças concretas aos padrões de violência preexistentes, como os que afetam as minorias (ADI 4275).

59 . Não cabe nesta controvérsia constitucional deliberar sobre todas essas vertentes que orbitam o direito à vida. Menciono, todavia, de forma explícita, para que enfrentemos com a prudência, coragem e firmeza necessária a questão da interrupção voluntária da gravidez e seu impacto no contexto dos deveres de proteção à vida, com a ciência dos elementos que efetivamente constituem o âmbito desse direito, sem tergiversações.

60 . *O constitucionalismo brasileiro, assim como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, não adota a tese do direito à vida desde o momento da concepção, antes compartilha o desenho institucional de proteção incremental do direito à vida, considerada a concordância prática necessária com os outros direitos fundamentais, a saber os direitos fundamentais das mulheres.*

direitos das mulheres: da cidadania de segunda classe à autodeterminação igualitária

61 . Por muito tempo as mulheres foram subjugadas, excluídas da arena pública e tratadas à margem da sociedade. Participar do mercado de trabalho exigia a transposição de obstáculos quase insuperáveis. Ter acesso à educação formal era igualmente inconciliável com status social esperado. Nessa linha, inclusive, as mulheres foram deslegitimadas para a prática de atos corriqueiros da vida civil. Estavam submetidas, indistintamente, à vontade do estatuto familiar. O que significa dizer a atribuição de papel de coadjuvantes sociais, confinadas às atividades do cotidiano doméstico.

Nem mesmo as disposições relativas ao princípio da igualdade constantes das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 foram capazes de romper, por completo, com o ciclo de exclusão e subjugação da cidadania das mulheres. As mulheres tinham seus direitos marginalizados. As mulheres tinham sua dignidade ofendida. As mulheres tinham papéis sociais limitados e pré-determinados. As mulheres eram invisibilizadas. As mulheres não tinham voz. As mulheres não tinham vez.

62 . Gradualmente, no entanto, a partir da Revolução Francesa, em especial, durante o Século XX, o processo de emancipação e libertação das mulheres passou a ganhar espaço e força nos mais diversos locais e nas mais distintas arenas decisórias. Um caminho ainda hoje trilhado, a acarretar maior integração das mulheres à sociedade e o reconhecimento de seus direitos.

63 . No Brasil, por exemplo, somente a partir de Lei de 15 de outubro de 1827, com a criação das primeiras escolas, chamadas, à época, de escolas de primeiras letras, as meninas passaram a ter a possibilidade de frequentar o ensino primário formal (art. 11), com acesso apenas a conhecimentos básicos de matemática, gramática da língua portuguesa, princípios de moral e da doutrina cristã da Igreja Católica Apostólica Romana, e prendas que servem à economia doméstica (art. 12). Permaneciam, assim, inacessíveis a elas quaisquer espécies de conhecimento formal alheio a referido rol.

No mundo ocidental inteiro, durante todo Século XIX, a luta por direitos das mulheres foi marca indelével. Busca pelo reconhecimento do direito de propriedade, do direito à educação, do direito à liberdade profissional, do direito à igualdade de condições de trabalho e, no final do Século XIX e começo do Século XX, do direito ao sufrágio.

64 . Esse contexto social, - e assinalo aqui que as conquistas históricas não são lineares -, não foi suficiente, por exemplo, para impedir que o Código Civil de 1916 considerasse incapazes, as mulheres casadas, para certos atos ou a maneira de os exercer (art. 6º, II), impusesse autorização do marido para a mulher exercer profissão (art. 233, IV e art. 242, VII), instituísse a necessidade de autorização do cônjuge para ser parte em juízo civil ou comercial (art. 242, VI), continuasse a dispor sobre o pagamento de dote (art. 280). Situação jurídica que apenas foi parcialmente modificada com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, 27.08.1962), o qual ainda deixou expressa a responsabilidade do homem na condução da família.

A despeito dessa constatação, os movimentos a favor do direito ao sufrágio feminino mantiveram sua força e coesão, o que desaguou no Código Eleitoral de 1932, conhecido como Código Assis Brasil, garantido, pela primeira vez, em âmbito nacional, o direito universal de votar no Brasil (CE/1932, art. 2º c/c art. 56). Justamente, por isso, as mulheres brasileiras puderam votar, pela primeira vez, na eleição que escolheu a nova Assembleia Nacional Constituinte. Quanto ao ponto, importante destacar a restrição feita ao voto feminino à época, limitado que foi às mulheres casadas com autorização do marido e às viúvas e solteiras que tivessem renda própria.

A Constituição de 1934, ao ser promulgada, excluiu as mencionadas restrições e consignou a facultatividade do voto feminino – ao contrário do voto masculino, obrigatório -, diferença que só veio a ser abolida pela Constituição de 1946.

Importante destacar sobre a cidadania política das mulheres que não obstante sua inserção na arena democrática como pessoa habilitada ao exercício do voto, o inverso, sua capacidade de ser agente política foi negligenciada e alijada do sistema eleitoral e político pelas décadas subsequentes. Não por outra razão a constatação da sub-representação feminina na política, questão que já teve oportunidade de debater longamente, quando do julgamento da Consulta 0603816-39.2017 do Tribunal Superior Eleitoral, como também do julgamento da ADI 5.617.

Na seara trabalhista a primeira metade do Século XX trouxe alguns avanços. A regulação das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais iniciou com o Decreto 21.417-A /1932. Além de proibir distinção salarial a trabalho de igual valor por motivo de gênero, vedou a prestação laboral feminina em subterrâneos,

minerações, subsolo, pedreiras, obras de construção, bem como em atividades perigosas e insalubres. Proibiu, ademais, o trabalho da gestante durante o período de quatro semanas antes e depois do parto, com o recebimento de auxílio correspondente à metade dos salários, facultando-lhe o rompimento do contrato de trabalho no caso de comprovação por atestado médico de prejuízo à gestação. À lactante assegurou o direito a dois descansos diários especiais, de meia hora cada um, durante os primeiros seis meses que se seguissem ao parto em local apropriado à vigilância e assistência materna dos filhos em período de amamentação, a ser providenciado em estabelecimentos com mais de 30 (trinta) mulheres acima dos 16 (dezesesseis) anos.

Assim que, passo a passo, ao longo do Século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o processo de reconhecimento e afirmação dos direitos femininos passou por significativa evolução, com a superação, ainda que parcial, de preconceitos culturais, sociais e normativos que, por seu caráter discriminatório e excludente, impossibilitavam a atuação da mulher fora do ambiente familiar, assegurando-lhe sempre uma cidadania condicionada e subordinada.

65 . A busca que ainda não cessou, na realidade, é permanente pelo fim da discriminação motivada pelo gênero. Como se vê dessa breve contextualização, a expansão dos direitos femininos, além de fruto de uma construção gradual, data de tempo muito recente da história contemporânea e, por isso mesmo, não prescinde de constantes avanços, de reconhecimento incessante e de instrumentos jurídicos aptos a fazerem prevalecer a condição de igualdade que deve existir e persistir, por imperativo constitucional, entre homens e mulheres (art. 5º, CRFB).

A Constituição Federal de 1988 inaugurou momento normativo em que reposiciona o lugar da mulher na sociedade e no ordenamento jurídico, promovendo-a da condição de cidadã de segunda classe para a condição de cidadania plena, com igualdade de condições e respeito. O novo marco constitucional, vetor normativo e de controle dos atos dos poderes públicos, exigiu novas conformações jurídicas de validade.

66 . Por isso, ao lado da evolução normativa experimentada, os precedentes constitucionais formados pelo Colegiado deste Supremo Tribunal Federal foram essenciais para o desenvolvimento, a consolidação e a efetivação dos direitos femininos.

67 . Nesse sentido, este Supremo Tribunal Federal, ao julgamento da ADI 1.946/DF, Tribunal Pleno, *Rel. Min. Sydney Sanches* , j. 03.4.2003, DJ 05.6.2003, deu interpretação conforme à Constituição ao art. 14 da EC 20 /1998.

68 . Ao exame da ADC 19/DF, *Rel. Min. Marco Aurélio* , Tribunal Pleno, j. 09.02.2012, DJe 29.4.2014, declarada a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, à compreensão de justificável o tratamento distinto entre homens e mulheres com a criação de mecanismos de combate à violência em âmbito doméstico, para proteção da integridade física e moral das mulheres. Na mesma ocasião, ao julgar a ADI 4.424/DF, *Rel. Min. Marco Aurélio* , Tribunal Pleno, j. 09.02.2012, DJe 01.8.2014, dada interpretação conforme à Constituição aos art. 12, I e 16, da Lei 11.340/2006, para assentar que o crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico e familiar contra a mulher se processa mediante ação penal pública incondicionada.

69 . Ao apreciar a ADPF 54/DF, *Rel. Min. Marco Aurélio* , Tribunal Pleno, j. 12.4.2012, DJe 30.4.2013, esta Suprema Corte, tendo em vista os direitos à liberdade sexual, à isonomia, à dignidade da pessoa humana e à saúde, deu interpretação conforme à Constituição, para estabelecer que a interrupção de gravidez, ou antecipação terapêutica do parto, de feto comprovadamente anencefálico não configura crime de aborto previsto nos arts. 124 e 126 do Código Penal.

70 . Ao encerrar a controvérsia veiculada no RE 778.889/PE (Tema 782), *Rel. Min. Roberto Barroso* , Tribunal Pleno, j. 10.3.2016, DJe 01.8.2016, este Tribunal destacou a impossibilidade de prazos inferiores para licença maternidade em razão de a criança ser fruto de adoção, pois necessário o incentivo e proteção à autonomia feminina na eleição dos seus desígnios de vida e à inadmissibilidade de diferenciação entre os filhos.

71 . Ao examinar o RE 629.053/SP (Tema 497), Red. p/ acórdão Min. *Alexandre de Moraes* , Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, DJe 27.02.2019, o Plenário desta Casa acentuou que para gozo do direito à estabilidade previsto no art. 10, II, do ADCT, basta a anterioridade da gravidez à demissão sem justa causa, porquanto a Carta Política protege a maternidade e, em consequência, a gestante contra dispensa arbitrária.

72 . Esta Corte, ao apreciar o RE 1.058.333/PR (Tema 973), *Rel. Min. Luiz Fux* , Tribunal Pleno, j. 21.11.2018, DJe 27.7.2020, firmou entendimento segundo o qual admissível, independentemente de previsão editalícia

específica, a remarcação de teste de aptidão física de candidata que, à época de sua realização, esteja grávida. No caso, entendeu este STF que a igualdade de gênero, a liberdade reprodutiva, a proteção à família e o direito à saúde consubstanciam fatores a legitimar o tratamento diferenciado entre os candidatos.

73. Por sua vez, este Tribunal, ao julgar a ADI 5.938/DF, *Rel. Min. Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 29.5.2019, DJe 23.9.2019, declarou a inconstitucionalidade de expressões constantes do art. 394-A, II e III, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, que possibilitavam o exercício de atividade insalubre pela empregada gestante nos graus médio e mínimo e pela lactante em qualquer grau, condicionado à recomendação do afastamento atestado por médico da sua confiança. A compreensão majoritária se fundamentou na violação do direito à saúde, da proteção à maternidade e na proteção integral ao recém-nascido.

74 . De outro lado, no RE 576.967/PR (Tema 72), *Rel. Min. Roberto Barroso*, Tribunal Pleno, j. 05.8.2020, DJe 21.10.2020, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência, às custas do empregador, da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, haja vista que, ao impor essa espécie de tributação, a legislação materializa obstáculo à contratação de mulheres por questões biológicas.

75. O Plenário desta Suprema Corte, ao analisar o RE 639.138/RS (Tema 452), *Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin*, Tribunal Pleno, j. 18.8.2020, DJe 16.10.2020, declarou a inadmissibilidade de cláusula contratual de previdência complementar que, com previsão de regras díspares entre homens e mulheres para cálculo e concessão de aposentadoria suplementar, estabelece menor benefício para as pessoas do gênero feminino. Em referido julgado, ressaltada a transgressão à isonomia material e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

76 . Esta Corte, ao apreciar a ADI 5.220/SP, *Rel. Min. Cármen Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 15.3.2021, DJe 23.3.2021, reconheceu a constitucionalidade do art. 8º da Lei complementar do Estado de São Paulo que estabeleceu que o lapso temporal atinente à licença maternidade deve ser computado para fins de aferição do período de estágio probatório previsto no art. 41 da Constituição Federal. Na ocasião, asseverada a imprescindibilidade de interpretação sistemática do texto constitucional, de modo que, para obtenção da estabilidade no serviço público, necessário levar em consideração os princípios da isonomia, da proteção à maternidade e do planejamento familiar.

77 . Ao julgar a ADPF 779-MC-Ref/DF, *Rel. Min. Dias Toffoli* , Tribunal Pleno, j. 15.3.2021, DJe 20.5.2021, firmada a não recepção da tese da legítima defesa honra, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, a igualdade de gênero e a proteção à vida, e reconhecida a assimetria de gênero no modelo sociocultura de honra no Brasil, conforme consignei em voto expresso proferido. Padrão que sustentava a retórica da violência contra a mulher, em especial no local da família, ou seja, implícita aqui a cidadania de segunda classe que constituía a posição da mulher na sociedade.

78 . Ao exame do RE 658.312-2ºJulg/SC (Tema 528), *Rel. Min. Dias Toffoli* , Tribunal Pleno, j. 15.9.2021, DJe 06.12.2021, este Supremo Tribunal Federal assentou a recepção, pela Constituição da República de 1988, do art. 384 da CLT, na redação anterior a dada pela Lei 13.467/2017, que dispunha sobre concessão de 15 (quinze) minutos de descanso às mulheres entre o término da jornada de trabalho normal e o início do labor de caráter extraordinário. Na oportunidade, acentuada a existência de fatores históricos, biológicos e sociais aptos a justificarem o tratamento diferenciado entre homens e mulheres.

79 . O Plenário, ao julgar a ADI 6.138/DF, *Rel. Min. Alexandre de Moraes* , Tribunal Pleno, j. 23.3.2022, DJe 09.6.2022, reconheceu a constitucionalidade do art. 12-C, II e III, § 1º, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que autorizam, de forma excepcional, que delegados de polícia e policiais procedam ao imediato afastamento do agressor do local de convivência com a agredida, a resguardar os direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Em referido julgado, a constitucionalidade da disposição legal foi assentada levando em consideração, sobretudo, o dever do Estado de impedir a continuação do ciclo de violência contra a mulher.

80 . Em âmbito eleitoral, necessário destacar a ADI 5.617/DF, *Rel. Min. Edson Fachin* , Tribunal Pleno, j. 15.3.2018, DJe 03.10.2018, na qual, com base no princípio da isonomia, conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015, para estabelecer que o percentual mínimo de recursos do Fundo Partidário a serem distribuídos a candidaturas femininas deve corresponder a pelo menos 30% (trinta por cento) mínimo de candidaturas de cada sexo do montante alocado para disputas eleitorais e, em caso de percentual mais elevado de candidaturas femininas, acréscimo de recursos na mesma proporção.

81 . Ainda, em matéria eleitoral, assinalo a ADI 6338, *da minha relatoria* , Tribunal Pleno, j. 03.4.2023, DJe 07.6.2023, em que declarada a

constitucionalidade do art. 10, §3º, da Lei n 9.504/1997 (Lei das Eleições) e do art. 22, XIV, da Lei Complementar 64/90 (Estatuto das Ineligibilidades), por ser proporcional ao marco constitucional.

82 . A atuação recente deste Supremo Tribunal Federal tem sido bastante enfática na necessidade de afastar estigmas históricos, culturais, sociais, profissionais e jurídicos no que diz respeito aos direitos das mulheres. Mais que isso, tem afirmado a premissa de que a transposição das disposições constitucionais e legais para o mundo factual não prescinde, na atual conjuntura social, de arcabouço sancionatório adequado e eficiente que possibilite, ainda que por meio da coerção estatal, a transformação de condutas, em ordem a proporcionar no domínio fenomenológico a igualdade real e efetiva entre homens e mulheres

83. No entanto, não obstante os passos dados na direção da igualdade como reconhecimento, é certo que a reivindicação da cidadania igualitária entre os gêneros para o exercício dos direitos fundamentais assegurados no Estado Constitucional ainda carece de efetivação. Em particular no que diz com a autodeterminação como elemento estruturante da dignidade da mulher.

No marco da cidadania igualitária, exigem-se as mesmas condições necessárias ao exercício pleno da realização da autonomia e da liberdade, a fim de que as mulheres possam contribuir com suas capacidades autônomas ao desenvolvimento pessoal e da comunidade política em que inseridas. Ao passo que a discriminação direta por questões de gênero, baseia-se em tratamento jurídico diferenciado e desfavorável a determinadas categorias por razão associada ao sexo, como identificado nos precedentes acima listados.

A discriminação por questões de gênero faz-se notar com toda intensidade no impacto (des)proporcional do tratamento jurídico dado à maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, diferenciação relacionada ao gênero feminino. Isso porque a gestação constitui fator diferencial que afeta exclusivamente a mulher, por razões naturais, embora a maternidade seja conceito mais amplo.

Por isso, a exigência constitucional qualificada para a justificação legislativa em matérias de proteção da maternidade, a fim de que este fator positivo de discriminação não se torne o único espaço de manifestação da dignidade da mulher.

84 . A igualdade limita os poderes constituídos, ao servir de vetor interpretativo na conformação normativa. Desse modo, vulnera frontalmente seu âmbito de proteção o tratamento legislativo que introduz diferenciações no suporte fático da norma, atribuindo consequências jurídicas restritivas, sem justificação suficiente e racional, que resultam desproporcionais, segundo critérios valorativos mínimos.

Para não incidir em violação do direito fundamental à igualdade, a diferença de tratamento não só deve ser justificada racionalmente, como também deve superar o juízo de proporcionalidade em sede constitucional sobre a relação existente entre a medida legislativa adotada, o resultado significativo produzido e o propósito pretendido.

85 . A título de proteção da mulher na sua dimensão biológica mais distintiva, a gestação, e sob o véu da legalidade aparente, encobrem-se autênticas discriminações que impõem papéis sociais às mulheres, sem qualquer margem de respeito e consideração à sua liberdade e autodeterminação pessoal, afastando-as da cidadania plena e igualitária na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

A gravidez impõe tensão significativa ao corpo da mulher,- envolvendo inevitavelmente mudanças fisiológicas e biológicas extremas, com alteração hormonal para preparar o corpo. Para algumas mulheres, a gravidez e o parto podem implicar doenças físicas e estresse máximo que alteram a vida ou até mesmo provocam a morte, em razão dessas alterações.

Ou seja, se é certo que a gestação é um fenômeno essencialmente biológico, é igualmente certo que a maternidade e a paternidade traduzem conceitos mais amplos, enquanto envolvem processos psicológicos, culturais e sociais, que podem derivar de gestação própria ou de outros contextos, a exemplo da maternidade socioafetiva.

A opção pela maternidade pode até refletir estrutura discriminatória de gênero, fundada no conceito hierárquico de família e na distribuição de papéis sociais estáticos.

Nessa perspectiva e modo de compreender o mundo, a partir da lente da mulher, a maternidade não há de derivar da coerção social fruto de falsa preferência da mulher, mas sim do exercício livre da sua autodeterminação na elaboração do projeto de vida.

Compete à mulher, na fruição de seus direitos fundamentais, tomar a decisão pela maternidade, por meio da gravidez ou por outras fórmulas, à exemplo da adoção.

86 . Portanto, a partir das vertentes constitutivas da dignidade da pessoa humana, cujos conteúdos são densificados na autonomia da vontade e na saúde psico-físico-moral, outra conclusão não se justifica: a maternidade é escolha, não obrigação coercitiva. Impor a continuidade da gravidez, a despeito das particularidades que identificam a realidade experimentada pela gestante, representa forma de violência institucional contra a integridade física, psíquica e moral da mulher, colocando-a como instrumento a serviço das decisões do Estado e da sociedade, mas não suas. Nesse contexto, ao Estado, por conduta negativa, compete respeitar as liberdades individuais da mulher.

87 . A maternidade neste contexto, há de resultar de decisão, fundada na liberdade reprodutiva do planejamento familiar, a respeito da oportunidade de constituição de uma família, a despeito da sua forma (tradicional, unipessoal, biológica, socioafetiva), conforme precedente definido no RE 898060, da relatoria do *Ministro Luiz Fux* .

88 . A Constituição da República, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, sobre o direito à privacidade, garantiu uma esfera exclusiva para o livre desenvolvimento da personalidade. O processo de conhecimento, formação e expansão da personalidade pressupõe, necessariamente, autonomia para, de acordo com a consciência individual e singular de cada um, realizar as escolhas fundamentais para o desenvolvimento de sua vida.

É preciso reconhecer que a autonomia, entendida como a capacidade das pessoas de se autodeterminarem, ou seja, capacidade dos indivíduos de definirem as regras de regência de sua própria vida particular, consubstancia o núcleo essencial e inviolável do direito à liberdade, que se inclui a liberdade reprodutiva.

A autonomia, associada à própria liberdade, é, pois, a aptidão para tomar decisões, escolher os caminhos e direções da própria vida, adotar concepções ideológicas, filosóficas ou religiosas. Em outras palavras, definir, sob os mais diversos ângulos, as características básicas e individuais de cada um, bem como o itinerário a seguir, segundo a consciência particular e única em busca do que se considera viver bem, sem a possibilidade de interferência indevidas por parte de terceiros (seja particulares, seja o Estado).

89 . Assim, para a análise do problema constitucional em deliberação, *não há falar em antagonismo entre valores constitucionais, mas em relação necessária e consequente, em que a mulher, titular de direitos fundamentais , com oponibilidade de tutela em face do Estado nas decisões que conformam sua dignidade e sua autodeterminação e como ser e estar no mundo, deve usufruir de proteção adequada no campo da saúde reprodutiva como medida de tutela do nascituro .*

Os direitos fundamentais das mulheres constituem a segunda premissa deste voto .

Dos Direitos sexuais e reprodutivos no desenho constitucional: direitos fundamentais estruturantes da justiça social reprodutiva

90 . Na Constituição brasileira, alçada a saúde à condição de direito social materialmente fundamental, a sistemática constitucional conduz necessariamente à inviabilidade de uma hermenêutica dos direitos fundamentais que o situe em situação de inferioridade deontológica em relação aos ditos direitos fundamentais individuais, seja partindo da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, seja adotando a democracia como vértice interpretativo. À valorização e à proteção do indivíduo e do cidadão abstratamente considerados, o constitucionalismo contemporâneo incorporou a preocupação de reconhecer as particularidades decorrentes da sua participação na coletividade, bem como dos papéis sociais desempenhados pelos seres humanos concretos em diferentes contextos de interação.

O tratamento dado à saúde na Constituição de 1988 diferencia-se, em relação aos regimes anteriores, porque pela primeira vez ligado à tutela da pessoa humana. Textualmente relacionado entre os direitos fundamentais sociais, os vetores hermenêuticos do pluralismo (preâmbulo) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) desautorizam reduzir o direito à saúde à dimensão meramente prestacional.

E é nesse contexto do caráter ambivalente do direito fundamental à saúde consagrado na Constituição Federal – que apresenta aspectos ao mesmo tempo de direito individual e social, de direito de defesa e de proteção, de direito subjetivo e prestacional , que se impõe a necessidade da alocação da atuação estatal e dos particulares.

Noutros termos, de um lado, deve-se assegurar a não interferência e ingerência na integridade física e mental da pessoa, salvo justificada a restrição (incidência do princípio da proporcionalidade). De outro, deve-se assegurar a promoção de políticas públicas indispensáveis à tutela adequada do direito, na vertente prestacional que exige.

91 . Os preceitos constitucionais que elevam a saúde à estatura de direito social de todos (art. 6º CRFB), e incumbem ao Estado o dever de garanti-la mediante “ *políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença* ” (art. 196 CRFB), impõem a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização desse direito. Dessa forma, infere-se que o direito à saúde comporta duas vertentes essenciais, quais sejam: *i*) preventiva, voltada ao campo informacional, educacional e de proteção da inviolabilidade da integridade física e do bem-estar das pessoas (campo de prevenção de doenças e situações de riscos), e *ii*) reparatória, direcionada ao controle das patologias e da remoção dos riscos e à saúde.

92 . Com base nisso, já assentou este Tribunal que o fornecimento de medicamentos e a prestação de assistência à saúde, porquanto materialmente assimiláveis à dimensão prestacional do direito à saúde, integram o dever do Estado de promover e proteger a saúde pública – prestações atribuídas ao Estado diretamente pela Constituição (ADI 7.088 e ADI 7.183, *Rel. Min. Roberto Barroso*, j. 10.11.2022, DJE 10.1.2023; ACO 3.473 MC REF, ACO 3.474 REF TP, ACO 3.475 REF TP, ACO 3.478 MC REF e ACO 3.483 REF TP, *todas da minha relatoria*, j. 8.4.2021, DJE 24.5.2021; ADI 5.035, *Red/Ac. Min. Alexandre de Moraes*, j. 30.11.2017, DJE 29.7.2020; ADI 4.066, *da minha relatoria*, j. 24.8.2017, DJE 7.3.2018; ADI 3.430, *Rel. Min. Ricardo Lewandowski*, j. 12.8.2009, DJE 23.10.2009; RE 657.718, *Red /ac. Min. Roberto Barroso*, j. 22.5.2019, DJE 9.11.2020, Tema 500).

93 . Do arranjo constitucional pode-se inferir, ainda, a legitimidade da Administração para tomar medidas voltadas especialmente à saúde de grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, povos indígenas e usuários de substâncias causadoras de dependência (ADPF 709 MC REF, *Rel. Min. Roberto Barroso*, j. 5.8.2020, DJE 7.10.2020; (RE 855.178-ED, *Red /Ac. Min. Edson Fachin*, j. 23.5.2019, DJE 16.-4.2020, Tema 793). Mais do que uma orientação, tais comandos encerram verdadeiro dever de agir positivamente. A proteção da saúde, adequadamente considerada como norma principiológica, consiste em proposição objetiva, deontológica e teleológica.

94 . O direito fundamental à saúde implica, neste cenário, tanto o agir positivo do Estado, materializado na disponibilidade de prestações normativas e materiais (administrativas), em conformidade com a dotação orçamentária pública, quanto o agir negativo de não ingerência arbitrária na esfera privada das pessoas, assegurando sua integridade física e mental, por exemplo.

95 . Esclarecido o âmbito de proteção do direito à saúde no desenho constitucional, assim como suas características essenciais, é importante, para a controvérsia constitucional em deliberação precisar o significado do direito à saúde das mulheres, consideradas as particularidades que conformam seus processos biológicos e fisiológicos, em especial no campo reprodutivo.

Para tanto, necessária a análise sistemática da Constituição Federal, não bastando a interpretação isolada dos arts. 6º, *caput*, e 196, mas a associação destes com os que integram o desenho institucional da ordem social, que tem como objetivos essenciais o bem-estar e a justiça social, como os arts. 193 e 226, § 7º, sempre partindo do vetor normativo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

96 . Os direitos sexuais e reprodutivos têm como fundamento normativo constitucional imediato *i*) os arts. 196 a 200, que reconhecem a saúde como direito de todos e dever do Estado, *ii*) o art. 200, III, que trata da assistência social prestada a quem dela necessitar, com especial objetivo de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, e *iii*) o art. 226, § 7º, que prescreve o direito ao planejamento familiar, com base na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, como livre decisão do casal, incumbindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Dado o caráter interdependente dos direitos fundamentais, tem-se como fundamento normativo mediato dos direitos sexuais e reprodutivos o direito à igualdade, à intimidade, à liberdade e à vida privada (art. 5º, *caput*, e X, CRFB), cuja essência é associada ao direito ao planejamento familiar. Isso porque, do texto constitucional do art. 226, §7º, infere-se expressamente a propriedade normativa da livre decisão e da não coerção estatal no exercício do direito ao planejamento.

97 . Nessa linha, conclusão distinta da relativa ao reconhecimento dos direitos no campo da sexualidade e da reprodução não se mostra

compatível com a Constituição Federal. **Primeiro**, porque o exercício da sexualidade e da reprodução são elementos constitutivos do direito à saúde. **Segundo**, os conteúdos desde já decididos pelo Poder Constituinte – aquilo que o Poder Constituinte, representante primário do povo soberano, textualmente decidiu retirar da esfera de avaliação e arbítrio do Poder Legislativo, representante secundário do povo soberano – podem ser afirmados, sem necessidade de intermediação política, na medida em que direta e necessariamente extraídos da cláusula constitucional do direito à saúde tomada como princípio. **Terceiro**, o direito ao planejamento familiar densifica expressamente a tutela dos direitos reprodutivos, cuja regulamentação legal se deu com a Lei n. 9.263/1996, com modificação recente introduzida pela Lei n. 14.443/2022.

98 . Na perspectiva internacional, a seu turno, a liberdade reprodutiva é definida como o reconhecimento básico de todas as pessoas decidirem de forma livre e responsável sobre o planejamento familiar, mais especificamente acerca da procriação e da sua liberdade reprodutiva, sem nenhum tipo de discriminação, coação ou violência. Nesse sentido o art. 12 da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, com as explicitações interpretativas posteriores, definidas nos Comentários Gerais n. 19 (1992) e 35 (2017) do Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra Mulher. Igualmente, o art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, e as interpretações consolidadas nos Comentários Gerais n. 14 (2000) e 22 (2016) .

99 . A Lei n. 9.263/1996, responsável por regulamentar o art. § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar (art. 2º), em essência, traduz marco normativo de garantia da liberdade das pessoas na tomada de decisões sobre questões reprodutivas e familiares com base na igualdade, na medida em que restringe distinções discriminatórias com base no gênero. Seguindo esse vetor normativo, a legislação definiu a orientação do planejamento familiar por ações preventivas e educativas, bem como pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (art. 4º).

Somado ao planejamento familiar, a Lei nº 9.263/1996 institui autêntico programa de assistência integral à saúde reprodutiva da mulher, de responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS), durante seu ciclo vital, como a assistência à concepção e contracepção, ao pré-natal, ao parto, ao pós-parto e ao neonato (art. 3º, parágrafo único), dando conta das diversas fases e particularidades da saúde sexual e reprodutiva da mulher.

No campo da contracepção é exemplificativa a regulamentação da esterilização cirúrgica voluntária (arts. 10-22), como avanço da proteção dos direitos reprodutivos da mulher, notadamente na sua liberdade decisória do planejamento familiar. Ponto de desacordos e contestações judiciais estava centrado na exigência da autorização expressa do cônjuge para o procedimento médico. Contudo, em alteração legislativa recente (Lei n. 14.443/2022), foi revogada a necessidade dessa autorização, como medida de fortalecimento da liberdade reprodutiva e da autonomia da mulher na tomada de decisões.

Anteriormente à lei do planejamento familiar, foi significativo o Programa de Atenção Integral de Saúde da Mulher (PAISM), institucionalizado em 2004 pelo Ministério da Saúde como um programa inédito com esse perfil.

100 . O direito à liberdade reprodutiva, relacionado aos preceitos fundamentais do direito saúde e à igualdade, já foi reconhecido por esta Corte em diversos momentos e reafirmado no julgamento da ADPF 54, *Rel. Min. Marco Aurélio*, Tribunal Pleno, DJe 30.04.2013, oportunidade em o Tribunal declarou ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. Na mesma linha argumentativa, de proteção da liberdade reprodutiva, o RE nº 1.058.333 – Tema 973, *Rel. Min. Luiz Fux*, j. 21.11.2018, DJ 27.07.2020 – caso de remarcação de teste de aptidão física a candidata gestante -, cujos fundamentos compartilho na presente justificativa de voto.

Este Supremo Tribunal Federal, ao se defrontar com a pergunta a respeito do âmbito de proteção da liberdade reprodutiva, como uma das dimensões do direito à saúde, definiu, sem qualquer titubeio, que as decisões relacionadas com a capacidade reprodutiva da mulher, inseridas no espaço da liberdade de conformação do planejamento familiar, são protegidas da intervenção estatal injustificada. Isso porque trata-se de decisões que pertencem ao campo da autonomia privada e da intimidade da mulher ou do casal, não cabendo ao Estado interferir, sob pena de configuração de ato de violência institucional.

Para além, definiu este Plenário, na deliberação da ADI 3.150 (*caso Lei de Biossegurança*), que a liberdade reprodutiva alcança desde o direito à informação e à educação em matéria de reprodução até a possibilidade de escolha dos mais diversos métodos de reprodução assistida, a exemplo da fertilização *in vitro* .

101 . A interpretação da Lei n. 9.263/1996 compatível, a meu juízo, com a ordem constitucional, portanto, é aquela que confere máxima eficácia ao art. 226, § 7º, da Carta Republicana, que, ao assegurar o planejamento familiar, demanda do Estado a criação de mecanismos para coibir a coerção no âmbito da liberdade reprodutiva. O Estado somente se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência e coerção quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização do seu fim.

102 . A saúde sexual e reprodutiva no quadro normativo brasileiro, portanto, é resultado de três elementos essenciais, quais sejam: a integridade física e psíquica da mulher, a segurança no acesso dos serviços médicos e a liberdade reprodutiva. Cabendo ao Estado os deveres de proteção consistentes na disponibilização, em igualdade de circunstâncias, de acesso às opções e métodos contraceptivos, serviços e informações adequadas para a tomada de decisão bem informada e livre, bem como qualidade dos procedimentos médicos e medicamentos necessários ao exercício do direito.

Isso significa dizer que os direitos sexuais e reprodutivos são fundados em conceito amplo de saúde da mulher, que incorpora as dimensões de saúde sexual e reprodutiva, incluída nesta última o controle e redução da mortalidade materna e suas causas. Variável indispensável para se compreender a qualidade de vida e o acesso à saúde pública. Como esclarecido pelo Ministério da Saúde, na pessoa da Dra. Maria de Fátima Marinho de Souza, na audiência pública, a mortalidade materna é indicador responsável por demonstrar a medição da suficiência das políticas públicas em matéria de direitos sexuais e reprodutivos.

Pode-se dizer, portanto, com a coordenação das políticas públicas formuladas pelo Programa de Atenção Integral de Saúde da Mulher e pela Lei do Planejamento Familiar, que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres têm alicerce institucional construído em sua defesa e promoção, desde a perspectiva da saúde reprodutiva ampla, que conforma autêntico núcleo de uma justiça social reprodutiva.

Os direitos sexuais e reprodutivos como derivado do desenho constitucional brasileiro constitui a terceira premissa jurídica deste voto.

Dos direitos sexuais e reprodutivos: diálogos com o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

103 . Os principais instrumentos internacionais dos direitos humanos em sua concepção contemporânea, considerada a partir das características da universalidade, indivisibilidade e interdependência, inaugurada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conferem fundamental importância à máxima realização dos direitos das mulheres, tendo avançado no desenvolvimento e especificação do seu conteúdo, no decorrer da história, em especial a partir da década de 1990.

Na argumentação de Flávia Piovesan, revelada a insuficiência da proteção dos direitos humanos nos primeiros instrumentos internacionais, sob a perspectiva da proteção genérica, geral e abstrata, iluminada pela igualdade formal, a vulnerabilidade a que submetidos determinados grupos sociais tornou imperiosa a necessidade de proteção especial e particularizada. Nesse contexto, “ *a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a sua promoção* ”.

104 . No cenário de especificação dos direitos das mulheres, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, promulgada pelo Decreto 89.460, de 20 de março de 1984, substituída pelo Decreto 4.377 de 13.9.2002, representa marco normativo fundamental, ao definir a discriminação como toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objetivo ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, em qualquer campo da sociedade.

Nessa perspectiva da especificação dos direitos, ao considerar a contribuição da mulher não apenas ao bem-estar da família, mas também ao desenvolvimento da sociedade, a maternidade foi reconhecida como fator de diferenciação positiva, a partir de sua função social. Com consequência direta na garantia da não discriminação, notadamente na esfera do emprego, em que devem ser asseguradas condições de igualdade entre homens e mulheres, e em particular “ *o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução* ” (Art. 11). Cabendo aos Estados Partes tomar as medidas necessárias a fim de impedir a discriminação contra a mulher durante a maternidade e assegurar o direito a trabalhar, em particular, no que diz com a “ *proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas* .” (Art. 11, item 2, alínea “d”).

Percebe-se no contexto da Convenção a realocação da maternidade, enquanto processo associado ao gênero feminino, não mais como elemento de exclusão da mulher do mercado de trabalho - antes reservada às atividades de cuidado da casa e da família -, mas como fator de construção do âmbito de proteção dos direitos das mulheres que optam pela maternidade, em condições de igualdade e consideração jurídica. Nesse quadro, chamam-se os Estados-partes ao dever de consagração da igualdade entre os homens e mulheres como princípio constitucional de primeira ordem (art. 2º), em todas as arenas da vida em sociedade (social, econômica, familiar, cultural, política).

105 . Seguindo essa linha normativa e ampliando o âmbito de proteção dos direitos da mulher, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado no Brasil pelo Decreto 591 de 6.7.1992, para além de conceder proteção especial às mães por período razoável antes e depois do parto (art. 12.2), reconheceu o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, nele compreendida uma variedade de fatores socioeconômicos, dentre os quais a alimentação, nutrição, habitação, acesso à água potável e condições sanitárias, meio ambiente saudável, saúde e segurança no trabalho. Verifica-se aqui a consagração expressa do direito à saúde em suas distintas manifestações.

Com o fim de garantir o pleno exercício do direito à saúde, considerados nesse conceito os fatores determinantes básicos e sociais, determina aos Estados partes que assegurem, entre outras, medidas em direção à diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças e a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente (art. 12).

Em outros termos, os deveres de proteção previstos no art. 12, voltados ao campo da mortalidade e da mortalidade infantil, com efeito, inserem-se no campo de especificação do direito à saúde, com particular atenção à dimensão da saúde sexual e reprodutiva da mulher, conforme interpretação posterior consolidada pelos Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU.

Convergindo, o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), adotado em 17 de novembro de 1988 e promulgado pelo Decreto nº 3.321/1999, afirma o

entendimento dos Estados partes de que “ *toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social*”, comprometendo-se a reconhecer a saúde como bem público e adotar, entre outras medidas, a “ *total imunização contra as principais doenças infecciosas*”, a prevenção das doenças endêmicas, a “ *educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde*” e a “ *satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco*”.

106 . Importa assinalar que, com a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, tem-se o primeiro normativo internacional vocacionado à mulher e suas particularidades, uma vez que à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, coube definir a igualdade entre homens e mulheres como um de seus fundamentos, como autêntico vetor normativo do sistema internacional de proteção.

Foi apenas na II Conferência Internacional de Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993, no item 18, que se reconheceram os direitos das mulheres como autênticos direitos humanos:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

107 . Na sequência, e com a preocupação direcionada às formas de discriminação contra a mulher, aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, promulgada no Brasil pelo Decreto 1.973/1996.

A Convenção de Belém do Pará, como conhecida, reconheceu expressamente a violência como fato social que atinge as mulheres indistintamente, constituindo violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao limitar o seu exercício e gozo. Outro importante ponto da Convenção diz respeito à classificação da violência como manifestação das relações desiguais de poder entre homens e mulheres, seja no âmbito doméstico, seja na esfera pública.

Identifica, portanto, a violência baseada no gênero, sendo sua eliminação condição indispensável para assegurar o pleno desenvolvimento individual e social da mulher. Ao classificar a violência contra a mulher, o normativo incluiu em seu suporte fático a violência física, sexual e psicológica ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, abrangendo também outras formas, como o estupro, abuso sexual, assédio sexual no trabalho e em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local (art. 2º).

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção igualitária dos direitos das mulheres ganhou densidade normativa na Convenção de Belém do Pará, com a explicitação de rol enumerativo dos direitos protegidos, quais sejam: a) a que se respeite sua vida; b) a que se respeite sua integridade física, mental e moral; c) à liberdade e à segurança pessoais; d) a não ser submetida a tortura; e) a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família; f) a igual proteção perante a lei e da lei; g) ao acesso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos; h) de livre associação; i) à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e j) a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões (art. 4º).

Tais tratados internacionais dedicaram-se a assegurar o bem-estar da mulher à luz de suas específicas condições de gênero.

108 . Indispensável retomar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a qual prevê, em seu artigo 12, que

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.

Ao interpretar mencionado artigo, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres ressaltou a relevância de fatores sociais, e não apenas biológicos, que afetam desproporcionalmente a vida das mulheres, com ênfase na vulnerabilidade econômica, status migratório e condições relacionadas a idade, etnia e incapacidade física ou mental.

Nessa toada, na linha de interpretação do alcance da discriminação contra a mulher na dimensão da sua liberdade sexual e reprodutiva, apontou o caráter discriminatório da recusa à prestação de serviços de saúde reprodutiva em decorrência de objeção de consciência, na hipótese de não serem adotadas medidas efetivas para o encaminhamento das mulheres a outros prestadores de serviços de saúde. Enfatizou o impacto desproporcional da ofensa, pelos prestadores de saúde, do dever de confidencialidade, devendo os Estados impor sanções a pessoas que infringirem os direitos de privacidade e intimidade das mulheres. Acentuou o caráter discriminatório de leis que penalizam procedimentos médicos exclusivamente necessários às mulheres, e as elevadas taxas mundiais de mortalidade e morbidade materna, sobretudo pela ausência de acesso a serviços pré-natais, de maternidade e pós-natais, bem como a dificuldade de acesso a métodos contraceptivos e outras formas de planejamento familiar.

109 . No cenário normativo internacional de proteção dos direitos humanos, em especial das mulheres, indispensável citar a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994, que estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes aos direitos sexuais e reprodutivos, os quais foram reconhecidos por 184 estados, incluído o Brasil, como direitos humanos. Em particular, o princípio 4º estabeleceu a fundamentalidade de promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra mulher e garantir o controle sobre a própria fecundidade.

Indisputável que, a partir da Conferência do Cairo de 1994, a plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões de gênero, passam a ser objetivos prioritários da comunidade internacional. O direito individual e a responsabilidade social da mulher de decidir sobre o exercício da maternidade passaram a ser expressamente reconhecidos, assim como o direito à informação e o acesso aos serviços e procedimentos para exercer seus direitos e responsabilidade reprodutiva.

A Conferência do Cairo, portanto, representou marco normativo fundamental no cenário internacional quanto aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e à afirmação da sua autonomia privada, exigindo

para tanto amplas ações e políticas públicas de saúde reprodutiva, assim como reconhecendo a responsabilidade masculina na procriação e na contracepção, abordagem do tema tão negligenciada.

Nesse sentido, o Plano de Ação do Cairo dedicou dois capítulos específicos para as questões relativas aos direitos reprodutivos e à saúde reprodutiva da mulher, incluída a saúde sexual (capítulo VII) e a saúde, morbidade e mortalidade (Capítulo VIII). O capítulo VII, para o ponto aqui em deliberação, apresenta-se como o mais relevante do Plano de Ação do Cairo, dado que explicita preocupação com a saúde reprodutiva, desde o cuidado na gestação, no parto, no tratamento da infertilidade, no acesso aos serviços e informações sobre os métodos contraceptivos e no acesso à interrupção voluntária da gravidez em conformidade com o parágrafo 8.25. Importa mencionar também a associação entre a saúde reprodutiva e a paternidade responsável.

Com relação sobretudo à interrupção voluntária da gravidez, o Plano de Ação do Cairo, no capítulo VIII, parágrafo 8.25, expressou:

8.25. Em nenhum caso se deve promover o aborto como método de planejamento familiar. Insta-se a todos os governos e às organizações intergovernamentais e não-governamentais a incrementar seu compromisso com a saúde da mulher, a ocupar-se dos efeitos que os abortos realizados em condições não adequadas tem na saúde das mulheres como um importante problema de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação da família. As mulheres que têm uma gravidez indesejada devem ter fácil acesso à informação fidedigna e a assessoramento compreensivo. Se deve assegurar sempre máxima prioridade à prevenção das gravidezes indesejadas e fazer todo o possível para eliminar a necessidade do aborto. (...). Em casos em que o aborto não é contrário à lei, os abortos devem ser realizados em condições adequadas. Em todos os casos, as mulheres deveriam ter acesso a serviços de qualidade para tratar as complicações derivadas de aborto.

110 . Tais direitos e responsabilidades foram reafirmados e fortalecidos em 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, o Desenvolvimento e a Paz, conhecida como Conferência de Pequim, que incorporou as agendas da Conferência de Direitos Humanos (1993), da População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), avançando e consolidando o reconhecimento dos direitos reprodutivos da

mulher, com expressa orientação de revisão das legislações punitivas em relação ao aborto, haja vista o correto enquadramento como questão de saúde pública.

Quanto ao ponto, destaco o parágrafo 96, abaixo reproduzido, que adota, como premissa do direito à saúde reprodutiva da mulher, a dimensão da sua autonomia e liberdade, ao afastar os elementos da coerção, da discriminação e da violência em seus processos decisórios de vida:

seu direito a ter controle sobre as questões relativas a sua sexualidade, incluída a saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente a respeito dessas questões, sem ver-se sujeita à coerção, à discriminação e à violência. As relações igualitárias entre homens e mulheres a respeito das relações sexuais e da reprodução, incluído o pleno respeito à integridade da pessoa, exigem o respeito e o consentimento recíprocos e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade pelas consequências do comportamento sexual.

A interrupção voluntária da gravidez foi ainda objeto de consideração nos parágrafos 97 e 106 K do referido Plano de Ação de Pequim (Beijing), quando do tratamento das medidas pertinentes à consecução do objetivo estratégico referente à promoção da saúde do acesso da mulher durante toda sua vida a serviços de atendimento à saúde, à informação e conexos adequados, de baixo custo e boa qualidade, como se infere abaixo:

Parágrafo 97 (...) O aborto em condições perigosas põe em perigo a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos (...).

Parágrafo 106 K. À luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que reza: (...) considerar a possibilidade de rever as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais;

111 . Posteriormente, os 193 Estados membros da ONU, incluindo o Brasil, comprometeram-se a adotar a chamada Agenda 2030, que engloba os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais consistem em plano de ação global para eliminar a pobreza extrema e a fome, oferecer

educação de qualidade ao longo da vida para todos, proteger o planeta e promover sociedades pacíficas e inclusivas até 2030. Como parte integrante do ODS 5, destaco a meta 5.6, de seguinte teor:

Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão.

112 . Embora a redação empregada nas Conferência de Direitos Humanos (1993), da População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), e nos Programas de Ação adotados, ao final de cada, revele a tessitura aberta e o caráter principiológico da maior parte das suas disposições, não se pode desconsiderar que as Declarações e Plataformas de Ação firmadas pelos Estados estabelecem as linhas mestras para nortear a elaboração da legislação doméstica sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, resultando, da sua adoção, o compromisso dos Estados parte de orientar a política doméstica no sentido de que sejam alcançadas as finalidades e objetivos ali consagrados. Isso porque as Conferências Internacionais codificam consensos e princípios básicos, no caso quanto aos direitos reprodutivos das mulheres, em processo incremental da interpretação dos Tratados Internacionais na matéria.

113 . Com a Conferência de Cairo de 1994 e de Pequim em 1995, e seus correlatos Programas de Ação, os problemas relacionados ao direito à saúde sexual e reprodutiva foram descortinados e receberam as luzes relevadoras da realidade social subjacente, marcada por profundas deficiências, discriminações e inacessibilidades. Ainda, por consenso entre os Estados, de forma inequívoca, foram definidos tais problemas como de saúde pública.

114 . Foi seguindo esse vetor normativo e interpretativo de tutela dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que o art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), sobre o direito à saúde em seu mais alto nível, foi objeto de deliberações interpretativas pelo Comitê de Tratados de Direitos Humanos da ONU - em particular o Comitê de Direitos Econômicos, Culturais Sociais e Culturais) -, com o objetivo de desenvolver o conteúdo normativo do direito à saúde sexual e reprodutiva, uma vez que, quando da aprovação do pacto em 1966, não havia consensos em torno da matéria.

Como resultado foram aprovados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU o Comentário Geral n. 14 (direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde), em agosto de 2000, e o Comentário Geral n. 22 (art. 12: sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva), em março de 2016. Este último circunscrito à explicitação da composição do direito à saúde previsto no art. 12, assim como em outros instrumentos de direito humanos, a partir do somatório do direito à saúde sexual e reprodutiva.

115 . Observação importante a ser feita, no ponto, diz com a necessária diferenciação entre saúde sexual e saúde reprodutiva. Isso porque na prática social, e mesmo na normativa e jurídica, é comum a associação da saúde sexual ao âmbito de proteção da saúde reprodutiva. No entanto, essa prática representou indevida marginalização política e normativa da saúde sexual nos programas e políticas, porquanto se centram no aspecto da reprodução humana. Vácuo normativo que ensejou o incremento da discriminação e desigualdade a essa dimensão do direito à saúde, com impacto desproporcional nos grupos sociais vulnerabilizados. Por isso, a retomada da inserção do direito à saúde sexual como dimensão autônoma, embora interdependente da saúde reprodutiva.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, saúde sexual é *“um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social relacionado à sexualidade; não se refere à mera ausência de doenças, disfunções ou enfermidades”*, e está relacionado à identidade de gênero, conforme os princípios de Yogyakarta. A saúde reprodutiva, por sua vez, segundo o Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo, relaciona-se *“ à capacidade de reproduzir-se e à liberdade de adotar decisões informadas, livres e responsáveis, sobre seu comportamento reprodutivo.”*

116 . A definição e o alcance do direito à saúde sexual e reprodutiva como partes integrantes do direito de todos ao gozo e exercício do mais alto nível possível de saúde física e mental foi abordado, ainda que parcialmente, no aludido Comentário Geral n. 14 (2000). Entretanto, devido à continuidade das graves violações a este direito, entendeu-se pela premência em se aprovar novo Comentário, dedicado ao tema e suas especificidades.

Assim, o Comentário Geral n. 22 (2016), ao desenvolver o conteúdo normativo do direito à saúde sexual e reprodutiva, esclareceu os elementos que o constituem, que devem ser observados no desenho das políticas

públicas prestacionais de saúde, de forma conjunta e relacional, quais sejam: *i*) disponibilidade, *ii*) acessibilidade, *iii*) aceitabilidade e *iv*) qualidade.

A disponibilidade diz respeito à oferta de estruturas físicas, bens, programas e serviços de saúde sexual e reprodutiva adequados e suficientes para a população, que observa os fatores básico e sociais determinantes de saúde. A disponibilidade constitui a face eminentemente prestacional do direito à saúde sexual e reprodutiva, ao exigir o aparelhamento dos estabelecimentos de saúde com a oferta dos programas, bens e serviços essenciais. O que significa disponibilizar medicamentos seguros e eficazes na contracepção preventiva e de emergência, medicamentos para assistência nos casos de aborto, com o cuidado posterior, remédios para a prevenção e tratamento de infecções transmitidas sexualmente. Inclui-se também o oferecimento de procedimentos médicos relacionados à esterilização cirúrgica, à emergência obstétrica, ao aborto seguro e ao planejamento familiar.

A concepção de disponibilidade, associada ao direito de não discriminação e de liberdade, não abarca a recusa de prestação de serviços ou bens, por motivos de objeção de consciência, quando presente contexto de emergência ou insuficiência de corpo profissional médico. Por isso, é dever dos estabelecimentos médicos formar corpo de profissionais heterogêneo, a fim de tutelar o direito à saúde, sem prejuízo da liberdade de consciência, mediada com as restrições inerentes ao cumprimento dos deveres e da ética médica.

Ao lado da disponibilidade, o elemento da acessibilidade atua como fator de promoção da igualdade de acesso por todos aos bens, serviços, programas e estabelecimentos, indistintamente. Para tanto, há que se pensar, de um lado, na remoção e superação dos obstáculos físicos, sociais e culturais que impedem a entrada das políticas de saúde nas zonas rurais, remotas ou afastadas dos grandes centros urbanos (acessibilidade física). Custos desproporcionais e dificuldades de acesso físico ou geográfico não podem representar autênticos obstáculos ao acesso aos cuidados de saúde. De outro lado, requer medidas positivas de financiamento público ou privado do sistema de saúde, a fim de proporcionar os serviços, bens e programas de saúde, com base na igualdade econômica (modicidade). Assim como medidas de difusão das informações que estruturam o direito à saúde sexual e reprodutiva. Essa face da acessibilidade da informação relaciona-se diretamente com o direito à educação e o caráter preventivo das políticas públicas dessa natureza.

O elemento da aceitabilidade, bem vistas as coisas, dialoga muito com o da acessibilidade, por exigir tratamento não discriminatório às pessoas. Desse modo, não compete aos estabelecimentos ou profissionais levar em consideração questões de gênero, idade, raça, religião ou outras na prestação dos serviços essenciais de saúde sexual e reprodutiva.

O quarto elemento constitutivo do conteúdo normativo do direito à saúde sexual e reprodutiva concerne à qualidade exigida do sistema de saúde a fim de que seja proporcionada à população serviços, bens e programas eficazes, de acordo com as evidências científicas e inovações tecnológicas, as quais devem ser periodicamente atualizadas para incorporar os avanços médicos.

117 . Relacionada aos elementos normativos das obrigações do Estado em garantir o direito à saúde sexual e reprodutiva, é a referência expressa ao oferecimento de medicamentos para a interrupção voluntária da gravidez, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde para melhorar e prover a segurança a esse tipo de procedimento médico. Nesse sentido, o parágrafo 28 do Comentário Geral n. 22:

28. (...) A fim de reduzir as taxas de mortalidade e morbidade maternas é necessário o cuidado obstetrício de urgência e assistência qualificada nos partos, particularmente nas zonas rurais e distantes, e medidas de prevenção dos abortos em condições de risco. A prevenção de gravidez não desejada e aborto em condições de risco requerem que os Estados: adotem medidas legais e políticas para garantir a todas as pessoas o acesso a contraceptivos seguros e eficazes e uma educação integral sobre a sexualidade, em particular para os adolescentes; liberalizem as leis restritivas do aborto; garantam o acesso das mulheres e meninas a serviços de aborto sem risco e assistência de saúde; e respeitem o direito das mulheres de adotar decisões autônomas sobre a sua saúde sexual e reprodutiva.

Sobre as obrigações jurídicas gerais e específicas assumidas pelos Estados Partes, no contexto do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comentário Geral n. 22 prescreve que, não obstante se deva observar o orçamento público de cada qual, deve-se, antes, reformar políticas – legislativas e administrativas - que prejudiquem ou anulem a

capacidade das pessoas e grupos determinados para fazer efetivo seu direito à saúde sexual e reprodutiva, a exemplo da penalização do aborto ou as leis restritivas a respeito.

Evidenciam-se, dentre as obrigações básicas previstas, as catalogadas no parágrafo 49 do Comentário Geral n. 22, abaixo relacionadas:

49. Os Estados Partes têm a obrigação básica de assegurar, pelo menos, a satisfação dos níveis mínimos essenciais do direito à saúde sexual e reprodutiva. Deste modo, os Estados Partes devem ser guiados por instrumentos e jurisprudência contemporâneos em matéria de direitos humanos, bem como pelas diretrizes e protocolos internacionais mais recentes estabelecidos pelas agências das Nações Unidas, em particular a OMS e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA). As obrigações básicas são, pelo menos, as seguintes:

a) Revogar ou eliminar leis, políticas e práticas que penalizem, dificultem ou prejudiquem o acesso de pessoas ou de determinados grupos a estabelecimentos, serviços, bens e informações sobre saúde sexual e reprodutiva;

b) Aprovar e implementar uma estratégia nacional e um plano de ação, com alocação orçamentária suficiente, sobre saúde sexual e reprodutiva, elaborados e periodicamente revisados e supervisionados por meio de um processo participativo e transparente, e desagregados por motivos proibidos de discriminação;

c) Garantir o acesso universal e equitativo a serviços, bens e instalações acessíveis, aceitáveis e de qualidade para a saúde sexual e reprodutiva, particularmente para mulheres e grupos desfavorecidos e marginalizados;

d) Promulgar e aplicar uma lei que proíba as práticas nocivas e a violência baseada no gênero, incluindo mutilação genital feminina, casamento infantil e forçado e violência doméstica e sexual, inclusive estupro conjugal; além de, ao mesmo tempo, assegurar a privacidade, confidencialidade e adoção livre, informada e responsável de decisões, sem coerção, discriminação ou medo da violência, em relação às necessidades e comportamentos sexuais e reprodutivos das pessoas;

e) Adotar medidas para prevenir abortos em condições de risco e fornecer assistência e ajuda psicológica após o aborto para quem necessitar;

f) Assegurar que todos os indivíduos e grupos tenham acesso a educação abrangente e informação sobre saúde sexual e reprodutiva que seja não-discriminatória, nem imparcial, que tenham uma base empírica, e que leve em consideração as capacidades de desenvolvimento de crianças e adolescentes;

g) Fornecer medicamentos, equipamentos e tecnologias essenciais para a saúde sexual e reprodutiva, em particular com base na Lista de Medicamentos Essenciais da OMS40;

h) Garantir o acesso a remédios e reparações eficazes e transparentes, inclusive os administrativos e judiciais, por violações do direito à saúde sexual e reprodutiva.

118 . Em termos de sistema internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres, relembro, ainda, que, em 2018, ocasião em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos completou 70 anos, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas publicou novo Comentário Geral, em substituição aos Comentários Gerais n. 6 (1982) e 14 (1985), versando sobre o direito à vida e atualizando a interpretação do conteúdo das obrigações assumidas pelos Estados partes quando da ratificação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Segundo o Comentário Geral n. 36 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, embora os Estados Partes possam adotar medidas destinadas a regular a interrupção voluntária da gravidez, tais medidas não podem resultar em violação do direito à vida das mulheres e meninas grávidas, ou dos seus outros direitos à luz do Pacto. **As restrições à possibilidade de recurso ao aborto não podem, por exemplo, colocar em risco suas vidas, sujeitá-las a dor ou sofrimento físico ou mental, discriminá-las ou interferir arbitrariamente na sua vida privada.** Assim, segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU, os Estados Partes devem proporcionar um acesso seguro, legal e eficaz ao aborto sempre que esteja em risco a vida e saúde da mulher ou menina, ou nos casos em que levar a gravidez até ao seu termo comporte dor ou sofrimento substancial, devendo garantir que as mulheres e meninas não tenham de recorrer a abortos inseguros e rever a sua legislação sobre o aborto nesta conformidade.

O Comitê foi taxativo no sentido de que os Estados Partes **não** devem aplicar sanções penais às mulheres e meninas que recorrem ao aborto ou aos profissionais da área médica que lhes prestam assistência para o efeito, uma vez que a adoção de tais medidas as obriga a recorrerem ao aborto inseguro.

Assim, ao interpretar as obrigações já assumidas internacionalmente pelo Estado Brasileiro no que tange ao direito à vida (art. 6º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos), **o Comitê determina que os Estados Partes devem eliminar as barreiras existentes ao efetivo acesso ao aborto legal e seguro, incluindo barreiras resultantes do exercício da objeção**

de consciência por profissionais da área da saúde, cabendo-lhes também proteger eficazmente as vidas das mulheres contra os riscos para a saúde mental e física associados aos abortos inseguros e a prevenir a estigmatização das mulheres e meninas que recorrem ao aborto, sempre observando a confidencialidade inerente à matéria.

119. No âmbito regional de proteção dos Direitos Humanos, cumpre assinalar o Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento, resultado do encontro ocorrido em 2013 no qual os representantes oficiais de 38 países membros e associados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) das Nações Unidas, preocupados com as elevadas taxas de mortalidade materna, em grande medida devida à dificuldade para acessar serviços adequados de saúde sexual e reprodutiva e à realização de abortos inseguros, decidiram incluir mais de 120 medidas sobre oito temas identificados como prioritários para dar seguimento ao Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (Cairo, 1994).

Cientes das experiências na região, que mostram a influência da criminalização do aborto no aumento das taxas de mortalidade e morbidade maternas, sem impacto na redução do número de abortos, os Estados acordaram revisar a legislação, as normas e as práticas restritivas do acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, bem como eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, instando-se os Estados a considerar a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos.

Nesse sentido, importa sublinhar as medidas específicas acordadas no tema prioritário relacionado ao acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, que dizem respeito à interrupção voluntária da gravidez, conforme abaixo identificadas:

40. Eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, incorporando no conjunto de prestações integrais dos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva medidas para prevenir e evitar o aborto inseguro, que incluam a educação em saúde sexual e saúde reprodutiva, o acesso a métodos contraceptivos modernos e eficazes e o assessoramento e atenção integral frente à gravidez não

desejada e não aceita, bem como a atenção integral depois do aborto, quando necessário, com base da estratégia de redução de risco e danos;

41. Promover programas de prevenção e de autocuidado em saúde sexual e saúde reprodutiva dos homens;

42. Assegurar, nos casos em que o aborto é legal ou não está penalizado na legislação nacional, a existência de serviços de aborto seguros e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita e instar aos demais Estados a considerar a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos;

43. Assegurar o acesso efetivo de todas as mulheres à atenção integral em saúde no processo reprodutivo, especificamente a atenção obstétrica humanizada, qualificada, institucional e de qualidade, e a serviços ótimos de saúde da mulher durante a gravidez, parto e puerpério, assim como a serviços que integrem a interrupção da gravidez nos casos previstos pela lei e garantir o acesso universal a técnicas de fertilização assistida;

44. Garantir o acesso efetivo a uma ampla gama de métodos contraceptivos modernos, baseados em evidência científica com pertinência cultural, incluindo a contracepção oral de emergência;

45. Formular planos para fortalecer os mecanismos de detecção de alterações da gravidez, incluindo a preconcepção, elevar a qualidade de atenção pré-natal com enfoque intercultural, garantir a provisão de sangue seguro para a atenção da gravidez, parto e puerpério e melhorar a atenção humanizada do parto e do nascimento e os cuidados perinatais integrais, levando em conta as necessidades das mulheres, crianças e das famílias;

46. Garantir uma dotação suficiente de recursos financeiros, humanos e tecnológicos para oferecer um acesso universal à saúde sexual e à saúde reprodutiva de todos e todas, incluindo homens, mulheres, adolescentes, jovens, idosos e pessoas com deficiência, sem discriminação.

120 . Da análise e interpretação dos princípios do direito internacional de proteção dos direitos humanos, **infer-se a categorização dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como parte integral dos direitos humanos** , sendo seu exercício essencial para o gozo de outros direitos humanos e para alcançar as metas internacionais de desenvolvimento e de eliminação da pobreza, bem como para maior equidade e universalização do acesso à saúde reprodutiva, de modo a evitar a mortalidade materna.

121 . O exame da normativa internacional demonstra que os direitos sexuais e reprodutivos são fruto do reconhecimento da autoridade moral e da capacidade que toda pessoa, em particular a mulher, possui de **construir sua esfera reprodutiva** . Cabendo, portanto, ao ser humano, à mulher, a decisão a respeito das questões no campo da reprodução e da sexualidade, desde sua ética pessoal.

122 . Ao assinar e ratificar os Tratados Internacionais acima elencados, assim como aprovar os Planos de Ação derivados das Conferências do Cairo e de Pequim, o Estado brasileiro comprometeu-se, é o que exsurge da leitura dos textos normativos e interpretativos internacionais, a tomar medidas legislativas ou executivas adequadas aos fins estabelecidos, quais sejam: **promover e proteger os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e adolescentes, a partir da perspectiva da saúde pública** .

Dimensão do problema que insta o Estado a reformar a legislação restritiva de criminalização da mulher por condutas e decisões respeitantes a sua liberdade reprodutiva. Por isso, a exortação feita na normativa internacional no sentido da reforma das leis que empreguem a tutela penal punitiva para a interrupção voluntária da gestação, como demonstrado acima.

123 . Não me alinho à definição normativa em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados sobre direitos humanos a ela incorporados, acrescido do atributo da supralegalidade frente aos demais tratados internacionais. Não obstante, compartilho da interpretação no sentido da natureza constitucional desses, a partir de interpretação sistemática e orgânica dos arts. 4º, II, e 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental. Certo que, no caso presente, em observância à autoridade normativa do precedente definido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343 (caso depositário infiel), incide o controle da supralegalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, com limitação expressa ao conteúdo da atividade legislativa, incluído o juízo de recepção das normas anteriores à Constituição de 1988.

Portanto, em face da manifesta natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos, assim como da derivada jurisprudência, mostra-se consistente solução jurisdicional que atribua força normativa aos princípios e normas internacionais de direitos humanos, alcançado, inclusive, os Programas de Ação e Declarações firmadas pelos Estados partes nas Conferências de Cairo. A despeito desses últimos não consubstanciarem tratados multilaterais, derivam do consenso dos Estados

membros, tanto que os princípios e objetivos formulados nas referidas Conferências foram adotados nos Comentários Gerais n. 14 e 22 do art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

Não por outra razão, com a consolidação desse arcabouço conceitual e normativo em matéria de direito à saúde sexual e reprodutiva, as normas e a jurisprudência internacionais e regionais de direitos humanos sofreram incremento gradual e consistente em direção à plena efetivação do direito à saúde sexual e reprodutiva, no campo da saúde pública, com as implicações lógicas na densificação dos outros direitos humanos relacionados.

De acordo com o arcabouço normativo e principiológico do direito internacional dos direitos das mulheres, compete ao Estado brasileiro a adoção de medidas institucionais vocacionadas à construção de um sistema de justiça social reprodutiva baseado em quatro elementos essenciais: disponibilidade, acessibilidade (física, modicidade e informacional), aceitabilidade e qualidade.

Dos direitos fundamentais aos deveres de proteção: construindo o sistema da justiça social reprodutiva

124 . Considerando os objetivos da ordem social constitucional, que são o bem-estar e a justiça social, fica claro que, no contexto dos direitos reprodutivos tal como estabelecido nos textos constitucionais, internacionais e legais, o perfil instrumental de acesso a esses direitos, que equivale à dimensão prestacional do direito à saúde, é fundamental, sob pena de construirmos um Estado Constitucional simbólico e de referência ilusória.

Como afirmado, os direitos reprodutivos, assim como os sexuais, possuem vertentes híbridas, de respeito à integridade, pela não ingerência, mas também de promoção positiva. Por isso, imprescindível a conjugação de políticas públicas em uma estrutura de justiça social reprodutiva, como fórmula institucional de capacitação subjetiva das mulheres aos direitos reprodutivos, por meio de políticas adequadas, muitas das quais já constitutivas do Sistema Único de Saúde, como a Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher.

Nesse contexto, o sistema de justiça social reprodutiva decorre da premissa da proteção à saúde pública em matéria de direitos à saúde sexual e reprodutiva da mulher, considerada sua liberdade na construção do

projeto de vida digna que lhe pareça coerente. Sistema, pois, edificado na oferta acessível, de qualidade dos bens, programas, serviços e estabelecimentos de saúde que promovem a tutela preventiva informacional e educacional a respeito da sexualidade e da reprodução. Associada à disponibilização e qualidade dos medicamentos e procedimentos médicos necessários à formulação do planejamento familiar, como os métodos contraceptivos e o aborto legal, em conformidade com a liberdade e a autonomia da mulher.

125 . Nada obstante o desenho nuclear da justiça social reprodutiva com políticas públicas consistentes e eficazes, certo é que obstáculos das mais variadas ordens contribuem para a debilidade no exercício dos direitos reprodutivos das mulheres e no acesso a serviços de saúde de qualidade. Realidade que afeta de forma mais gravosa as mulheres vulneráveis, da perspectiva social e econômica.

Nessa toada, inferem-se falhas estruturais na acessibilidade das mulheres à informação, à educação, aos serviços de atendimento de saúde, aos procedimentos médicos seguros e medicamentos, relacionados à saúde sexual e reprodutiva. Falhas que se identificam, bem vistas as coisas, com as determinantes sociais do direito à saúde, tal como identificadas no art. 3º da Lei n. 8.080/1990. Afinal, o fomento e a realização do direito à saúde necessariamente relacionam-se a outros direitos e à satisfação das condicionantes sociais. Quanto mais desigualdade, mais inadimplemento constitucional.

126 . Ao lado da limitação circunstancial das políticas públicas, há o problema da gravidez indesejada, que não tem como ser evitada em sua totalidade, seja pela falta de acesso das mulheres ao sistema de saúde reprodutiva preventiva, em especial às pertencentes ao quadro socioeconômico vulnerável, como sobredito, seja pela falibilidade dos métodos contraceptivos, mesmo os mais modernos, ou ainda as situações de violência sexual a que as mulheres são submetidas.

A vida não é cartesiana e não se submete à lógica matemática indispensável ao resultado almejado, as falibilidades são inerentes ao agir humano e seu cotidiano, como ao agir científico, embora com percentuais controlados e reduzidos.

Considerado esse fator ineliminável da vida humana, a falibilidade, fica claro que a falha no planejamento, ou no uso dos medicamentos e procedimentos seguros de contracepção, não pode, por si só, ensejar a

responsabilização criminal da mulher. A falha na contracepção, repito, é fenômeno completamente alheio ao controle da mulher. Ao assim exigir e regulamentar a conduta, impõe-se responsabilidade com restrição excessiva e desmedida sobre a mulher, visto que não está a seu alcance a segurança dos medicamentos ou procedimentos contraceptivos.

127. A resposta, no marco da justiça social reprodutiva, ao fato comum da vida reprodutiva das mulheres, a gravidez indesejada, deve respeitar os seus direitos fundamentais, incluído o direito à proteção da sua saúde reprodutiva. Dito de outro modo, o objetivo pretendido no sistema de justiça social reprodutiva é evitar o índice de gestação não desejada. No entanto, uma vez ocorrendo a gravidez, deve-se disponibilizar medicamentos e procedimentos seguros à saúde reprodutiva da mulher e seus direitos fundamentais, considerada a natureza sanitária da questão.

128 . Nesse marco, cumpre-se colocar em debate o acesso à interrupção voluntária da gestação como uma das respostas adequadas no sistema da justiça reprodutiva, ao lado das demais dimensões preventivas e reparatórias.

Como demonstrado, a partir da deliberação pública havida na audiência pública e nos memoriais juntados ao processo, a **ética médica**, representada nas manifestações do Ministério da Saúde, da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, da Academia Nacional de Medicina, da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, do Conselho Federal de Psicologia, do Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto, é **convergente** em classificar o aborto como um problema de saúde pública das mulheres, **notadamente considerando que o aborto inseguro é uma das quatro causas diretas da mortalidade materna.**

Isso porque a interrupção voluntária da gravidez, sem dúvida, tem consequências normativas diretas no âmbito de proteção do direito fundamental à saúde, que abarca, para além das concepções biológicas, bioquímicas e fisiológicas naturais, o bem-estar integral da mulher, tanto em termos físicos quanto psíquicos, o que naturalmente inclui a faceta da vida sexual e reprodutiva satisfatória, com o adequado controle da fecundidade e do planejamento familiar.

129 . O raciocínio da saúde reprodutiva engloba, nesse quadro, a supressão da mortalidade por aborto inseguro. E a mortalidade por aborto inseguro sem dúvida não se justifica em uma sociedade com o avanço

tecnológico e da medicina, como a brasileira, que tem condições de disponibilizar de forma segura o procedimento do aborto, como método de proteção da saúde da mulher.

130 . Como afirmado na audiência pública, o aborto ilegal surge da consciência de que a fecundidade não controlada representa um obstáculo na integração da mulher na sociedade política, econômica e social. Desse modo, a inacessibilidade das políticas públicas de saúde reprodutiva adequadas às comunidades mais vulneráveis, somada à insuficiência dos métodos contraceptivos, apresenta o aborto ilegal como único procedimento efetivo de controle da fecundidade.

No entanto, a ilegalidade desse procedimento médico provoca a insegurança à qual a mulher é exposta, mais uma vez, frente às falhas estatais. Não por outro motivo, o aborto inseguro consta como uma das principais causas de impacto no delineamento sanitário do quadro da mortalidade materna, como atestam as estatísticas apresentadas na audiência pública, em particular pelo Ministério da Saúde.

Prosseguindo, as internações por complicações do aborto no SUS apresentam importante dimensão em meio à totalidade de causas de internação. Levando-se em conta os riscos e as consequências do aborto ilegal e inseguro, bem como suas complicações, outra conclusão não se apresenta como racional: trata-se de grave problema de saúde pública, que afeta principalmente as mulheres mais jovens do país, para além do recorte da interseccionalidade entre aborto e raça.

131 . O enfrentamento do aborto inseguro passa, necessariamente, pelo planejamento familiar responsável, a partir do controle reprodutivo saudável e seguro. Posto isso, a implantação e expansão da oferta de métodos anticoncepcionais no SUS, e o aumento do acesso devem ser vistos como importantes medidas de prevenção ao aborto e, nesse sentido, urgentes.

Em suma: a ausência de conhecimento sobre a saúde sexual e reprodutiva, a inacessibilidade aos métodos contraceptivos e à orientação em termos de planejamento familiar, incrementam os números da gravidez indesejada e, potencialmente, do recurso ao aborto clandestino e inseguro, como meio de resolução dos dilemas existenciais enfrentados pela mulher que se encontra nessa situação, que pode decorrer de uma fecundidade

irresponsável (por parte do homem, inclusive) ou mesmo da falha da contracepção. Trata-se de ciclo vicioso e com impacto proeminente sobre a mulher.

A Organização Mundial da Saúde – OMS, com dados sólidos coletados da observação dos resultados apresentados pelos mais distintos países da região da América Latina e do Caribe, corrobora esse argumento. Nessa linha argumentativa, também, as evidências apresentadas pela *International Women's Health Coalition*, organização com status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da ONU e com atuação oficial junto à OMS, cujos dados foram debatidos na audiência pública para infirmar a legitimidade da política criminal. Para ilustrar, trago a seguinte passagem da exposição:

Em verdade, em diferentes países em que o aborto foi descriminalizado, observou-se, com o passar dos anos, uma redução do número de procedimentos realizados, associado a um contexto de ampliação do uso de métodos contraceptivos. A Romênia é um exemplo significativo. De 1965 até 1989 perduraram consideráveis restrições ao aborto no final de 1989, com o fim da ditadura, a lei antiaborto foi derrubada e após o esperado número de abortos seguros e legais registrados no primeiro ano – afinal, antes a possibilidade de realizar o procedimento de maneira legal e segura, com o registro da sua ocorrência, era bastante restrita – o número de abortos observado diminuiu vertiginosamente em todos os anos subsequentes.

Entre 1990 e 2010, a taxa de abortos reduziu 94%. Além disso, o número médio de abortos que uma mulher teria ao longo de sua vida caiu de 3,4 a cada em 1993, para 0,8 em 2004. (...) **O que observou-se, pois, não foi um aumento indiscriminado do número de abortos estimulado pela descriminalização, mas uma queda do mesmo, aliado a um aumento das políticas de planejamento familiar e do uso de contraceptivos, além de vertiginosa queda da mortalidade materna.**

Tendência semelhante tem sido observada em Portugal. Após a legalização do aborto em 2007, e do aumento esperado nos primeiros anos em relação a 2008, o número de abortos vem diminuindo desde 2012. (...) Ressalte-se, ainda, que cerca de 94,5% das mulheres que realizaram a interrupção voluntária por opção escolheram posteriormente um método de contracepção.

(...)

Na África do Sul, por exemplo, pesquisas revelaram uma queda vertiginosa no número de mortes maternas relacionadas ao aborto após a aprovação do *Choice on Termination of Pregnancy Act* em

1996, que permitiu a interrupção da gravidez por demanda da mulher durante o primeiro trimestre, sem **restrições, e, nos trimestres seguintes, em casos determinados. Alguns estudos apontam que o número de mortes relacionadas ao aborto inseguro reduziu em até 91%.** *(original sem destaques)*

132 . É partindo dessa realidade da saúde pública, que, outra vez, reafirmo. A proteção integral à saúde reprodutiva das mulheres não se restringe apenas ao campo da política educacional e de prevenção, com acesso ao planejamento familiar, facilitando as gestações esperadas. Trata-se, com efeito, do pilar estruturante da **justiça social reprodutiva** . Mas não é suficiente. A tutela integral e efetiva do direito à saúde das mulheres, incluída sua saúde reprodutiva, abarca também o direito ao procedimento seguro da interrupção voluntária da gestação, em seu estágio inicial, como medida precisa para a redução da mortalidade materna.

Melhor explicando, ao campo da justiça social reprodutiva, insere-se a proteção do direito da mulher de escolher livremente continuar ou não a gestação, ter ou não um filho. Por isso, ao Estado recai a responsabilidade em promover a saúde reprodutiva das mulheres como questão de justiça social, mediante medidas sociais e institucionais preventivas e reparatórias para prevenir o fenômeno da gravidez indesejada e, assim, reduzir a taxa de aborto inseguro, cujo desfecho impacta na tutela dos direitos da mulher gestante e do feto.

133 . A insuficiência, ou mesmo ausência, de políticas públicas prestacionais que propiciem o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, como cuidados obstétricos de orientação e de emergência ou o aborto, leva, na maioria dos casos, ao aumento das taxas de mortalidade materna, que, por sua vez, são formas de violação do direito à vida da mulher. Em outros contextos essa falta de serviços de saúde pode comprometer o direito à segurança, porque a debilidade normativa e institucional sujeita a mulher a tratamentos médicos degradantes à sua integridade física, moral e psíquica.

134 . A experiência de diversos ordenamentos jurídicos demonstra que as Cortes Constitucionais costumam ser prudentes quanto ao juízo de constitucionalidade de atos legislativos que tratam de questões complexas e policêntricas, as quais, em regra, são mais divisivas na sociedade, como é o caso da interrupção voluntária da gravidez. Nada obstante essa premissa do agir jurisdicional, essas Cortes têm afirmado a **constitucionalidade dos**

direitos reprodutivos das mulheres e refutado a intervenção penal do Estado como medida adequada a sua proteção , ainda que a finalidade seja a proteção de outro valor ou bem jurídico constitucionalmente protegido.

Nesse sentido, e a título ilustrativo, trago uma tabela de casos em que a questão da interrupção voluntária da gestação foi levada às Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes, propiciando o salutar debate democrático dos direitos nas mais distintas arenas decisórias públicas, contribuindo sobremaneira para o amadurecimento das sociedades e seus sistemas jurídicos:

CASO DECISÃODATA Decisión 314

(pendente de

publicação)

Suprema Corte de

Justiça do México A Primeira Turma decidiu que o ordenamento jurídico que criminaliza o aborto no Código Penal Federal é inconstitucional, ao anular completamente o direito de decidir da gestante. Apontou que a criminalização do aborto constitui um ato de violência e discriminação de gênero, pois perpetua o estereótipo de que mulheres e gestantes só podem exercer livremente sua sexualidade para procriar e reforça o papel de gênero imposto pela maternidade como destino obrigatório2023 Recurso de

Inconstitucionalidade

4523

Espanha Os direitos constitucionais exigem que o legislador respeite e reconheça um espaço de liberdade no qual as mulheres possam razoavelmente adotar, de forma autônoma e sem coerção de qualquer tipo, a decisão que considerarem mais adequada quanto à continuidade ou não da gravidez. A Corte destacou sua vasta jurisprudência sobre a proibição de discriminação em função do sexo, segundo a qual não se permite qualquer limitação de direitos baseada em circunstâncias que tenham uma ligação direta e inequívoca com o sexo da pessoa - como se dá natural. Afirmou a "necessidade de interpretar qualquer limitação dos direitos das mulheres, com base em fatos que só elas podem afetar, de forma mais favorável à efetividade desses direitos".2023 Dobbs v. Jackson

Women's Health

Organization

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América Discussiu-se lei do Mississippi que proibiu abortos após a décima quinta semana de gravidez. A Suprema Corte decidiu que a Constituição do país não assegura o direito ao aborto, anulando os precedentes Roe v. Wade e Planned Parenthood v. Casey. Segundo o Tribunal, os Estados teriam competência para regular o acesso aos serviços de aborto.2022 Sentencia C-055

Corte Constitucional

da Colômbia Decidiu descriminalizar o aborto até 24 semanas de gestação. A Corte solicitou a emissão de uma regulamentação abrangente sobre direitos sexuais e reprodutivos, mas sua emissão não condiciona o cumprimento da sentença. Admitiu que a criminalização do aborto violava o direito à igualdade de mulheres, meninas e adolescentes, afetando particularmente as mulheres migrantes.2022 Acción de Inconstitucionalidad

41 con Acción de Inconstitucionalidad 42

Suprema Corte de Justiça do México Declarou a inconstitucionalidade de dispositivo que considerou que o termo 'concepção' infere o início da vida e estaria sob a proteção da lei. Segundo a Corte, nenhuma proteção à vida, desde a concepção, pode motivar restrições nos direitos de pessoas já nascidas ou ser imposta recorrendo à ficção jurídica que separa o inseparável: o embrião da pessoa grávida. Essa proteção só ocorrerá – de forma constitucionalmente aceitável – por meio da pessoa grávida e sem intervenções arbitrárias do Estado em sua vida privada ou em sua autonomia reprodutiva, entre outros direitos suscetíveis de serem afetados ou prejudicados se, em virtude da porção normativa impugnada, fosse negado o acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva. 2019 Caso 2017Hun-Ba127

Corte Constitucional da

Coreia do Sul A Corte asseverou que é razoável que o Estado elabore uma legislação que seja diferente da legislação atual em termos de escopo e meios de proteção à vida fetal para o aborto a ser realizado antes de 22 semanas de gestação, que é o momento em que o feto tem viabilidade e, ao mesmo tempo, quando a gestante pode ter tempo suficiente para se submeter ao aborto. O Estado deve respeitar o direito da mulher grávida à autodeterminação durante o primeiro trimestre da gravidez - um período em que o feto ainda não se desenvolveu até o estágio de viabilidade, o aborto é seguro e pode-se considerar cuidadosamente a possibilidade de abortar. Nesse espaço de tempo, a mulher consegue se certificar de que está tomando sua própria decisão de abortar após avaliar cuidadosamente suas situações com base em suas próprias visões da vida e da sociedade, que têm raízes em sua dignidade e autonomia internas.2019 Judgment UKSC 27 Suprema Corte do Reino Unido A Suprema Corte do Reino Unido rejeitou recurso que impugnava a convencionalidade da proibição do aborto na Irlanda do Norte, onde é permitido apenas em casos de risco de vida ou de grave prejuízo à saúde física ou mental da gestante. A maioria reconheceu que a lei é incompatível com os direitos humanos em casos de má formação fetal mórbida, estupro e incesto. No entanto, a apelante não poderia submeter a questão em abstrato ao Poder Judiciário. 2018 Decisão U-I-60/1991

et. Al Tribunal Constitucional da Croácia É constitucional a lei que permite o aborto até a 10ª semana de gestação e, após esse período, nos casos de indicação médica.2017 Sentencia Rol 3729/17 Tribunal Constitucional do Chile É constitucional lei que descriminaliza hipóteses de interrupção voluntária da gravidez, uma vez que o Estado não pode forçar a gestante a suportar o risco para sua vida, a morte do filho por uma patologia letal ou a maternidade como resultado de estupro, por serem situações de encargo excessivo para as mulheres.2017 HC 124306

STF O tipo penal do aborto deve ser interpretado conforme a Constituição para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.2016 Caso Voluntary Health Association of Punjab versus Union of India & Others Suprema Corte da Índia A Suprema Corte da Índia proferiu diversas ordens para que gestores públicos reunissem informações e elaborassem relatórios sobre o descumprimento das legislações que procuravam coibir o aborto seletivo de meninas. Também emitiram ordem para manter um banco de dados e mapear as clínicas sem registros para que aparelhos de ultrassonografia não fossem vendidos para elas, rastrear as máquinas vendidas ilegalmente e informar as pessoas sobre as determinações legais. Na Índia, o aborto é permitido até a 20ª semana da gravidez em caso de risco de vida ou à saúde física ou mental da gestante ou, ainda, se houver risco real de a criança nascer com uma séria anomalia.2016 Whole Woman's

Health v. Hellerstedt

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América Restrições às clínicas de aborto que impliquem ônus indevido ao direito da mulher de procurar o procedimento são inconstitucionais.2016 The Northern Ireland

Human Rights Commission's Application [2015]

NIQB 96

Corte Superior de

Justiça da Irlanda do

Norte Viola o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos do Homem a lei que institui proibição geral do aborto, mas não o excepciona nas seguintes hipóteses: a) a qualquer tempo, quando verificada anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina ou b) durante o período anterior à viabilidade extrauterina, em caso de gravidez resultante de violência sexual. A proibição do aborto no caso de má-formação fetal compatível com vida extrauterina não viola a Convenção Europeia de Direitos do Homem.2015 Judgment UKSC 68

Suprema Corte do

Reino Unido A cláusula de objeção de consciência, prevista na Lei do Aborto de 1967, deve ser interpretada restritivamente, limitando-se às hipóteses em que há efetiva participação do profissional de saúde na execução dos procedimentos para interrupção da gestação, estando excluídas, portanto, atividades de gestão e supervisão.2014 Decisão U.br.

137/2013

Corte Constitucional

da Macedônia A regulamentação legal sobre o procedimento de interrupção da gravidez não viola o direito constitucional à liberdade de reprodução.2014 Assunto B sobre El

Salvador

Corte Interamericana

de Direitos Humanos Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos defere medida cautelar para autorizar a interrupção da gravidez com fins humanitários.2013 ADPF 54

STF É inconstitucional a interpretação segundo a qual a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico constitui crime de aborto.2012 Artavia Murillo e

outros v. Costa Rica

Corte Interamericana de Direitos HumanosA fertilização in vitro não viola o direito à vida, previsto no artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.2012 Right to Life New

Zealand Inc. v. The

Abortion Supervisory

Committee

Suprema Corte da

Nova Zelândia O Comitê de Supervisão do Aborto não tem competência para questionar o mérito das decisões dos profissionais que certificam a legalidade e autorizam a interrupção da gestação. 2012 A, B e C v. Irlanda

Tribunal Europeu de

Direitos do Homem

O Estado tem discricionariedade para decidir sobre aborto, sendo legítimo proibi-lo com fundamento na saúde ou no bem-estar da gestante. No entanto, viola o direito à vida privada a insuficiente regulamentação do aborto nos casos de risco à vida da gestante.2010 Acórdão 75/2010

Tribunal

Constitucional de

Portugal É constitucional a exclusão de punição em caso de interrupção voluntária da gravidez, se realizada até a 10ª semana de gestação, baseada apenas na vontade da gestante. Decidiu também não ser arbitrário que, uma vez manifestado pelo médico uma objeção de consciência em participar da medida última de interrupção da gestação, a lei o impeça de participar de etapas preliminares, como a consulta prévia.2010 ADI 3510

STF A pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos não viola o direito à vida nem a dignidade da pessoa humana.2008 Sentencia Rol 740-07

Tribunal

Constitucional do

Chile Havendo dúvida razoável sobre possível caráter abortivo da pílula do dia seguinte, em País em que essa prática é proibida, é legítima a proibição da distribuição dessa medicação no sistema público de saúde, em proteção ao direito constitucional à vida.2008 Tysie v. Poland

Tribunal Europeu de

Direitos do Homem É cabível indenização quando a gestante, munida de documento que ateste que a gravidez acarreta perigo para sua integridade física, é impedida de realizar o aborto e, tendo prosseguido com a gestação seguindo aconselhamento médico, enfrenta as complicações de saúde que buscava evitar.2007 Gonzales v. Carhart

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América A proibição da técnica cirúrgica de aborto que, de forma desumana, causa a morte de fetos parcialmente nascidos não viola o direito de escolha da mulher quanto a interrupção da gravidez. 2007 Decisão PL.ÚS. 12/01

Corte Constitucional

da Eslováquia O direito ao aborto voluntário nas 12 primeiras semanas de gestação está de acordo com o direito à vida, incluindo a cláusula que prevê a proteção da vida humana antes do nascimento, em vista do direito à privacidade da gestante.2007Acción de inconstitucionalidad 146 y 147/2007 Suprema Corte de Justiça do MéxicoO legislador estadual tem discricionariedade para regulamentar a proteção do ser humano não nascido e os direitos das mulheres, pois não há norma nacional ou internacional que defina o início da vida ou que determine a criminalização do aborto. 2007 Sentencia C-355/06

Corte Constitucional

da Colômbia O aborto não pode ser considerado crime quando: 1) o médico atestar que a gravidez ameaça a saúde ou a vida da mulher; 2) o médico considerar que a má formação do feto é incompatível com a vida extrauterina e; 3) a gravidez resultar de estupro, incesto ou inseminação artificial sem consentimento, desde que o fato tenha sido reportado a priori às autoridades competentes.2006 Vo v. France

Tribunal Europeu de

Direitos do Homem Não viola o artigo 2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos a ausência de disposição no direito penal francês para sancionar a interrupção involuntária da gravidez, ainda que causada por negligência ou erro médico, pois há outras medidas de caráter indenizatório hábeis a reparar o dano causado.2004 Sentencia

P.709.XXXVI

Corte Suprema de

Justiça da Nação

Argentina É nula qualquer autorização que permita a fabricação, comercialização e distribuição de pílula do dia seguinte; pois, tendo em vista que os seres humanos são concebidos no momento da fertilização, qualquer medicamento usado para impedir que o óvulo fertilizado seja implantado no útero é considerado abortivo.2002 Décision 2001-446

DC

Conselho

Constitucional da

França É constitucional a ampliação do prazo limite para realização da interrupção voluntária da gravidez (de 10 para 12 semanas de gestação), uma vez que o legislador estabeleceu um equilíbrio entre a garantia da dignidade da pessoa humana e a liberdade da mulher.2001 Stenberg v. Carhart

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América A lei estadual que proíbe a técnica de aborto antes da viabilidade extrauterina do feto é inconstitucional, pois impõe ônus indevido no direito de escolha da gestante. Após a viabilidade extrauterina, o Estado pode regular ou proibir o aborto, exceto quando necessário para preservar a vida ou saúde da gestante.2000 Decision 48/1998

Conselho

Constitucional da

França O legislador pode estabelecer hipótese de interrupção da gestação no caso da gestante se encontrar em situação de crise. Contudo, deve regulamentar o contexto em que a hipótese se aplica de maneira a balancear os direitos fundamentais da mulher e o dever do Estado de proteger a vida humana.1998 R. v. Morgentaler

Suprema Corte do

Canadá O direito à vida, à liberdade e à segurança individual garantem a possibilidade de realização do aborto, uma vez que resguarda a integridade física e psíquica da mulher. Ademais, a regulamentação do direito ao aborto não pode ser tal que torne quase ilusória as possibilidades de sua realização.1998Sentenza 35-1997 ItáliaO direito à vida do feto somente pode ser afastado em casos de gravidade de dano ou perigo à saúde física ou psíquica da gestante. Sempre que possível, deve ser resguardada a vida do feto.1997 “ Aborto II”/ 88

BVerfGE 203

Alemanha A Lei Fundamental obriga o Estado a proteger a vida humana, inclusive a vida intrauterina. Para não se incorrer na proibição de insuficiência, o direito à vida intrauterina deve ser tutelado pelas vias penais, inclusive em face da grávida. Nada obstante, entendeu-se também que o Estado pode, em casos excepcionais e de grande gravidade, que ameacem a vida da mulher, estabelecer excludente de antijuridicidade da prática do aborto. De toda forma, o Estado deve prover aconselhamento, incentivando as mulheres nessas condições a dar à luz.1993 Planned Parenthood

of Southeastern

Pennsylvania v.

Casey

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América Deve-se adotar o conceito de ônus indevido para proteger o direito central reconhecido no caso Roe e, ao mesmo tempo, acolher o interesse do Estado de proteger a vida humana em potencial. Decidiu, além disso, que constitui ônus indevido a regulamentação que imponha à mulher obstáculos substanciais que a impeçam de exercer seu direito ao aborto até a viabilidade fetal extrauterina.1992 Arrêt 39/91

Bélgica O legislador não está obrigado a tratar igualmente o nascituro e o nascido vivo, sob as normas constitucionais belgas e internacionais. O homem não tem poder de veto sobre o direito da mulher ao aborto, em vista das diferenças objetivas entre os gêneros.1991 Sentencia 53/1985

Espanha A lei pode descriminalizar o aborto em determinadas situações, mas deve regular suficientemente as hipóteses de maneira que a desproteção ao nascituro não ocorra fora do previsto nem que os direitos da mulher fiquem desamparados.1985 Paton v. United

Kingdom

Comissão

Europeia de Direitos

Humanos A realização do procedimento abortivo independe do consentimento do potencial pai. 1980 Décision 74-52 DC

Conselho

Constitucional da

França O Conselho Constitucional da França não tem competência para realizar controle de convencionalidade. A Lei de interrupção voluntária da gravidez é compatível com o princípio da

liberdade previsto no artigo 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.1975Sentença 27-1975 ItáliaO direito constitucional do embrião pode colidir com outros bens igualmente protegidos pela Constituição. O primeiro não pode ter primazia, sob pena de proteção inadequada aos segundos. Considerou-se, igualmente, que o estado de necessidade é uma excluente genérica e inadequada para tutelar o aborto terapêutico, uma vez que o dano ou perigo decorrentes da gravidez podem ser previstos e nem sempre são imediatos. Ademais, para ocorrer o estado de necessidade é necessária a equivalência entre os bens protegidos. A vida e saúde da mulher, que já é uma pessoa, não é equivalente à vida e saúde do nascituro, que ainda irá se tornar um indivíduo. 1975 “ Aborto I”/ BVerfGE

39, 1

Alemanha

É inconstitucional dispositivo de lei que regulamente prazos para a incidência da proteção constitucional à vida em desenvolvimento, uma vez que a proteção da vida do nascituro tem prevalência sobre o direito de autodeterminação da grávida, durante toda a gestação, não podendo ser relativizada por um período determinado.1975 Roe v. Wade

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América Leis estaduais que excluem a tipicidade penal do aborto apenas em caso de risco à vida da gestante, sem considerar o estágio da gestação ou outros interesses envolvidos, violam a Due Process Clause estabelecida pela Décima Quarta Emenda Constitucional, que protege o direito à privacidade em face da intervenção do Estado. Julgou-se, ademais, que o Estado não pode escolher e impor uma teoria sobre o início da vida. Por outro lado, possui o interesse legítimo de proteger tanto a saúde da gestante quanto a vida humana em potencial. Desse modo, de forma a balancear esses interesses, são aceitáveis as seguintes limitações ao direito à privacidade: a) até o fim do primeiro trimestre de gestação, o Estado pode estabelecer que o médico e a paciente, em mútuo acordo, decidam sobre o aborto e o respectivo procedimento, sem outras restrições; b) após o primeiro trimestre de gestação, o Estado pode regulamentar a prática do aborto, estabelecendo condições necessárias para a realização do procedimento, de modo a resguardar a saúde da gestante; c) após a viabilidade do feto fora do útero, o Estado pode regular ou criminalizar a prática do aborto, exceto quando seja necessário para preservar a vida ou a saúde da gestante.1973 Doe v. Bolton

Suprema Corte dos

Estados Unidos da

América A decisão do médico, no uso de seu melhor julgamento clínico, acerca da necessidade do aborto, é suficiente para autorizar o procedimento. O médico em sua avaliação sobre o aborto deve considerar todos os aspectos da saúde da mulher – física, emocional, psicológica, familiar –, bem como sua faixa etária, os quais seriam pertinentes ao seu bem-estar.1973

Esses dados revelam a tendência contemporânea do constitucionalismo de colocar, no panorama internacional, o problema da saúde sexual e

reprodutiva das mulheres como uma questão de saúde pública e de direitos humanos, cuja principal nota consiste na interdependência dos direitos . Vale dizer, no enfrentamento do direito à saúde sexual e reprodutiva como resultado da relação necessária entre os direitos à liberdade (em todas as suas dimensões) e o direito à vida digna, em toda sua plenitude, física, mental, psicológica e social.

O diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, assim como as experiências comparadas dos Estados Constitucionais, que aportam ideias que migram e se comunicam entre si, definiram novos marcos normativos, um novo *ethos* no que diz com os direitos fundamentais das mulheres. Isso necessariamente repercute e é levado a sério na interpretação dos direitos fundamentais no plano constitucional de cada país.

135 . Diante do sistema de justiça social reprodutiva e dos direitos fundamentais e humanos das mulheres, é possível antever a contrariedade à Constituição, pela violação do princípio da proporcionalidade das regras dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que prescrevem a criminalização do aborto nas doze primeiras semanas de gestação.

136 . É preciso ponderar, se, no contexto atual, do século XXI, em que se observa a previsão de outras tutelas dos direitos reprodutivos e da dignidade da mulher - com índice de eficácia na redução da mortalidade materna e das gestações não desejadas -, a prisão - medida extrema de coerção e violência do Estado - se justifica como adequada e eficaz na perseguição da finalidade da tutela do direito à vida humana.

137 . Mais uma vez, repito. Não é demais insistir que a discussão sobre a interrupção voluntária da gestação, no seu estágio inicial, precisa de reflexão, como feita nesta deliberação. Seja pela questão da interseccionalidade, seja pela complexa relação de moralidade baseada no castigo à mulher por não cumprir com seu dever social, previamente atribuído. A punição sofrida pelas mulheres em situações humilhantes, de flagrante violação ao *ethos da moralidade individual*, como ser presa em uma cama de hospital na sequência de procedimento de emergência obstétrica, provoca uma indagação. É esta a cena que nos afirma como sociedade democrática constituída sobre os pilares dos direitos fundamentais e da racionalidade jurídica? O aborto não se trata de decisão fácil, que pode ser classificada como leviana ou derivada da inadequação social da conduta da mulher.

138 . Por tais razões, a solução normativa para a proteção dos valores constitucionais em conflito, há de ter em conta ampla gama de questões.

A tutela penal, não obstante a dignidade punitiva que tenta emprestar à proteção do valor intrínseco da vida humana, como passo a examinar, revela-se irracional sob a ótica da política criminal, ineficaz, do ponto de vista da prática social, e inconstitucional, da perspectiva jurídica.

Daí a centralidade que assume a estrutura institucional da justiça social reprodutiva como tutela adequada e suficiente para a proteção do elemento em comum na discussão do aborto, que é a dignidade da vida humana, seja da perspectiva das mulheres, seja da perspectiva do valor intrínseco que assume para a sociedade e o estado constitucional.

A justiça social reprodutiva constitui a quarta premissa do voto.

Tutela penal como resposta do Estado à proteção do valor da vida humana: a comprovada inadequação

139 . Estabelecidas as premissas jurídicas do voto *i)* direito à vida e seu âmbito de proteção no constitucionalismo, *ii)* direitos fundamentais das mulheres, *iii)* direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais no desenho constitucional e *iv)* justiça social reprodutiva como resposta institucional aos deveres fundamentais de proteção, mostra-se necessário, a esta altura da justificação do voto, valorar a tutela penal como resposta adequada e efetiva à proteção da dignidade da vida humana, como perseguido na finalidade subjacente dos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Tratando de imposição de restrições a direitos, em especial às liberdades fundamentais das mulheres, deve-se indagar, no juízo de validade constitucional, não apenas sobre a legitimidade da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também, e principalmente, sobre a compatibilidade das restrições com a regra da proporcionalidade.

140 . As Constituições não definem as medidas concretas necessárias e eficazes a serem implementadas na realização de direitos fundamentais. Ao contrário, deixam para a arena política assim definir, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas das ações estatais em contextos históricos, marcados por uma temporalidade. E isso é importante expressar, porque justamente à arena política compete a deliberação acerca da adequação e da

necessidade das medidas normativas e em quais conformações institucionais para a concretização de direitos fundamentais, de acordo com os conhecimentos técnicos disponíveis naquele momento.

Todavia, como expressei nas justificativas iniciais deste voto, ao Poder Judiciário compete o controle das ações estatais para verificar sua compatibilidade com a Constituição e todo o bloco de convencionalidade, uma vez que a liberdade de conformação decisória do Legislativo ou do Executivo não é ilimitada, espaço que poderia dar ensejo à arbitrariedade sob a invocação do princípio majoritário-democrático. O pedigree representativo da democracia não justifica a tomada de qualquer decisão política. Por isso, os poderes constituídos devem observar a estrutura dos direitos fundamentais, autênticos controles de validade do agir estatal.

141 . O legislador não está dispensado de observar a regra da proporcionalidade que, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, se irradia por todo ordenamento jurídico. Realmente, mostra-se possível a declaração de inconstitucionalidade, ou de não recepção, de diplomas normativos conflitantes com aquele princípio transversal, a evidenciar a imprescindibilidade de o Poder Legislativo, no regular exercício de suas atribuições, agir com fidelidade e estrito cumprimento às suas subregras (**adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**), sendo competência do Poder Judiciário aferir o adimplemento das obrigações dele decorrentes.

Nesse sentido: ADI 247/RJ, *Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim* , Tribunal Pleno, j. 17.6.2002, DJ 26.3.2004; ADI 3.688/PE, *Rel. Min. Joaquim Barbosa* , Tribunal Pleno, j. 11.6.2007, DJ 24.8.2007; ADI 855/PR, *Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes* , Tribunal Pleno, j. 06.3.2008, DJe 27.3.2009; ADI 4.125/TO, *Rel. Min. Cármen Lúcia* , Tribunal Pleno, j. 10.6.2010, DJe 15.02.2011, v.g.).

Desse modo, compete ao legislador, como razão para o agir legislativo, perseguir a legitimidade dos meios e fins buscados desde a adequação entre ambos. Ou seja, os meios escolhidos devem guardar adequação aos objetivos pretendidos, porque, constatada a sua ineficácia ou a existência e disponibilidade no sistema de outras medidas institucionais menos lesivas, impõe-se a pecha da inconstitucionalidade do ato normativo, por transgressão à regra da proporcionalidade.

142 . Nessa toada, necessário investigar se os dispositivos da criminalização do aborto (arts. 124 e 126 do CP), ao proibirem-no

completamente durante todo o período da gravidez e forçar as mulheres a manter gravidez e parto indesejados, independente do estágio de desenvolvimento do feto, fora das hipóteses de excludente de ilicitude (aborto terapêutico e emocional), **respondem de forma positiva à regra da proporcionalidade, em específico aos testes das subregras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito** para o atingimento dos propósitos legislativos.

Para tanto, as seguintes perguntas apresentam-se como premissas ao raciocínio a ser empreendido: (i) primeiro, a escolha legislativa protege o bem jurídico pretendido, a vida humana intrauterina? (ii) segundo, o desenho institucional apresenta resultados satisfatórios na prática institucional e social? (iii) terceiro, o objetivo perseguido pode ser alcançado por outra medida estatal? (iv) quarto, outras formas de tutela implicam menos restrição aos direitos fundamentais das mulheres?

143 . Nesta valoração, cumpre, em um primeiro momento, a análise da adequação da criminalização aos princípios do Direito Penal, em particular ao da intervenção mínima. Isso porque trata do fundamento primeiro a ser justificado pelo legislador, na conformação da tutela penal, como é o caso das regras dos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Não por outro motivo, o argumento da ineficácia da criminalização do aborto nas 12 doze primeiras semanas de gestação foi objeto de qualificado exame na audiência pública, com contestações razoáveis acerca da sua coerência normativa e fática no discurso jurídico e na prática social.

144 . Por ser a tutela penal a última razão (*ultima ratio*) para o agir interventivo e coercitivo do Estado, compete-lhe fundamentar a validade dessa escolha normativa, em face das alternativas institucionais. As opções legislativas de políticas públicas prestacionais, por exemplo, são inidôneas para a proteção do bem?

Em questão, tem-se a proteção da vida humana em potencial, todavia, este não é o único em discussão. Há que considerar aqui, também, os direitos reprodutivos das mulheres gestantes. Então, qual medida normativa coloca-se no marco constitucional como suficiente para a tutela da dignidade da vida em potencial e da vida da mulher e, ao mesmo tempo, impõe menor onerosidade na intervenção da esfera jurídica da mulher?

145 . A regra penal precisa ser logicamente consistente com seus objetivos para ser constitucional. Por isso, a medida legislativa adotada deve corresponder a uma maneira racional de correção das exigências da

cláusula de proteção tanto do feto quanto da mulher. Em caso negativo, deve-se afastar o Direito Penal e ceder lugar às alternativas institucionais sociais, como as políticas públicas voltadas à concretização da justiça social reprodutiva.

Apenas no estudo da ordem constitucional em seu contexto normativo sistêmico e nas relações de interdependência dos direitos fundamentais é que se justificará a atuação estatal na proteção da dignidade da mulher enquanto pessoa humana, sujeito e titular de direitos fundamentais.

146 . Fundamentar o agir do Estado, para a consecução da tutela da dignidade da vida humana, com a criminalização da decisão da mulher, tomada com fundamento nos seus direitos fundamentais, é tarefa interpretativa inconciliável com o bloco de constitucionalidade. Primeiro, a coerção penal não oferece desestímulo à situação vivenciada pela mulher que toma a decisão pela interrupção da gravidez. Segundo, não cumpre com o dever de proteção ao nascituro enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal. Passo a analisar esses argumentos.

147 . **A incapacidade normativa da criminalização para interferir nas questões mais existenciais da autonomia da mulher, vale dizer, de ser configurada como autêntica razão para o agir decisório na questão do aborto, é evidenciada na realidade social cotidiana brasileira por diversas lentes. Sem dúvida que há uma lacuna substantiva entre a finalidade da tutela penal e a prática social** . Neste ponto, importantes as observações feitas pelo Dr. José Gomes Temporão, representante da Academia Nacional de Medicina, na audiência pública:

Por muito tempo o debate político do aborto esteve pautado pertencente ao campo da moral, para saber se uma sociedade é contra ou a favor da prática. Mas não é uma pergunta verdadeira, por duas razões. Primeira, o aborto é um fenômeno comum à vida das mulheres, apesar da vigência de qualquer lei. Não há lei ou crença de grupo que possa ser suficiente para dissuadir uma mulher, quando ela diante de suas condições emocionais, socioeconômicas e familiar, entende que não pode manter a gestação. A segunda que a medicina entende o aborto como uma questão de saúde, para o qual existem medicamento e procedimentos seguros. **Negar o acesso ao aborto por meio de procedimentos e medicamentos seguros quando dele a mulher necessita não é usar critérios médicos com base na melhor evidência, mas exercer um juízo moral. Isso quando o uso contraceptivo pode ter falhado. O que está em discussão é se o aborto será seguro ou clandestino, se a mulher será acolhida ou abandonada.**

Como oferecer melhor assistência em saúde diante de um fato da vida reprodutiva da mulher. (original sem destaques).

148 . Por outro lado, em particular ao contexto brasileiro, a prática social, identificada no comportamento dos mais distintos agentes institucionais, como médicos, profissionais da saúde, órgãos jurisdicionais, policiais, estrutura administrativa das instituições vocacionadas à perseguição criminal, revela a reprovação majoritária da criminalização da decisão da mulher como resposta legítima ao problema da interrupção da gravidez. Ademais, demonstra a irrelevância normativa (ineficácia) da regra como razão para a ação desses atores sociais, diga-se, imprescindíveis para o cumprimento da tutela penal.

O emprego da expressão reprovação majoritária por parte da prática social justifica-se na medida em que parcela dos profissionais de saúde que integram categorias da área da saúde, por objeção ao aborto, por motivos de reprovação moral, denunciam mães que decidem por esta prática. Assim, embora não seja parcela considerável (levando em conta o aspecto quantitativo), trata-se de uma evidência da realidade, conforme informações trazidas na audiência pública e na mídia.

Nesse sentido, ilustrativas as manifestações dos representantes da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia - FEBRASGO, Academia Nacional de Medicina e do Instituto de Bioética - ANIS, bem como o relatório " *30 habeas corpus: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo*", produzido pelo Núcleo Especializado de Defesa e Promoção dos Direitos da Mulher, em parceria com a Clínica de Litigância Estratégica em Direitos Humanos na FGV. Denúncia, registre-se, que ocorre, a despeito da ética médica e do sigilo profissional, como ressaltado expressamente no esclarecimento do Dr. Thomaz Rafael Gollop, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) na audiência pública.

De igual forma, o argumento da reprovação por parte das instituições que integram o Sistema de Justiça Criminal se comprova, quando da verificação dos resultados obtidos na pesquisa sobre os índices de processos que tramitam no Judiciário e têm por objeto a incidência dos arts. 124 e 126 do Código Penal. Para ilustrar, colaciono abaixo dados coletados no Painel de Estatísticas do Poder Judiciário, por meio de quadros formados a partir de critérios específicos de pesquisa.

Antes, cumpre esclarecimento preliminar acerca da **metodologia da pesquisa**. Foram utilizados **cinco conjuntos de critérios** para conformar grupos de informações relevantes para o debate aqui posto, os quais foram coletados por via do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (dados atualizados até 30.6.2023). Para o **primeiro grupo**, importou a demonstração da quantidade de casos pendentes por assunto (relacionados ao aborto) e por tribunal. No **segundo grupo**, o critério diz respeito ao tempo médio do primeiro julgamento por assunto e por tribunal. O **terceiro** diz respeito à quantidade de casos novos por ano, abarcando os anos de 2020, 2021, 2022, 2023. O **quarto grupo** segue a linha do terceiro grupo, mas, centra-se no critério de quantidade de casos julgados por ano. Já o **quinto grupo**, na mesma linha, informa o quantitativo de casos pendentes por ano, referente ao período dos últimos quatro anos.

Painel estatístico 1

Painel estatístico 2

Painel estatístico 3

Painel estatístico 4

Painel estatístico 5

Acrescento ainda a observação de que a pesquisa ora apresentada não tem por fim ser exaustiva, em termos empíricos, mas revelar, por amostragem, o argumento da ineficácia social e institucional da criminalização, da perspectiva do Sistema de Justiça Criminal. Como também, dimensionar, em cotejo com o número estimado de abortos realizados na prática, o baixo índice de persecução penal. Sem embargo dessa análise de abordagem estatística, sublinho que indiferentemente do índice de persecução penal, e mesmo que fosse de 1%, que graves são as consequências experimentadas, individual e concretamente, na vida das mulheres. Para além do efeito estigmatizante.

149 . Essa baixa densidade normativa da pretensão punitiva do aborto converge com os dados coletados na audiência pública. Nessa linha, o Relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no qual foram analisados, no âmbito do Tribunal de Justiça estadual, os processos criminais distribuídos entre 2005 e 2017 pela prática dos crimes tipificados nos arts. 124 e 126 do Código Penal. Transcrevo a conclusão exposta no Relatório:

Assim, percebe-se que a criminalização do aborto, nos moldes concluídos pela OMS e escancarados na realidade brasileira, não atende à função preventiva da pena, consistindo o seu cometimento em verdadeira prática enraizada na sociedade.

Tampouco atende à função punitiva da pena , em razão (i) do grande número de abortos realizados, como nas pesquisas recém mencionadas, em comparado ao pequeno número de pessoas que chegam ao sistema penal; e (ii) da farta aplicação da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995).

Segundo a Diretoria de Pesquisa da Defensoria Pública, em 64% dos processos que tramitam no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, houve aceitação à proposta oferecida pelo Ministério Público, pelo que não houve formação da culpa, tampouco responsabilização penal.

150 . Quanto ao ponto, oportuno trazer a metáfora do Professor uruguaio Oscar Sarlo, desenvolvida no estudo empreendido para a análise da discussão do problema do aborto, desde a perspectiva jurídica, no Uruguai, para analisar o contexto institucional brasileiro.

Nesse sentido, podemos afirmar, à semelhança da observação feita pelo Oscar Sarlo: um cidadão estrangeiro que analise a situação jurídica do aborto no direito brasileiro para retratar seu cenário normativo e institucional diria que o aborto é conduta tipificada no Código Penal, com a imposição de pena de detenção para mães, terceiros e médicos. Nada obstante a criminalização da conduta do aborto, igualmente diria que não há, na prática institucional, convicção jurídica da reprovação da conduta, com incidência da sanção penal restritiva de liberdade da mãe, tampouco o incentivo na sua aplicação.

Acrescentaria que não se tem como regra de conduta a orientação institucional de busca da correção penal, como demonstra o quadro estatístico das ações penais em trâmite no Brasil, bem como aquelas finalizadas. Ainda, mencionaria que não se tem convicção moral em favor da criminalização do aborto, mas antes acerca da reprovação da conduta e da responsabilidade sobre ela, haja vista o consenso social sobreposto do valor intrínseco da vida humana.

Esse mesmo observador diria: existem regras, entretanto a prática institucional e social vai de encontro, porque valida tacitamente a descriminalização da conduta da mãe que decide pela interrupção voluntária da gravidez. Mas não só. Afirmaria que, em verdade, há uma descriminalização de baixa intensidade.

Diante do relato do observador estrangeiro, como justificar a eficácia e adequação de normas ignoradas pela institucionalidade e pelo consenso social? Qual política estatal que realmente tem o compromisso de mudar efetivamente os comportamentos sociais de quem assim atua pelas mais diversas razões, que não o racional normativo da criminalização do aborto?

Como justificar a política criminal do Estado em torno ao aborto? Qual a sanção a ser imposta à mulher que toma decisão, em seu foro íntimo, que ocasiona violência consigo mesma? Como pensar a função de reeducação e ressocialização da mulher nesse caso? A mulher não se trata de pessoa a ser reintegrada socialmente, são mulheres que trabalham, que não raro já têm famílias e sustentam seus outros filhos.

As mulheres que em algum momento da sua vida reprodutiva decidem pela interrupção voluntária da gravidez são as mesmas que convivem com todos nós no cotidiano da vida. Ou seja, estão presentes nos contextos sociais de suficiência econômica, onde têm acesso ao aborto seguro, bem como naqueles de baixa ou hipossuficiência econômica, onde acessam o

aborto clandestino e inseguro, da perspectiva sanitária, e ainda com a resposta mais extrema do Estado, a coerção penal.

151 . A tutela penal, em vigência normativa por mais de setenta anos no ordenamento jurídico brasileiro, não apresentou resultados empiricamente significativos, como demonstrado no decorrer deste voto. Nada obstante possa haver objeções à metodologia da estatística empregada e seus dados finais (como debatido em audiência pública), é certo que a margem de erro é irrelevante para alterar o cenário de ineficácia da criminalização como fórmula institucional de solução para o desestímulo ao aborto, como amplamente debatido na audiência pública. Ponto, inclusive, objeto de contestação específica da fala Dra. Maria de Fátima Marinho de Souza, uma das representantes do Ministério da Saúde.

152 . A atuação penal do Estado é individualizada, sua relação é personalizada e tópica. Nas situações de cometimento do ilícito da interrupção voluntária da gravidez, a mulher será processada e eventualmente condenada. Com a condenação entender-se-á pela proteção do bem jurídico da tutela penal, o nascituro, e pela aplicabilidade das funções pedagógica/dissuasiva e punitiva da pena, assegurando proteção dos valores compartilhados pela sociedade.

Todavia, como se pode inferir, a resolução do problema sob essa ótica é ilusória . Seja porque a sanção penal não tem eficácia na prática social, seja porque não promove a proteção do valor da vida humana do nascituro, da mulher e seus direitos imbricados, da maternidade, do planejamento familiar e da própria entidade familiar. Ao contrário, a criminalização vulnera os princípios fundamentais do direito penal e os direitos das mulheres, enquanto não protege o feto.

153 . De outro lado, a solução normativa pela criminalização esconde a necessária abordagem interdisciplinar sobre uma realidade complexa, e olha apenas a partir da perspectiva da cidadania familiar baseada no *pater familias* , derivado de uma cosmovisão social hierárquica e valorativa.

Exemplifica o argumento a reflexão trazida na audiência pública pela Dra. Mariza Miranda Theme Filha, representando, ao lado do Dr. Marcos Augusto Basto Dias, a prestigiada FIOCRUZ. Na oportunidade, afirmou:

Para finalizar, não podemos deixar de falar do papel do Estado na preservação da saúde da população. Considerando o preceito constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do

estado, observamos que a saúde pública no Brasil vem se distanciando da sua missão original de abordar e promover a saúde em nível social, ao adotar um paradigma com foco individual e de culpabilização dos indivíduos. A saúde reprodutiva das mulheres no nosso país ainda está fortemente ancorada no paradigma biomédico e isolado do seu contexto social. **Desconsiderar todos os aspectos envolvidos na saúde reprodutiva, e no caso específico desta discussão, a gravidez não planejada e o desejo da sua interrupção de forma segura, é condenar muitas mulheres a piores condições de saúde, que são desproporcionalmente mais elevadas entre aquelas em baixas condições socioeconômicas.**

Para evitar gravidezes indesejadas e suas consequências, o Brasil deve adotar políticas de apoio e compromissos financeiros para garantir às mulheres o pleno direito à saúde sexual e reprodutiva. Isso inclui a ampla oferta e aconselhamento sobre os diferentes métodos contraceptivos, inclusive a contracepção de emergência; aconselhamento preciso sobre planejamento familiar; investimentos na formação dos profissionais de saúde, de forma a compreender o planejamento da fecundidade de forma holística; e acesso a métodos para interrupção da gestação, com o aborto legal, seguro e facilitado. Sem tais iniciativas não se conseguirá fazer respeitar os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, para todas as mulheres. *(original sem destaques)*.

154 . À vista desse cenário, a criminalização mostra-se como tutela ineficiente e inadequada na redução do estigma social da discriminação, assim como na conformação das políticas estruturantes do sistema de justiça social reprodutivo, baseado na acessibilidade, na igualdade de oferta e na autonomia da mulher em conduzir o planejamento familiar e seu projeto de vida. Vale dizer, a criminalização não sustenta a validade do argumento subjacente à regra, consistente na proteção da vida humana a partir da redução dos abortos.

155 . Para reduzir o aborto, e por conseguinte proteger a vida humana na sua aparente face conflitiva entre a mulher e o nascituro, faz-se imperioso investir nos fatores que promovem o planejamento familiar no contexto da liberdade reprodutiva da mulher. Ou seja, no desenho de fórmulas institucionais de promoção da saúde sexual e reprodutiva e da tutela dos direitos das mulheres, com informação adequada, oferta dos métodos contraceptivos mais modernos, acesso ao aconselhamento de planejamento familiar e acolhimento em situações de violência sexual, física ou psicológica.

A justiça social reprodutiva atua justamente na criação de estrutura que permite a adoção de decisões livres, informadas e responsáveis, seja na fórmula preventiva, seja na fórmula posterior com o acolhimento e oferecimento de condições para a gestação, caso assim a mulher deseje e conclua pela continuidade da gestação.

156 . A política criminal instituída nos arts. 124 e 126 do Código Penal objetivou tutelar de forma digna a vida humana, considerada a viabilidade potencial da vida intrauterina. No entanto, no decorrer de sua vigência, é de conhecimento notório que não produziu a eficácia institucional e social pretendida. Muitos fatores e causas explicam a ineficácia da política criminal do tratamento do aborto, que, não obstante tenha natureza geral e abstrata, de alcance irradiado para a sociedade e seus subgrupos sociais, a verdade é que apresenta solução normativa individual, face os elementos que identificam a questão do aborto.

157 . Da **perspectiva social**, está evidenciada a inadequação da criminalização da interrupção voluntária da gestação, de acordo com as práticas sociais e institucionais experimentadas desde o marco constitucional de 1988. Da **abordagem da interpretação jurídica**, tem-se que impedir coercitivamente a mulher de decidir pela interrupção voluntária da gravidez impõe ônus excessivo baseado no gênero. Paralelamente, a face coercitiva da **tutela penal**, na sua personalidade restritiva da liberdade da mulher, não responde aos imperativos da idoneidade, da racionalidade e da legalidade constitucional. Soma-se ao quadro argumentativo a ineficácia da tutela penal para a persecução da proteção da vida do nascituro.

As sanções penais têm efeito dissuasório limitado sobre a autonomia da mulher que enfrenta o contexto decisório sobre os motivos acerca da interrupção voluntária da gravidez aborto. Por isso mesmo, incapaz de influenciar na redução dos índices da mortalidade maternidade e, por consequência, dos abortos, o declínio constatado nessas taxas, nos últimos anos, se deve, em verdade, ao resultado das políticas de prevenção e proteção da saúde sexual e reprodutiva da mulher, em um cenário multifatorial e complexo.

Corroboram essa afirmação as informações produzidas na audiência pública, como as manifestações do Ministério da Saúde, da FREBASGO, da Academia Nacional de Medicina e da FIOCRUZ. Para além, a baixa densidade da criminalização reside nos reduzidos índices condenatórios, nos processos judiciais levados a termo.

Essas razões afastam a validade jurídica da tutela penal como a resposta adequada à proteção da vida em potencial, tal como defendido no conjunto postulatório do processo.

158 . *Nesse contexto, e com fundamento nas razões delineadas nas premissas deste voto, entendo que a intervenção estatal, acima como experimentado nos países que invalidaram a tipificação penal do aborto, justifica-se, da perspectiva constitucional, no espaço da tutela consistente em políticas públicas necessárias à concretização da justiça social reprodutiva. Vale dizer, insustentável, nessa a resposta estatal da criminalização da decisão da mulher como resposta adequada para a proteção do valor da vida humana, frente ao sistema de justiça social reprodutiva .*

Com efeito, a criminalização do ato não se mostra como política estatal adequada para dirimir os problemas que envolvem o aborto, como apontam as estatísticas e corroboraram os aportes informacionais produzidos na audiência pública.

Por outro lado, e em acréscimo ao acesso educacional da justiça reprodutiva, a redução do procedimento de aborto deve ocorrer a partir da consciência construída no espaço da moral privada de cada indivíduo, de acordo com suas convicções éticas e morais.

*Nada obstante a justificativa da inadequação da tutela penal no fomento da proteção da vida humana intrauterina, é certo que, pelas razões expostas, ficou constatada a sua baixa densidade normativa sob a subregra da **adequação** . Prossigo, em observância ao dever de racionalidade argumentativa e de fundamentação, para equacionar o problema constitucional também a partir da **subregra da necessidade** , o segundo critério que constitui o regra da **proporcionalidade** .*

A criminalização do aborto responde ao dever de tutela da vida humana? Justifica-se frente à restrição dos direitos fundamentais das mulheres?

159 . A proteção dos bens jurídicos pelo Poder Público ocorre por diversos métodos normativos, a exemplo da formulação de políticas públicas, e da normatização pelos ramos do Direito, como o direito civil. Métodos que têm precedência e preferência institucional à tutela penal em razão de esta última constituir-se como de natureza interventiva extrema, com restrição excessiva nas liberdades fundamentais (*ultima ratio*).

160 . No contexto do Estado Constitucional, estruturado em direitos e liberdades fundamentais como parâmetros de controle dos atos dos poderes públicos e particulares, a hipótese de criminalização primária ou secundária deve sempre ser a última escolha normativa do Estado, para tutelar bens jurídicos caros. O direito penal como *ultima ratio* da política social, como cláusula de contenção ao poder punitivo e policial estatal, somente deve ser alocado no quadro normativo quando comprovadas a inidoneidade e a insuficiência das alternativas de outras tutelas.

Nesse sentido, para a legitimidade da incidência da tutela penal, em conformidade com o princípio da intervenção mínima (composto pelo binômio da subsidiariedade e da fragmentariedade), requer-se do Estado a justificação de dois requisitos complementares, quais sejam: (i) ameaça ou lesão a bem jurídico de significativa relevância, e (ii) insuficiência das medidas de normatização social menos onerosas para a proteção do bem jurídico pretendido.

A seleção dos direitos fundamentais pelo direito penal enquanto bem juridicamente protegido por determinada norma punitiva exige juízo de controle em face da regra da proporcionalidade, em especial da subregra da necessidade. Significa dizer que, em um segundo momento, faz-se indispensável examinar a compatibilidade do desenho da tutela penal alocada como medida necessária à proteção do bem jurídico.

161 . De início, como demonstrado na premissa antecedente, o legislador não atendeu o critério da adequação, ao escolher medida institucional de *ultima ratio* , como a tutela penal, não obstante a comprovada ineficácia desse agir interventivo estatal na consecução dos deveres de proteção dos direitos fundamentais das mulheres e do valor intrínseco da vida humana.

Como sobredito, a tutela da vida intrauterina não ampara, *prima facie* , a restrição absoluta no âmbito de proteção dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da autodeterminação e da saúde da mulher. Precisa ser justificada perante os direitos e confrontada em face das alternativas normativas de controle.

162 . A proteção da gestante está umbilicalmente associada à proteção do feto, na medida em que a gestação ocorre no interior do seu corpo físico. Dessa relação complexa e interdependente advêm as premissas para pensar sobre os meios adequados e suficientes à tutela da vida humana em sua dupla vertente. Isso porque objetivar a salvaguarda do nascituro tem razão

quando incluídas nesse âmbito de proteção as mulheres grávidas, nas diversas faces da sua personalidade, como a psíquica, física, biológica e socialmente.

Daí porque o reposicionamento da discussão da interrupção voluntária da gravidez indesejada do campo persecução penal para o da saúde pública. A redução da gravidez indesejada, com a consequente redução do número de abortos, versa questão que se insere no âmbito das políticas sociais de justiça reprodutiva, como demonstra o arcabouço normativo em termos de políticas de planejamento familiar, de saúde sexual e reprodutiva, visto na quarta premissa deste voto. De outro lado, o provimento dos serviços de aborto seguros igualmente centra-se na arena da saúde pública.

163 . Hoje já se sabe quais as ferramentas capazes de operar a redução das taxas de aborto e, por conseguinte, para fomentar a proteção do valor da vida intrauterina com respeito e consideração jurídica aos direitos fundamentais das mulheres, em especial o próprio direito à vida dessas mulheres que se sujeitam ao aborto inseguro, uma das causas da mortalidade materna. Realmente, no cenário comparado, de diálogos entre jurisdições nacionais e internacional, ao se observar os padrões das políticas públicas adotadas nos países identificados pelo sistema da democracia constitucional, e mesmo as denominadas democracias majoritárias, verifica-se a paulatina substituição da política legislativa criminal da interrupção voluntária da gravidez, com a desqualificação da conduta como ilícito penal passível de sanção restritiva da liberdade, por políticas públicas sociais de caráter preventivo e prestacional.

164 . No lugar da intervenção extrema do Estado, caracterizada pela coercitividade, revela-se proporcional e adequado a adoção de políticas de estímulo à responsabilidade (feminina e masculina), de perfil preventivo no acesso à educação sexual e aos meios de promoção da liberdade reprodutiva consciente. De orientação comprometida com a redução dos fatores de risco da gravidez indesejada, com o cuidado no planejamento familiar e com a tutela prestacional na remoção dos obstáculos materiais impeditivos da continuidade da maternidade, caso seja a decisão da mulher. Nesse cenário, a maternidade não figura como ato derivado da coerção, mas como decisão autônoma da mulher, em conformidade com o projeto de vida por ela delineado.

Do reconhecimento da insuficiência do tratamento do aborto como problema de ordem penal à adequação das ações do Poder Público voltadas

para a construção de um sistema de proteção social dos direitos reprodutivos das mulheres, baseado na prevenção da gravidez indesejada, com educação sexual e acolhimento, bem como na prestação das condições materiais necessárias ao aconselhamento a respeito da maternidade, com apoio psicológico e financeiro. Assim como no oferecimento dos procedimentos médicos e medicamentosos seguros para a interrupção voluntária da gestação, quando for a decisão da mulher, com o objetivo de assegurar o seu direito à saúde na integralidade, sem exposição aos riscos do aborto inseguro, operado na rede clandestina.

165 . A validade constitucional do sistema de justiça reprodutiva encontra fundamento em duas razões essenciais. A primeira guarda relação com o reconhecimento dos direitos das mulheres à liberdade de planejamento familiar, à autodeterminação pessoal, à intimidade, à igualdade, à dignidade e à saúde, incluído em seu âmbito de proteção os direitos sexuais e reprodutivos, como ponto de partida do sistema constitucional no equacionamento da questão da interrupção voluntária da gravidez, no marco expresso das doze primeiras semanas.

Não há falar em proteção do valor da vida humana sem igualmente considerar os direitos das mulheres e sua dignidade em estatura de direitos fundamentais e humanos . A tutela da vida humana intrauterina é construída, do ponto de vista normativo, com a participação da mulher e não sem ela, tampouco contra sua autonomia no processo reprodutivo e de planejamento familiar. Se é assim, a intervenção estatal sancionatória, radicada na punição criminal da decisão da mulher, deve demonstrar compatibilidade com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na proteção dos interesses constitucionais em conflito, o que não se verifica.

166 . Como segunda razão da validade da resposta radicada no sistema de justiça social reprodutiva, entendo que a potencial viabilidade da vida intrauterina e sua justificada proteção constitucional não assume, por si só, natureza de intangibilidade. Não se classifica como valor absoluto, assim como o direito à vida, não obstante ostentar o qualificativo de humano e fundamental, em um sistema coerente de proteção internacional e nacional. A primazia da dignidade da vida humana como um dos fundamentos do projeto constitucional não traduz significado normativo de indiscutibilidade ou inderrotabilidade, como afirmei linhas atrás, a tessitura da legalidade constitucional brasileira infirma essa tese.

167 . Desse modo, entendo que a criminalização da conduta de interromper voluntariamente a gestação, sem restrição, não passa no teste da subregra da necessidade, por atingir de forma o núcleo dos direitos das mulheres à liberdade, à autodeterminação, à intimidade, à liberdade reprodutiva e à sua dignidade. Ademais, configura-se incoerente, da perspectiva normativa, com o modelo constitucional que adotou a proteção gradual ao direito à vida, como explicitado na premissa deste voto.

Nesse sentido, mostra-se desnecessária a atuação do legislador que, a despeito das medidas normativas mais efetivas e compatíveis com a proteção dos direitos fundamentais das mulheres e da vida potencial do feto, adota desenho institucional desproporcional à gramática dos direitos fundamentais, pilares do estado constitucional, sem que a finalidade da tutela da vida em potencial seja assegurada.

A justiça social reprodutiva, fundada nos pilares de políticas públicas de saúde preventivas na gravidez indesejada, revela-se como desenho institucional mais eficaz na proteção do feto e da vida da mulher, comparativamente à criminalização.

168 . Nessa ordem de argumentos, entendo que a restrição absoluta do direito da mulher grávida à autodeterminação na escolha do seu projeto de vida digna fugiu do postulado da menor restrição. *O legislador falhou no respeito ao critério do mínimo necessário para a persecução do objetivo legislativo, correspondente à subregra da necessidade .*

Convergindo com essa linha interpretativa da controvérsia constitucional, em particular com essa conclusão normativa, desde as premissas ora debatidas no contexto argumentativo deste processo, as exposições defendidas por diversos atores sociais na audiência pública, cujos memoriais foram juntados ao processo. A saber, a CONECTAS Diretos Humanos, - Instituto Brasileiro de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais, Núcleo de Prática Jurídica em Direitos Humanos da USP – NJP-DH USP, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Centro de Pesquisas em Saúde Reprodutiva de Campinas – CEMICAMP.

169 . Mais uma vez. O Estado, utilizando-se da forma mais interventiva e extrema de seu arcabouço – o direito penal –, ao restringir a autodeterminação da mulher, enquanto núcleo da realização dos seus

direitos, à alegação da justiça do propósito subjacente à regra de proteção do feto, viola parâmetros mínimos e indispensáveis para a justificação da restrição de direitos fundamentais.

170 . Ainda, cumpre assinalar que abortos inseguros e o risco aumentado da taxa de mortalidade revelam o impacto desproporcional da regra da criminalização da interrupção voluntária da gravidez não apenas em razão do sexo, do gênero, mas igualmente, e com mais densidade, nas razões de raça e condições socioeconômicas. O argumento da interseccionalidade assume ponto de relevância no discurso jurídico sobre a criminalização do aborto, na medida em que descortina todos os véus da discriminação estrutural que assola a sociedade brasileira e suas instituições, públicas e privadas.

Não é necessário esforço para a demonstração da coerência normativa e narrativa do argumento do impacto desproporcional dos arts. 124 e 126 do Código Penal sobre o núcleo social mais estigmatizado, o de mulheres pretas e pobres. Tanto a Pesquisa Nacional do Aborto, elaborada pela Universidade de Brasília, a pedido do Ministério da Saúde, quanto as de perfis delimitados, restritos à análise de conjunto de processos, como fez a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, são enfáticas na explicitação dessa realidade social.

Nesse quadro do impacto desproporcional da criminalização, ponto que foi objeto de exaustiva deliberação na audiência pública, fica evidente seu caráter punitivo social, vale dizer, sua natureza de imposição de castigo às mulheres, notadamente as mais vulneráveis.

171 . A esse respeito, vale mencionar que é iterativa a jurisprudência dos mecanismos regionais de proteção internacional dos direitos humanos – tanto no sistema europeu quanto no sistema interamericano – no que admitem o impacto desproporcional da criminalização. Ilustrativa a sentença tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Manuela e outros vs. El Salvador* (2021), especificamente os parágrafos 248-259 da sua fundamentação, os quais transcrevo abaixo:

251. El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁴⁰⁴. En este sentido, si una norma o

práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas debe ser considerado como discriminación indirecta.

252. La Corte ha reconocido que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales⁴⁰⁶. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia⁴⁰⁷. No obstante, las mujeres tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en los servicios de salud reproductiva y en la atención obstétrica sin ser objeto de discriminación o violencia.

253. Además, esta Corte considera que en Manuela confluían distintas desventajas estructurales que impactaron su victimización. En particular, la Corte subraya que Manuela era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural. De verificarse la discriminación alegada en este caso, estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación habrían confluído en forma interseccional, incrementando las desventajas comparativas de la presunta víctima y causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. Asimismo, la Corte resalta que dichos factores de discriminación son concordantes con el perfil de la mayoría de las mujeres juzgadas en El Salvador por aborto u homicidio agravado, quienes tienen escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad (supra párr. 46).

172 . A criminalização perpetua o quadro de discriminação com base no gênero, porque ninguém supõe, ainda que em última lente, que o homem de alguma forma seja reprovado pela sua conduta de liberdade sexual, afinal a questão reprodutiva não lhe pertence de forma direta. Tanto que pouco – ou nada - se fala na responsabilidade masculina na abordagem do tema. E mesmo nas situações de aborto legal as mulheres sofrem discriminações e juízos de reprovação moral tanto do corpo social quanto sanitário de sua comunidade.

O impacto desproporcional, em verdade, incrementa o estigma social sobre a mulher que não escolhe pela maternidade como projeto de vida digna, na medida em que a tutela penal vincula imposição de conduta à condição biológica da mulher.

No ponto, importante os esclarecimentos trazidos pelo Conselho Federal de Psicologia, representado na audiência pública pelas Dra. Sandra Elena Sposito e Letícia Gonçalves, acerca do papel do estigma social imposto às mulheres que rompem com a lógica da naturalização da maternagem associada ao feminino:

13. A naturalização da maternagem como destino das mulheres, bem como a compreensão que a escolha pelo aborto enseja um inevitável sentimento de culpa e remorso das mulheres que o realizam são elementos geralmente associados à subjetividade das mulheres que interrompem voluntariamente uma gravidez. A ideia que existe um associação “natural” entre maternidade e feminilidade historicamente tem subjetivado às mulheres, engendrando modos de ser e estar pouco flexíveis, impondo a maternagem como inerente e desejável. Podemos, afirmar, parafraseando Foucault a presença de um dispositivo da maternagem, ou seja, uma profusão de discursos e práticas institucionais e legalizados que produzem verdade e gestão da vida sobre os corpos das mulheres, aprisionando-as à função materna.

14. A realização de um aborto é também o rompimento voluntário de uma mulher com esse pacto social de maternidade (ou dispositivo) como destino, desnaturalizando-o; indiretamente denunciando sua proveniência das relações de poder. Implica na recusa a submissão desse paradigma, mesmo que a escolha pela interrupção da gestação seja decorrente de fatores socioeconômicos e da fragilidade pela ausência de seguridade social.

15. Subjetivamente, o processo de escolha pela realização do aborto, é marcado por dilemas oriundos das marcações identitárias sobre o feminino maternal inerente, aliado aos mecanismos de estigmatização e criminalização desta prática. Indicando assim que, o sofrimento psíquico associado ao aborto tem menos relação com o ato em si, e maior vínculo com os processos psicossociais que engendram culpa pelo descumprimento da função materna e do escárnio social moral-religioso criminalizante. (Memorial apresentado para a audiência pública)

173 . A descriminalização, por outro lado, ao permitir procedimentos seguros à integridade física da mulher, igualmente desvela o véu da discriminação fundada no gênero, ao redirecionar o investimento para políticas de direitos reprodutivos e sexuais. Isto é, em políticas de modernos sistemas de contracepção, saúde com informação adequada, com apoio psicológico e estrutura no planejamento familiar.

174 . O estímulo à responsabilidade para evitar gravidez indesejada é medida normativa idônea, racional e proporcional para se chegar nas causas multifatoriais que orbitam o contexto do aborto. Se é assim, se a resposta que cumpre de forma adequada e efetiva com os deveres de proteção dos direitos das mulheres e do valor intrínseco da vida humana consiste na promoção de justiça social reprodutiva, em integralidade e toda sua complexidade, imperioso exigir do Estado a conformação de política pública que atenda esta modalidade de tutela.

Com o desenho de uma estrutura pública vocacionada à prevenção, à educação, ao acesso igualitário aos procedimentos médicos e medicamentosos seguros e eficientes, ao aconselhamento de planejamento familiar, à remoção dos obstáculos sociais e normativos discriminatórios e impeditivos da decisão pela maternidade, se for a escolha.

175 . Não é o consenso que se busca a respeito do significado moral da prática do aborto. Não teremos consenso nesse assunto e não precisamos, pois os desacordos morais razoáveis são elementos constitutivos das democracias constitucionais contemporâneas, baseadas no pluralismo jurídico, derivado da sua composição social heterogênea, e no respeito à dignidade pela autonomia de cada indivíduo.

176 . A solução para a redução das taxas de aborto, portanto, está na observação das causas relacionadas ao problema da gravidez indesejada e na opção pela interrupção voluntária como forma de solução, que necessariamente são várias e estão interligadas, por se tratar de autêntico problema estrutural na área da saúde sexual e reprodutiva.

Olhar para as consequências do problema e resolvê-lo com base em uma única lógica, a da continuidade forçada da gestação, em nome da tutela absoluta de único bem – nascituro - em um conflito policêntrico, não é o caminho. É necessário atentar para as diferentes causas do cenário do aborto atualmente posto e pensar com seriedade como tutelar da melhor forma possível todos os interesses implicados, de maneira a realizar a justiça social reprodutiva.

O dever do Estado de coibir e prevenir a violência contra as mulheres concretiza-se na definição e implementação das políticas públicas voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções feitas pelo legislador. Sem embargo, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer,

eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. A insuficiência na prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional.

Da compatibilidade da tutela penal do aborto à regra da proporcionalidade: limites do estado constitucional

177 . É premissa do Estado de Direito que o sistema jurídico deve orientar de forma clara as pessoas sobre quais condutas são proibidas e o porquê, justificando racionalmente a idoneidade da escolha pelo lado mais coercitivo e interventivo do Estado. No entanto, a criminalização, para além da sua ineficácia e inadequação, obstaculiza a deliberação democrática séria sobre a realidade complexa que circunda o aborto e suas dimensões interdisciplinares.

178 . O único fundamento de proteção da vida humana, em particular do feto, como finalidade bastante para amparar a legitimidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, não responde às exigências constitucionais da regra da proporcionalidade, em suas subregras da adequação e da necessidade.

Todavia, essa conclusão não implica dizer que esteja fora da liberdade decisória do legislador regulamentar a proteção da vida pré-natal como bem objetivo do estado constitucional. **A fórmula institucional atualmente empregada é que se mostra excessiva ao não considerar a igual proteção dos direitos fundamentais das mulheres, dando prevalência absoluta à tutela da vida em potencial (feto)** . Tampouco significa afirmar ausência de proteção estatal, tendo em vista a categorização da questão do aborto como problema de justiça social reprodutiva, no cenário da saúde pública.

179 . Nessa perspectiva, é interessante observar a incongruência normativa, na medida em que o mesmo legislador penal, em outro contexto normativo, validou a proteção gradual do feto, ao classificar o estupro e o risco à saúde mãe como fatos jurídicos razoáveis para justificar a excludente de ilicitude, conforme art. 128, II, do Código Penal. Aqui, o conflito eventual entre a proteção da vida em potencial, do feto, e o direito à dignidade da mulher gestante, foi solucionado no sentido de deixar sob a responsabilidade da mulher a escolha sobre a decisão a ser tomada, sem qualquer restrição temporal, inclusive.

A subinclusão da regra dos arts. 124 e 126 afasta o compromisso com a fidelidade constitucional da tutela penal na hipótese da interrupção voluntária da gestação nas doze primeiras semanas, ao excluir, assim como

o direito brasileiro erigido no alvorecer do século XIX, a mulher como sujeito autônomo de direito no tecido social e jurídico . Há razões para presumir por parte do Estado a inaceitabilidade moral da decisão pelo aborto, no exercício do direito fundamental à dignidade da mulher.

Entretanto, a premissa estatal no sentido do equívoco de uma decisão da mulher pela interrupção voluntária da gravidez invade a esfera mais profunda da sua moralidade autônoma e refuta o pluralismo que caracteriza a ética da nossa democracia constitucional. Essa questão envolve um das mais íntimas escolhas que a mulher pode fazer ao longo de sua vida, decisão fundamental para a construção da sua dignidade e autonomia pessoal. O Estado não pode julgar que uma mulher falhou no agir da sua liberdade e da construção do seu *ethos* pessoal apenas porque sua decisão não converge com a orientação presumivelmente aceita como correta pelo Estado ou pela sociedade, da perspectiva de uma moralidade.

180 . No marco igualitário do constitucionalismo, a liberdade constitucional de escolha corresponde à igual dignidade que é atribuída a cada um. A mulher que decide pela interrupção da gestação nas doze primeiras semanas de gestação tem direito ao mesmo respeito e consideração, na arena social e jurídica, que a mulher que escolhe pela maternidade.

181 . Somado ao juízo de invalidade constitucional dos arts. 124 e 126 do Código Penal, reporto-me mais uma vez aos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário e que constituem o bloco normativo do estado constitucional, que, reitero, impôs um dever, aos Estados-membros, de produzir legislação de acesso ao aborto legal e seguro, bem como de implementação de um sistema de justiça social reprodutiva.

182 . Diante das determinações convencionais direcionadas ao legislador, tenho por evidenciado que a legislação penal, em seus arts. 124 e 126 do Código Penal, ao criminalizar a interrupção voluntária da gravidez de forma irrestrita, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais das mulheres. Tampouco observa as obrigações convencionais, permanecendo imutável nas últimas três décadas, a evidenciar a falha do legislador em conferir eficácia ao conteúdo dos direitos fundamentais sexuais e reprodutivos das mulheres, em especial a dignidade da pessoa humana, tal como moldado o conteúdo desses direitos nos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil.

183 . Não pode o Supremo Tribunal Federal, segundo penso, furtar-se ao dever de fazer valer a Constituição da República diante de ato do Poder Legislativo materializador de escolha política que, ao sacrificar os direitos fundamentais das mulheres protegidos pela Constituição, ingressa em terreno que lhe fora interdito.

184 . É dever deste Supremo Tribunal Federal, como instituição que tem por função precípua a guarda da Constituição, reconhecer a não recepção dos atos normativos que obstaculizam a operação da democracia e a proteção adequada e suficiente dos seus direitos fundamentais, em particular a tutela adequada do valor intrínseco da vida humana, em toda sua complexidade que assume no ordenamento constitucional.

Limites da cognição jurisdicional e diálogos institucionais: técnica decisória do apelo ao Legislador e ao Executivo

185 . A invalidação constitucional da criminalização da interrupção voluntária da gravidez, nas doze primeiras semanas da gestação não se revela como instrumento normativo autossuficiente dos direitos reprodutivos das mulheres, do exercício da sua autonomia pessoal, liberdade e dignidade. Sua realização depende necessariamente da vertente prestacional desses direitos, consubstanciada nos deveres fundamentais de proteção e nas formas de prestações normativas e materiais para a realização do direito fundamental. Esta perspectiva prestacional do problema, relacionada especificamente ao aborto nas hipóteses previstas no Código Penal, é objeto de questionamento na ADPF 989, de relatoria do *Ministro Edson Fachin*.

À vista da dimensão prestacional dos direitos reprodutivos das mulheres, evidencia-se a obrigação do Estado em estruturar um marco normativo, com as fórmulas materiais necessárias para a acomodação dos direitos, em especial, o direito ora reconhecido em interromper a gravidez de forma segura e legal, nas doze primeiras semanas, acompanhado de um sistema sanitário que assegure a justiça social reprodutiva, por meio das políticas públicas de preservação da saúde reprodutiva, da educação sexual e da disponibilização dos métodos contraceptivos adequados.

A dimensão prestacional da justiça social reprodutiva, como argumentado, explica a desconstituição da validade da política punitiva de encarceramento, que não se demonstra suficiente e proporcional enquanto

política pública de desestímulo à gravidez indesejada, tampouco eficaz na perseguição da sua finalidade subjacente, que é tutela da vida humana. Por isso, a necessidade, melhor, a imprescindibilidade da sua execução.

Todavia, não cabe ao Supremo Tribunal Federal elaborar políticas públicas relacionadas à justiça social reprodutiva ou escolher alternativas normativas aos desenhos institucionais aprovados pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, ressalvados os juízos de inconstitucionalidade. O Tribunal não dispõe de conhecimento técnico interdisciplinar e especializado para formular engenharia administrativa e institucional adequada do modelo de justiça social reprodutiva. Não obstante, compete-lhe o diálogo institucional, por meio das técnicas processuais pertinentes, sejam elas para a coleta de dados e informações, como as audiências públicas, sejam as técnicas decisórias instauradoras da conversação democrática, como o apelo ao legislador.

Ademais, o Estado brasileiro tem experiência e avanços significativos em matéria de políticas de saúde pública das mulheres (educacional, preventiva, de disseminação de métodos contraceptivos, de aconselhamento e tutela das mulheres em situação de risco). Compete ao Estado realizar os ajustes institucionais em matéria de federalismo para criar fórmulas capazes de assegurar a permanente cooperação entre os órgãos administrativos, a partir da articulação entre as dimensões estáticas e dinâmicas das competências comuns atribuídas aos entes federados, em especial, no que aqui importa, quanto à remoção dos entraves normativos e orçamentários indispensáveis à realização desse sistema de justiça social reprodutivo.

Dito isso, registro o apelo ao Legislador e ao Executivo para a adequada e efetiva implementação do sistema de justiça social reprodutiva.

Da Solução normativa

186 . A questão da criminalização da decisão, portanto, da liberdade e da autonomia da mulher, em sua mais ampla expressão, pela interrupção da gravidez perdura por mais de setenta anos em nosso país. À época, enquanto titular da sujeição da incidência da tutela penal, a face coercitiva e interventiva mais extrema do Estado, nós mulheres não tivemos como expressar nossa voz na arena democrática. Fomos silenciadas! Não tivemos como participar ativamente da deliberação sobre questão que nos é particular, que diz respeito ao fato comum da vida reprodutiva da mulher, mais que isso, que fala sobre o aspecto nuclear da conformação da sua

autodeterminação, que é o projeto da maternidade e sua conciliação com todos as outras dimensões do projeto de vida digna.

A vida digna e aceita como correta, do ponto de vista da moralidade majoritária social da década de 1940, excluía as mulheres da condição de sujeito de direito, seja ele de perfil político-democrático, seja de perfil de autonomia cívica. A ausência de representação política, a condição normativa atribuída, a cidadania de segunda classe a qual estavam categorizadas, permitiram sua fala por meio de representação da família, estrutura hierárquica e fundada no *pater familia*. A maternidade e os cuidados domésticos compunham o projeto de vida da mulher, qualquer escolha fora desse padrão era inaceitável e o estigma social, certo.

Transcorridas mais de oito décadas, impõe-se a colocação desse quadro discriminatório na arena democrática para uma deliberação entre iguais, com consideração e respeito. Agora a mulher como sujeito e titular de direito. Aí uma das razões pela qual convoquei a audiência pública. Oportunizar o procedimento democrático do debate público, com pluralidade de vozes, ante o caráter complexo e policêntrico do problema.

A dignidade da pessoa humana, a autodeterminação pessoal, a liberdade, a intimidade, os direitos reprodutivos e a igualdade como reconhecimento, transcorridas as sete décadas, impõem-se como parâmetros normativos de controle da validade constitucional da resposta estatal penal.

187. Ante as razões expostas, julgo procedente, em parte, o pedido, para declarar a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal , em ordem a excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação realizada nas primeiras doze semanas.

É como voto.