



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

VOTO 232

RELATOR: José Henrique Rodrigues Torres

Processo TJ nº 01130027.3/0-0000

NATUREZA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

COMARCA: São José do Rio Pardo – Fórum Distrital de São Sebastião da Grama

VARA: Vara Única

PROCESSO. N.: 291/03 (controle)

JUIZ "A QUO": Paulo Rogério Malvezzi

AUTOR: Ministério Público (recorrido)

RÉ: Tatiana Aparecida Correa (recorrente)

DECISÃO RECORRIDA

PRONÚNCIA: Código Penal, artigo 124.

SITUAÇÃO PRISIONAL: ré solta.

VOTO VENCIDO:

A) PREJUDICIAL DO MÉRITO: dando provimento ao recurso para ABSOLVER a recorrente, forte no artigo 415, III do Código de Processo Penal.

FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO VENCIDO: A criminalização do abortamento é incompatível com o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, o qual foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro, constitui um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, não tem sido eficaz nem útil para a proteção da vida intra-uterina, está sendo mantida com um enorme custo social, impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema, acarreta às mulheres terríveis seqüelas e morte e contraria, de modo flagrante, os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade, bem como as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico, nem para impor uma determinada concepção moral, nem para punir condutas freqüentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população. Portanto, é inconstitucional a criminalização do auto-aborto, tipificado no artigo 124 do Código Penal. E, em consequência, o fato pelo qual foi pronunciada a recorrente é atípico, ou seja, não é criminoso.

B) PREJUDICIAL DO MÉRITO: dando provimento ao recurso para ABSOLVER a recorrente, forte no artigo 397, IV do Código de Processo Penal.

FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO VENCIDO: considerando-se a pena em perspectiva, aplicável em caso de eventual condenação, com base nos elementos constantes do processo, deve ser reconhecida, por antecipação, a prescrição da pretensão punitiva; e, em consequência, nos termos do artigo 397 do CPP, a absolvição da recorrente é de rigor.

C) DO MÉRITO: dando provimento ao recurso para IMPRONUNCIAR a recorrente, forte no artigo do Código de Processo Penal.

FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO VENCIDO: Para a pronúncia devem existir provas bastantes, fortes, inflexíveis e conclusivas da materialidade do fato, não sendo suficientes indícios nesse sentido; neste caso, não há provas das gravidez, nem de vida extra-uterina, nem de ocisão fetal; assim, a impronúncia é de rigor.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

VISTOS.

TATIANA APARECIDA CORREA, qualificada nos autos (fls. 52), portadora do RG nº 30.836.874, **INCONFORMADA** com a r. decisão de pronúncia contra ela proferida nesta ação penal, contra ela interpôs **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, alegando, em apertada síntese, o seguinte: que foi **PRONUNCIADA** como incurso no artigo 124 do Código Penal, porque no dia 15 de setembro de 2003, por volta das 15h30, no interior da residência situada na Rua Santa Catarina 153, Vila Gomes, na cidade de São Sebastião da Gramma, provocou aborto em si mesma; preliminarmente, ocorrerá a prescrição *in concreto* quando for prolatada sentença condenatória; no mérito, não há provas de autoria e materialidade do delito; sendo assim, requer a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição e, subsidiariamente, sua absolvição (fls. 223/227). Em contra-razões, o Ministério Público pediu o não provimento do recurso, porque, a prescrição *in abstracto* não ocorreu e, devido ao *iter criminis*, a ré não fará jus à pena mínima quando condenada; no mérito, há indícios suficientes de autoria e a materialidade está provada para embasar a pronúncia (fls. 229/232). O Procurador de Justiça opinou pelo improvimento do apelo, pois a prescrição virtual carece de fundamento legal e, no mérito, existem indícios suficientes de autoria e materialidade do delito (fls. 264 a 271).

Submetido o recurso a julgamento, analisando questão prejudicial ao julgamento do mérito, proferi meu voto, como **RELATOR**, absolvendo a recorrente em face da inconstitucionalidade da criminalização primária do auto-aborto, mas fiquei vencido, pois não foi esse o entendimento dos meus excelentíssimos pares.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Em seguida, analisando outra questão prejudicial ao julgamento do mérito também, proferi meu voto, ainda como RELATOR, absolvendo a recorrente em face da extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, que reconheci em perspectiva, mas, mais uma vez fiquei vencido.

Finalmente, julgando o mérito do recurso, proferi o meu voto, dando provimento à pretensão recursal e impronunciando a recorrente, mas também fiquei vencido.

Assim, passo a declarar os meus votos vencidos, quanto às questões prejudiciais e quanto ao mérito.

1.- VOTO VENCIDO. QUESTÃO PREJUDICIAL. DA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM RAZÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA DO AUTO-ABORTO.

“VOTO.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousamos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”

Fernando Pessoa



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

O recurso merece provimento para que a ré seja absolvida, pois o fato pelo qual foi ela pronunciada é atípico, ou seja, não é criminoso.

**1.- DA INCOMPATIBILIDADE DA
CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO
PENAL, ARTIGO 124) COM O SISTEMA DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS
MULHERES.**

“As legislações, que devem servir à justiça, mas não são a justiça, oferecem permanentemente o perigo do erro, da injustiça. Mas elas são a chance de se fazer justiça, na medida em que elas podem e devem ser constantemente repensadas e refeitas, deferidas e diferidas, perfectíveis. A justiça, esta é o indesejável, o objetivo maior da desconstrução. Podemos dizer que a desconstrução, diferentemente da filosofia clássica, não é uma busca da verdade, mas da justiça” (Jacques Derrida)¹

O Brasil ratificou Tratados Internacionais de Direitos Humanos, incorporando em seu sistema jurídico-constitucional, nos termos do artigo 5º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal, os Direitos Humanos das Mulheres (a.- Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará”, de 1994, em 27 de novembro de 1995; b.- Convenção Interamericana para prevenir e punir torturas, de 1985, em 20 de julho de 1989; c.- Convenção Americana de Direitos Humanos –

¹ *Force de loi*, 1994



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

“Pacto de San José da Costa Rica”, de 1969, em 25 de setembro de 1992; d.- Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, em 28 de setembro de 1989; e.- Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, em 1º de fevereiro de 1984; e f.- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em 24 de janeiro de 1992).

E, de acordo com os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, os Tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, constituem dogmas constitucionais metidos a rol entre as garantias fundamentais, com natureza de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Com efeito, como assevera Flávia Piovesan, invocando ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade e de José Joaquim Gomes Canotilho, “os direitos garantidos nos tratados de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, com parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”².

Assim, o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos das mulheres, especialmente no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos, foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro com natureza constitucional e seus dispositivos garantistas estão marcados com o sinete das cláusulas pétreas.

² Direitos humanos e o direito constitucional internacional, pg. 83, Ed. Max Limonad, SP, 1996



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

E, ao subscrever e ratificar a Declaração de Pequim, o Brasil reconheceu que “os Direitos das Mulheres são Direitos Humanos” e que têm as mulheres o direito à plena assistência à saúde sexual e reprodutiva.

Aliás, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, os direitos sexuais e reprodutivos também foram reconhecidos como direitos humanos.

E as Conferências internacionais de Copenhague (Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social) e Beijing (IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz), de 1995, também afirmaram o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no âmbito das garantias dos direitos humanos.

Além disso, em face dos dispositivos internacionais da Declaração e Programa de Viena, o Brasil assumiu a obrigação de garantir às mulheres os direitos à igualdade, à tolerância e à dignidade.

Mas não é só.

Ao ratificar o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Estado Brasileiro também assumiu a obrigação de criar condições que assegurem a todas as mulheres a assistência médica plena.

E não se olvide que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), também incorporada ao sistema jurídico-constitucional brasileiro, garante às mulheres o direito à assistência integral no que diz respeito à sua saúde sexual e reprodutiva e, com base



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

nessa convenção, o Brasil comprometeu-se a proteger as mulheres dos efeitos negativos à saúde causados pelo abortamento.

Aliás, a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) garante o direito das mulheres a uma vida livre da morte materna evitável e, como é cediço, não existe morte materna mais evitável do que a morte materna causada pelo abortamento inseguro.

Lembre-se, ainda, de que de que a Conferência do Cairo estabeleceu um novo paradigma para o debate sobre população e desenvolvimento, (1) afirmando o compromisso do sistema de Direitos Humanos com as questões atinentes à reprodução, (2) afastando dos sistemas jurídicos dos países subscritores a concepção patriarcal de controle da sexualidade das mulheres, (3) reconhecendo a necessidade de se garantir a liberdade de autodeterminação para um planejamento democrático e (4) deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos humanos e, mais especificamente, para o âmbito do respeito aos direitos reprodutivos como direitos humanos³.

E, na mencionada Conferência do Cairo, foram estabelecidos indeclináveis princípios éticos no que diz respeito aos direitos reprodutivos e foram expressamente reconhecidos os direitos das mulheres ao controle sobre a sua sexualidade, à garantia de sua saúde sexual e reprodutiva e à livre decisão, sem

³ Note-se que as Conferências anteriores, realizadas em Bucareste (1974) e no México (1984), enfatizaram a necessidade de limitar o crescimento populacional, sobretudo dos países em desenvolvimento, como forma de combater a pobreza e a desigualdade social. A Conferência do Cairo rompeu com essa visão, introduzindo a perspectiva dos direitos reprodutivos como direitos humanos. A respeito, ver Leila Linhares, *As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário*. In: *Seminário "Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade"*, Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1998. Consultar também *Direitos Sexuais e Reprodutivos na Perspectiva dos Direitos Humanos*, Advocaci/Funuap, Rio de Janeiro, 2003.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

coerção, discriminação ou violência, como um direito fundamental⁴.

Aliás, a Conferência do Cairo também reconheceu e proclamou que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, bem como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas.

Mas não é só.

O Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), afirmando que o acesso à atenção à saúde, e, em especial, à saúde reprodutiva, é um direito básico, reconhece que os Estados signatários, entre os quais está metido a rol o Brasil, têm o dever de dar cumprimento ao artigo 12 dessa Convenção, para garantir a saúde e o bem estar das mulheres e das adolescentes.

E a Conferência de Beijing também consagra o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e enfatiza a necessidade da garantia da autodeterminação, da igualdade e da segurança sexual e reprodutiva das mulheres para a plena vivência de sua saúde sexual e reprodutiva, afirmando que os Estados-Partes têm o dever de proteger tais direitos.

Assim, o Brasil e os demais Estados-Partes têm a obrigação ética e jurídica de eliminar a discriminação contra

⁴ Enuncia o princípio 4 da Conferência do Cairo, de 1994: "Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. 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 do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional."



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

as mulheres e adolescentes no que diz respeito ao acesso aos serviços de saúde, em todas as fases de seu ciclo de vida, particularmente nas áreas de planejamento familiar, gravidez, parto e pós-parto⁵.

Além disso, o Brasil, como Estado-Parte, assumiu o compromisso de garantir o acesso universal de todas as mulheres e adolescentes a uma ampla gama de serviços de saúde de alta qualidade e acessíveis, inclusive no que se refere aos serviços de saúde sexual e reprodutiva.

Decididamente, no âmbito jurídico-constitucional, o Brasil reconhece que a saúde das mulheres e das adolescentes, em especial a saúde reprodutiva, é um direito que deve ser assegurado com base na principiologia da promoção dos direitos humanos.

Assim, como observa Flavia Piovesan⁶, “os direitos sexuais e reprodutivos devem ser compreendidos sob a perspectiva dos direitos humanos” e “é sob esse prisma que se insere a problemática do aborto” (Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, org., *Nos limites da vida*, Ed. Lumen Juris, RJ, p. 207

Portanto, a temática da criminalização do aborto e, especialmente, da tipificação do auto-aborto, nos termos do artigo 124 do Código Penal, deve ser analisada sob a égide do sistema de garantias das mulheres no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos, inseridos no contexto dos Direitos Humanos das

⁵ CEDAW, 20ª Session (1999) General Recommendation n. 24.

⁶ Flavia Piovesan. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Mulheres e metidos a rol entre as cláusulas constitucionais de garantias fundamentais.

Aliás, no que se refere ao aborto especificamente, o sistema internacional dos Direitos Humanos, albergado por nossa Constituição Federal, consagra o princípio de que os Estados devem assumir o aborto como uma questão de saúde pública, promovendo a exclusão de todas e quaisquer medidas punitivas imposta às mulheres que realizam a interrupção voluntária da gravidez⁷ e, assim, afastando o seu enfrentamento do âmbito do sistema penal, que, em face de seu caráter repressivo, exclui, estigmatiza e impede que as mulheres tenham o necessário acolhimento do Estado no que diz respeito ao exercício material de seu direito à plena assistência sanitária⁸.

E o Plano de Ação de Beijing, no capítulo dedicado à *Mulher e Saúde*, reforçando o Plano de Ação do Cairo, de 1994, também consagra o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e evidencia a incompatibilidade da criminalização do abortamento com a necessidade da garantia material à plena assistência no âmbito da saúde.

É por isso que os Comitês da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 2003, estabeleceu que o Estado brasileiro deve adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, enfatizando, mais uma vez, a incompatibilidade entre a criminalização do abortamento e a necessidade de garantir a saúde das mulheres, pois o abortamento, repito,

⁷ CEDAW, 20ª Session (1999), General Recommendation n. 24.

⁸ Conferência Internacional de População e Desenvolvimento



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

conforme já reconhecido pelo sistema Internacional de Direitos Humanos, é reconhecido como um grave problema de saúde pública, não como um problema que pode ser arrostado no âmbito repressivo dos sistemas penais.

Aliás, o Comitê CEDAW proclama, expressamente, que os Estados devem adotar “a eliminação de preceitos que discriminam a mulher, como as severas punições impostas ao aborto, permitido legalmente apenas em restritas situações”.

Com efeito, segundo a Recomendação Geral n. 19, do Comitê CEDAW, os Estados-Partes devem adotar medidas para prevenir a coerção nos domínios da fertilidade e da reprodução, assegurando que mulheres não sejam forçadas a procedimentos médicos sem segurança, como o aborto ilegal, realizado sem a garantia de serviços sanitários apropriados, capacitados e seguros.

E o Comitê PIDESC, reconhecendo que a criminalização do aborto tem um impacto perverso na saúde das mulheres, (1) afirmou a necessidade de adoção de programas de planejamento familiar como uma forma de diminuir a ocorrência do aborto, (2) proclamou, expressamente, que a descriminalização do abortamento deve ser promovida para “proteger as mulheres dos efeitos do aborto clandestino e inseguro e para garantir que as mulheres não se vejam constrangidas a recorrer a tais procedimentos nocivos” e (3) evidenciou a necessidade da manutenção de um sistema jurídico que garanta a realização do abortamento sem restrições, com a garantia de acesso a serviços de alta qualidade para todas as mulheres, independentemente de idade, origem, estado civil ou nível de educação.

Mas ainda não é só.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

Em 2005, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu que “os direitos reprodutivos estão firmemente baseados nos princípios dos direitos humanos” e que “negar acesso ao aborto legal é uma violação dos direitos mais básicos da mulher”⁹.

Além disso, os Comitês da ONU consideram discriminatórios os sistemas jurídicos dos Estados-Partes que insistem em manter em seu bojo leis que impedem a implementação das garantias das mulheres a serviços de saúde, como aquelas que criminalizam a prática do abortamento, pois é indeclinável a obrigação de garantir o acesso a tais serviços para todas as mulheres.

E não se olvide que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos já consolidou o entendimento de que o feto não goza de direito absoluto à vida, pois o seu direito deve ser ponderado com o direito da mulher¹⁰, rejeitando, assim, expressamente, o argumento de que as leis nacionais que autorizam o aborto são violadoras do artigo 2º da Convenção Europeia, o qual protege o direito à vida, indicando a necessidade de ponderação entre os interesses da mulher e os interesses do Estado de proteger o feto¹¹.

⁹ Sobre a matéria, ver caso *Karen Huamán versus Peru* (comunicação n. 1153/2003), decidido pelo Comitê de Direitos Humanos em 17 de novembro de 2005, em que o Comitê condenou o Estado do Peru a indenizar uma mulher, por não ter tido acesso a um aborto seguro, na hipótese de má formação fetal incompatível com a vida. Note-se que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), para que este fixe o entendimento de que antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico (ou seja, que tem ausência de cérebro) não é aborto, de forma a permitir que gestantes nesta situação tenham o direito de interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Para a CNTS “a antecipação desses partos não caracteriza o crime de aborto tipificado no Código Penal. (...) [já que] no caso de aborto, “a morte do feto deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto”, o que inexistente nos casos de fetos com anencefalia”. A gestante que carrega no ventre feto anencefálico deve poder optar pela antecipação terapêutica do parto por estar protegida pelos direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva, apontando a violação de três direitos básicos da mulher: a dignidade da pessoa humana, a legalidade, liberdade e autonomia da vontade, e o direito à saúde. Ver notícia do site do Supremo Tribunal Federal do dia 18 de junho de 2004, disponível em www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=95241&tip=UN, acessada em 28 de agosto de 2005.

¹⁰ A respeito, ver caso *Vo x França*, 2004.

¹¹ A respeito, ver caso *Boso x Itália*, 2002.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA “C”

Com efeito, segundo as decisões dessa Corte Internacional, os Estados têm discricionariedade legítima para permitir o abortamento¹², pois, a necessária ponderação de bens, a envolver a colisão entre os direitos da mulher e os direitos de uma vida em potencial (direitos do feto), deve guiar-se pelo princípio da proporcionalidade, em sua tripla dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade estrita.

E também merece lembrança a jurisprudência alemã, em particular a decisão do Tribunal Constitucional no caso denominado Aborto II, em que restou assegurado que os direitos constitucionais das mulheres permitem e, em certas hipóteses, exigem a possibilidade de interrupção da gravidez indesejada, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observando-se que as mulheres não poderiam ser submetidas a um ônus considerado excessivo.

Aliás, com base na principiologia do sistema de proteção dos Direitos Humanos, a Corte Constitucional alemã decidiu que o legislativo poderia estabelecer limites para a realização do aborto, **mas que não poderia criminalizá-lo**.

Além disso, no sistema interamericano, a jurisprudência afirma que o aborto não viola o direito à vida, ainda que protegido pela Convenção Americana, “em geral”, desde a concepção, nos termos de seu artigo 4º, endossando, assim, a necessidade de se estabelecer um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os direitos de uma vida em potencial¹³.

¹² Ver caso R.H. x Noruega, 1992.

Fonte: <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>

www.reproductiverights.org/pdf/pub_bp_RREuropeanCourt.pdf

13. Ver Comissão Interamericana de Direitos

<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>

Humanos, Caso 2141, disponível em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

Decididamente, com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia, à vida e à saúde, a ordem internacional adota o princípio de que os Estados devem conferir às mulheres, na qualidade de pleno sujeito de direito, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto à interrupção da gravidez indesejada.

Assim, a responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou prosseguimento da gravidez indesejada, mediante a ponderação dos valores envolvidos, não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade, mas permite a apropriada atuação dos profissionais de saúde.

É por tudo isso, pois, que é inegável a absoluta incompatibilidade da criminalização primária do auto-aborto, tipificado no artigo 124 do Código Penal, com o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, o qual, repita-se, foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro com natureza constitucional e metido a rol entre as garantias fundamentais, por força do disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

2.- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA CRIMINALIZAÇÃO.

Como ensinam Raúl Cervini¹⁴ e Alessandro Barata¹⁵, sob a égide da principiologia da intervenção mínima, ontologicamente impregnada na concepção do Estado Democrático de Direito, é obrigatória e imprescindível a

¹⁴ Los procesos de descriminalización, Montevideo, Editorial Universidad, 2ª ed., 1993.

¹⁵ Derecho penal y criminología, n. 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

observância dos princípios democráticos limitadores do processo de criminalização, entre os quais podem ser lembrados os seguintes: princípio da idoneidade; princípio da proporcionalidade; princípio da subsidiariedade; e princípio da racionalidade.

Além disso, não podem ser olvidados, também, os seguintes critérios que devem ser observados no processo de criminalização nos Estados Democráticos de Direito: não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral; não criminalizar simbolicamente; e não criminalizar comportamentos frequentes ou aceitos por parte significativa da população.

E, como ensina Maria Lúcia Karan, “são esses princípios e critérios, aliados à orientação direcionada para o rompimento com as marcas da ideologia patriarcal, que devem fornecer as bases para a discussão de um novo tratamento da lei penal às questões que, ligadas à sexualidade e às relações familiares, interessam específica e diretamente às lutas pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher, pela superação da desigualdade e construção de uma nova forma de convivência entre os sexos, aqui consideradas dentro do campo normativo”¹⁶ (Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179).

Assim, é imprescindível analisar a criminalização do auto-aborto, tipificado no artigo 124 do Código Penal, sob o arnês dos princípios e critérios acima mencionados.

¹⁶ Sistema penal e direitos da mulher, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n. 9, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, SP, p. 152/153.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

**2.1- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO
DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124)
COM O PRINCÍPIO DA IDONEIDADE.**

“Descriminalizar significa abandonar, humildemente, a concepção de que é apenas através de qualificação jurídica, com recurso à tipificação penal, que se propulsiona o progresso da sociedade” (Miguel Reale Junior)¹⁷

De acordo com o princípio da idoneidade, a criminalização de qualquer conduta deve ser um meio útil para controlar um determinado problema social.

E é inegável que a manutenção formal da criminalização primária do auto-aborto no sistema jurídico brasileiro não está sendo útil para controlar esse problema social e de saúde pública que é a prática do abortamento.

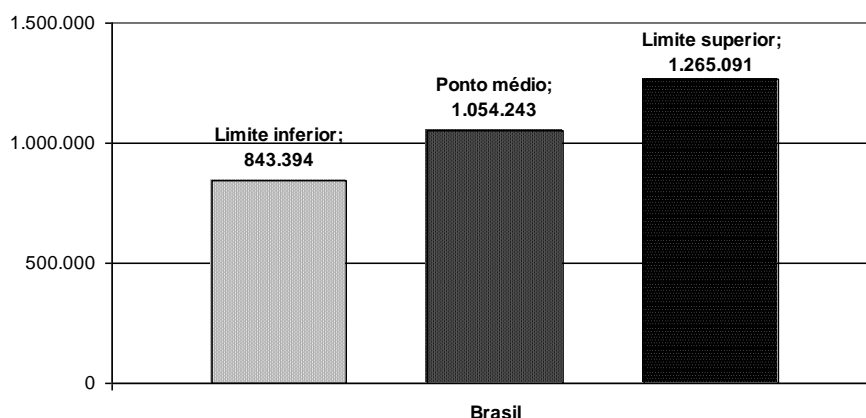
Aliás, a criminalização do aborto tem sido totalmente inútil e ineficaz, pois, de acordo com estimativas oficiais, são realizados, no Brasil, todos os anos, aproximadamente 1.000.000 de abortamentos, sem que a criminalização do auto-aborto contribua de qualquer forma para a contenção ou prevenção dessas condutas.

¹⁷ Descriminalização, Revista do Instituto dos advogados Brasileiros, 1991, p. 187.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

**Estimativas do número de abortos induzidos
Brasil - 2005¹⁸**



**MAGNITUDE DO ABORTO NO BRASIL:
Aspectos Epidemiológicos e Sócio-Culturais**
Leila Adesse - Diretora do programa de Ipas no Brasil
Mário F. G. Monteiro - Instituto de Medicina Social da UERJ

Como observa Flávia Piovesan, “sob o prisma fático, o país tem quase dois abortos clandestinos por minuto¹⁹” e “estima-se que entre 750.000 a 1.400.000 de abortos clandestinos foram realizados apenas em 2000, de acordo com o dossiê *Aborto Inseguro*, realizado pela Rede Feminista de Saúde” (Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan, org., *Nos limites da vida*, Ed. Lumen Juris, RJ, p. 207).

¹⁸ **Estimativas do número de abortos induzidos** Este indicador é utilizado para suprir a deficiência de informações disponíveis para medir a incidência de abortamentos, principalmente em países onde o abortamento não é livre. O método proposto pelo Instituto Alan Guttmacher é aceito e utilizado internacionalmente, tendo se tornado uma referência obrigatória em todos os estudos sobre magnitude do aborto. **MÉTODO DE CÁLCULO** Foram utilizados como fatores de correção um sub-registro de 12,5% e descontada uma proporção de 25% de abortos espontâneos. Assim a estimativa foi obtida aplicando-se a seguinte equação: **número de internações por abortamento x 5 x 1,125 x 0,75**. **FONTE DOS DADOS PRIMÁRIOS** (número de internações). Ministério da Saúde/SAS. SIH-SUS (www.datasus.gov.br). 1 - Ponto médio das estimativas do número de abortos induzidos = número de internações por abortamento x 5 x 1,125 x 0,75 (Metodologia do Instituto Allan Guttmacher) 2 - Limite superior das estimativas do número de abortos induzidos = número de internações por abortamento x 6 x 1,125 x 0,75 (Levando-se em conta a possibilidade de que o uso de misoprostol tenha reduzido a necessidade de internações em consequência de abortamento) 3 - Limite inferior das estimativas do número de abortos induzidos = número de internações por abortamento x 3,5 x 1,125 x 0,75 (admitindo a hipótese proposta por Corrêa e Freitas)

¹⁹ A respeito, ver *Folha de São Paulo*, 10 de dezembro de 2004.



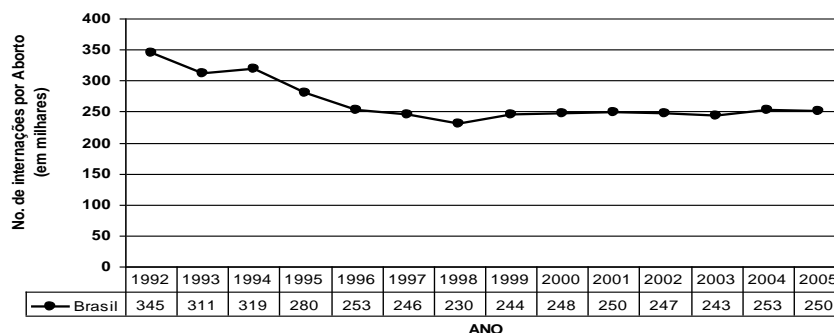
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Decididamente, “esses números apontam que a ilegalidade [do aborto] não os tem impedido [de acontecer], mas apenas piorado as condições em que são realizados e agravado os riscos inerentes a essa prática”²⁰ (Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan, org., Nos limites da vida, Ed. Lumen Juris, RJ, p. 207).

Mas não é só.

Lembre-se, também, de que, como demonstram os dados do Ministério da Saúde, o sistema SUS tem prestado assistência médica a aproximadamente 250.000 mulheres, por ano, em razão da prática de abortamentos.

Número de internações no SUS por abortamento (em milhares) Brasil - 1992 a 2005



Fonte: Ministério da Saúde – Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)

E não se olvide que mais de 30 entre 1.000 mulheres brasileiras em idade reprodutiva já praticaram o abortamento²¹.

²⁰ Rede Feminista de Saúde, Dossiê Aborto Inseguro, disponível em <http://www.redesaude.org.br/dossies/html/dossieaborto.html> acessado em 28 de agosto de 2005.

²¹ Fonte: Alan Guttmacher Inst., 1994



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

Assim, é inexorável a conclusão de que a criminalização do auto-aborto no Brasil representa um fracasso absoluto na tentativa de arrostar esse problema social e de saúde pública, que há de ser enfrentado pela sociedade brasileira, inclusive por seu sistema jurídico, mas jamais pelo fracassado, inócuo, inútil e ineficaz sistema de criminalização.

Como se vê, e como afirma Maria Lúcia Karan, a proibição criminalizadora do aborto é um exemplo eloqüente desse fracasso proibicionista, pois “a criminalização não impede e nunca impediu a realização de abortos” (Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179).

Aliás, vale a pena lembrar as considerações feitas por Maria Lúcia Karan a respeito da inutilidade da proibição criminalizadora do abortamento:

“O proibicionismo em relação ao aborto tem assento histórico relativamente recente, originando-se, na maior parte do mundo, na segunda metade do século XIX, como assinalado na emblemática decisão da Suprema Corte norte-americana, no caso *Roe v. Wade*.⁵

A partir da década de 1950, os países centrais e alguns periféricos começam a liberalizar suas legislações e, hoje, no mundo, mais de duas em cada quatro mulheres vivem em países livres da proibição. Nos países periféricos, 55% das mulheres vivem sob legislações que permitem o aborto, aí se devendo considerar que nos dois países periféricos mais populosos – China e Índia – o aborto é

legalizado. Nos países centrais, aquele percentual sobe para 86% das mulheres.⁶



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Esse quadro desvenda aquela realidade ocultada pela enganosa publicidade do sistema penal, a realidade do caráter puramente político e historicamente eventual da seleção de condutas que, apresentadas como conflituosas ou socialmente negativas, são chamadas de crimes.

Estamos acostumados a falar em crime, como se essa expressão pudesse traduzir um conceito natural, que partisse de um denominador comum, presente em todos os tempos ou em todos os lugares.

Mas, como bem ilustra o quadro relativo ao aborto, na realidade, crimes não passam de meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. Condutas, que, como o aborto com o consentimento da gestante, são criminalizadas em determinados lugares, podem não ser em outros. O que ontem foi crime, hoje pode não ser; e o que hoje é crime, amanhã poderá deixar de ser.

(...) vejamos alguns dados que revelam como o proibicionismo criminalizador não impede e nunca impediu a realização de abortos, ou como as circunstâncias de proibição ou legalidade não têm qualquer relevância na maior ou menor quantidade de abortos.

Dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde e por serviços de estatísticas dos diversos países indicam que a média anual da taxa global de abortos é de 35 por mil mulheres em idade de procriar (15 a 44 anos).

A maior taxa por região é registrada na Europa Oriental – 90 por mil mulheres em idade de procriar – e a menor na Europa Ocidental – 11 por mil mulheres naquela faixa de idade. A disparidade existe apesar de não haver quase



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

nenhuma diferença entre as legislações dos países europeus, todas, à exceção das legislações da Irlanda e da Polônia, não proibitivas do aborto.

Na África, na Ásia e na América Latina e Caribe as taxas de aborto situam-se em patamares bastante próximos entre si e acordes com a média global, as estimativas indicando sua variação entre 33 a 37 abortos por mil mulheres em idade de procriar. Na América Latina e na África, como já mencionado, quase a totalidade dos países adota leis fundadas no proibicionismo e, assim, quase todos os abortos são ilegais (95% para a América Latina e 99% para a África). No Leste da Ásia, ao contrário, praticamente todos os abortos são legais. E no resto da Ásia, pouco mais de um terço dos abortos se faz legalmente.

Anote-se que, em relação à África, Ásia e América Latina e Caribe, eventuais desvios estatísticos estarão localizados em especial nos países que mantêm legislações proibicionistas, podendo acarretar subestimação nos dados a eles referentes, na medida em que as avaliações quantitativas de fatos ocorridos em situação de clandestinidade costumam se fazer apenas com base na parcela que chega ao conhecimento oficial, no caso em foco, as estatísticas da ilegalidade fundando-se principalmente em estimativas construídas a partir de registros de atendimentos hospitalares e mortes de mulheres em consequência do aborto.

A maior ou menor quantidade de abortos pode estar relacionada a diversos fatores, nenhum deles determinado pela proibição ou pela legalização.

A enorme disparidade constatada entre países da Europa ocidental e oriental, em que, repita-se, no que concerne à



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

situação de legalidade, não há quaisquer diferenças significativas nas legislações de uns e outros, parece decorrer de diferenças na disponibilidade e na utilização de meios contraceptivos. Ao que tudo indica, à época do socialismo real, havia grande dificuldade de obtenção de contraceptivos. Em alguns países da Europa Oriental e em algumas ex-repúblicas soviéticas da Ásia Central, a situação vem mudando, na medida em que os contraceptivos vão sendo mais facilmente obtidos, seja de fontes governamentais, seja de fontes privadas. Em alguns desses países, sem que houvesse qualquer mudança em matéria de proibição/legalização, as taxas de aborto caíram cerca de 50% de 1990 a 1996.

Os dados reveladores da inutilidade da proibição também indicam que se libertar do proibicionismo e legalizar a prática do aborto, como já experimentado pela imensa maioria dos países centrais e por alguns países periféricos, é passo que pode ser dado sem maiores riscos de aumento na sua quantidade.

Não obstante as já apontadas reservas com que devem ser tratadas estatísticas relativas ao número de abortos realizados na clandestinidade, o que dificulta comparações, a experiência de alguns países, em que se pôde trabalhar com algum tipo de estatística da época da proibição, indica que, como é comum acontecer em tais circunstâncias, imediatamente após a legalização, verificou-se uma tendência de aumento no número de abortos.

Esse aumento poderia estar a retratar um desvio estatístico originado pelo desconhecimento anterior do número real de abortos e, assim, por uma comparação



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

não tão fidedigna com os números registrados de abortos legais. Mas, ainda que, efetivamente, tenha havido um aumento real, em razão de um crescimento na demanda resultante da maior facilidade e da maior segurança proporcionadas pela realização do aborto na legalidade, o que se verificou foi que, a médio e longo prazo, aquela tendência desapareceu, registrando-se, ao contrário, quedas significativas na quantidade de abortos. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, registraram-se essas tendências, com um aumento no número de abortos nos anos imediatamente seguintes à decisão do caso *Roe v. Wade*, em 1973, que conduziu à legalização do aborto em todo o país, e um posterior declínio a partir dos anos 80.

O demonstrado fracasso do proibicionismo – a demonstrada inutilidade da proibição para impedir ou mesmo apenas reduzir a realização de abortos – já deveria ser razão suficiente para que dele nos libertássemos, abraçando a opção descriminalizadora.

Decerto, o aborto não é uma conduta desejável, uma situação que se possa avaliar positivamente. Decerto, não é um simples meio de planejamento familiar, uma forma de assegurar a livre opção pela maternidade ou um direito da mulher sobre seu corpo.

Abortar é provocar a morte do produto da concepção, que, embrião ou feto, é uma vida humana, que, embora dependente, embora ainda não tendo a qualidade de pessoa, tem direitos, inclusive e naturalmente o direito à vida, que ao Estado cabe assegurar.

Mas, o reconhecimento deste direito à vida longe está de sugerir a proibição. Ao contrário, a descriminalização do aborto, em todas as partes do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

mundo, se faz urgentemente necessária” (Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179)²².

É inegável, pois, que a criminalização do auto-aborto é ineficaz e não é útil para o enfrentamento do problema social em menção e, por isso, é absolutamente incompatível com o princípio da idoneidade.

Com efeito, “a legislação repressiva-punitiva, ao assinalar a prevalência absoluta e incondicional dos direitos de uma vida embrionária em detrimento dos direitos das mulheres, revela uma ineficácia dramática, que, ao mesmo tempo nega o direito à saúde e à vida das mulheres, não salvaguardando, na prática, o direito à vida do feto. A efetiva implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, sob a perspectiva dos direitos humanos, demanda uma ação político-jurídica emancipatória, criativa e transformadora que, enfrentando tabus, assegure aos indivíduos o exercício de sua sexualidade e de sua capacidade reprodutiva, com plena autonomia e dignidade”.²³

E a descriminalização do aborto não implica, obviamente, deixar a vida intra-uterina ao desamparo, pois há formas mais eficazes e úteis de proteção da vida fora do sistema penal, especialmente no âmbito das políticas públicas sanitárias.

É por isso que a Corte Constitucional Portuguesa, no acórdão de n. 85/85, de 29 de maio de 1985, decidiu que a vida intra-uterina reclama proteção do Estado, mas a Constituição Portuguesa, exatamente como a brasileira, não

²² **Maria Lúcia Karam**, Juíza de direito aposentada, ex-juíza auditora da Justiça Militar Federal, coordenadora no Rio de Janeiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

²³ Silvia Pimentel, *Direitos Reprodutivos e Ordenamento Jurídico Brasileiro: subsídios a uma ação político-jurídica transformadora*, Cadernos CCR 2, Comissão de Cidadania e Reprodução, São Paulo, 1993 (mimeo), p. 94.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

obriga que essa proteção tenha natureza penal, não sendo possível concluir que “a ausência de proteção penal equivale pura e simplesmente a desamparo e desproteção” (Diário da República, 2ª série, 25.06.1985, p. 254).

Decididamente, a proteção da vida intra-uterina mediante a criminalização do aborto tem sido absolutamente ineficaz e inútil, o que implica flagrante violação ao princípio da idoneidade e exige a proclamação de sua inconstitucionalidade e a adoção de medidas outras, eficazes e úteis, para o enfrentamento desse problema, que é de saúde pública e social, e, que por isso, merece enfrentamento, mas não no âmbito do sistema repressivo.

2.2- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM O PRINCÍPIO DA RACIONALIDADE.

“Onde for absolutamente irrelevante ou criminógena a tutela penal, apesar da dignidade punitiva de certa conduta, o Estado deve abster-se de incriminar” (Maria Fernanda Palma)²⁴

De acordo com o princípio da racionalidade, no processo democrático de criminalização devem ser considerados os benefícios e os custos sociais causados pela adoção da medida proibicionista criminalizadora.

Induvidosamente, não se pode manter a criminalização de uma conduta quando os custos sociais decorrentes da adoção dessa medida proibicionista são maiores

²⁴ Constituição e Direito Penal: as questões inevitáveis, in Jorge Miranda (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 235



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

que aqueles causados pelo problema que se pretende com ela arrostar.

E, no que diz respeito ao abortamento, a sua criminalização, além de inútil e ineficaz, está acarretando terríveis custos sociais muito superiores e mais intensos que aqueles causados pela prática dos abortos.

Eis os dados, sobre o ABORTO INSEGURO NO BRASIL (Ministério da Saúde Brasil & Alan Guttmacher Institute):

- *3,65 abortos por 100 mulheres de 15 a 49 anos*
- *Perfil das mulheres: jovens (menores de 20 anos e primigestas)*
- *20% das mortes maternas no Maranhão (1987 - 1991)*
- *Salvador – 1ª causa de morte materna desde 1990*
- *3ª causa de morte materna em São Paulo - 9,9 %*
- *5ª causa mais freqüente de internação*
- *2º procedimento obstétrico mais realizado*
- *250 mil internações pelo Sistema Único de Saúde para tratamento das complicações do abortamento.*

Induvidosamente, a criminalização do abortamento afasta as mulheres da assistência sanitária segura e as submete ao abortamento inseguro, praticado na ilegalidade, em condições de riscos constantes e terríveis.

Com efeito, a elevada prática de abortos ilegais em todo o mundo, bem como no Brasil, diante da negativa da assistência médica segura, é responsável por altos índices de mortalidade materna.

Aliás, é preciso lembrar, mais uma vez, a observação feita por Flávia Piovesan: "a ilegalidade [do aborto] não os tem impedido [de acontecer], mas apenas piorado as



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

condições em que são realizados e agravados os riscos inerentes a essa prática”²⁵.

Milhões de mulheres no mundo estão colocando em risco as suas vidas e a sua saúde para interromper uma gravidez não desejada: das 210 milhões de gestações por ano, 75 milhões são indesejadas; 46 milhões de abortos são induzidos por ano (22%); 20 milhões de abortos inseguros são praticados anualmente; de 60.000 a 70.000 mulheres morrem e milhões de mulheres suportam graves complicações reprodutivas, físicas e psíquicas, por ano, em razão da prática do aborto inseguro²⁶.

E não é só.

A cada minuto, no mundo, 380 mulheres engravidam, 190 mulheres enfrentam gestações não planejadas ou não desejadas, 110 mulheres referem complicações da gravidez e 40 mulheres realizam um abortamento Inseguro²⁷.

E, a cada dia, 55.000 abortos são realizados de forma insegura: 95% deles ocorrem em países em desenvolvimento e provocam a morte de mais de 200 mulheres por dia²⁸.

Em todo o mundo, os abortos inseguros contribuem para 13% das mortes maternas, sendo que, em alguns países, 60% dos casos de mortalidade materna são resultantes de abortos inseguros.

²⁵ Rede Feminista de Saúde, Dossiê Aborto Inseguro, disponível em <http://www.redesaude.org.br/dossies/html/dossieaborto.html> acessado em 28 de agosto de 2005.

²⁶ World Health Organization. Unsafe Abortion, 1998

²⁷ The White Ribbon Alliance For Safe Motherhood, 1998

²⁸ Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla, *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*, tradução Andrea Romani e Renata Perrone, Rio de Janeiro, Cepia, 2004, p.10.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

A Organização Mundial da Saúde afirma que mais da metade das mortes decorrentes de abortos induzidos ocorrem nos países do Sul e no sudeste asiático, seguido da África Subsaariana²⁹.

E, no Brasil, como acima já deixei consignado, de acordo com os dados do Ministério da Saúde, são praticados 3,65 abortos por 100 mulheres de 15 a 49 anos, essas mulheres são jovens (menores de 20 anos) e primigestas, 20% das mortes maternas ocorrem no Maranhão (1987 - 1991), em Salvador, o aborto inseguro constitui a primeira causa de morte materna desde 1990 e, em São Paulo, é a terceira causa de morte materna (9,9 %), o aborto inseguro é a quinta causa mais freqüente de internação e constitui o segundo procedimento obstétrico mais realizado e ocorrem 250.000 internações, por ano, pelo Sistema Único de Saúde, para tratamento das complicações do abortamento³⁰.

Como observam Aníbal Fagundes e José Barzelatto, “a segurança do aborto se correlaciona fortemente com a sua legalidade: a maioria dos abortos ilegais é de risco enquanto a maioria dos abortos legais é realizada sob condições de segurança”³¹.

29.Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla, *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*, tradução Andrea Romani e Renata Perrone, Rio de Janeiro, Cepia, 2004, p.27.

³⁰Ministério da Saúde Brasil & Alan Guttmacher Institute

31. Op.cit. p. 67. Acrescentam os autores: “Abortos seguros e abortos de risco, porém, não são distribuídos de forma homogênea ao longo das diversas regiões do mundo. Os países desenvolvidos têm mais de 20% da população mundial, mas somente 5% dos abortos de risco. Isto ocorre porque os abortos nos países desenvolvidos são, na sua maioria, legais e seguros, enquanto nos países em desenvolvimento, com exceção da China, a maioria dos abortos é ilegal e de risco. (...) Estimativas recentes das taxas de aborto de risco por região mostram que a incidência mais alta por grupos de 1000 mulheres entre 15 e 49 anos de idade é observada na América Latina (26/1000), seguida da África (22/1000) e Ásia (11/1000), esta última influenciada pela inclusão da China. Considerando-se as regiões dentro de cada continente, a taxa mais alta é encontrada na América do Sul (30/1000), seguida de 29/1000 na África oriental, 24/1000 na Ásia ocidental e 20/1000 na região centro-sul da Ásia. A taxa de aborto de risco nas regiões mais desenvolvidas é de somente 2/1.000. (...) essas diferenças em relação aos abortos de risco contribuem para um desequilíbrio muito grande no efeito que este problema tem sobre a vida das mulheres em países desenvolvidos, comparado com seu efeito sobre a vida das mulheres no mundo menos desenvolvido”. (op. cit. p. 68-69)



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

No mesmo sentido, Sonia Corrêa e Maria Betânia Ávila observam que “o aborto inseguro é causa de mortalidade e morbidade feminina e o aborto seguro é um procedimento médico que responde a uma necessidade específica das mulheres que, quando não adequadamente respondida, põe em risco seu direito à vida³²”.

Aliás, no dizer de Maria José Rosado Nunes, “diversamente dos animais, os seres humanos podem controlar a sua capacidade reprodutiva e só ter filhas e filhos desejados/as e amados/as. Mulheres e homens têm a capacidade de escolher quando querem ter filhos/as, quantos filhos/as desejam ter, ou se não querem tê-los/as. Trazer à vida um novo ser deve ser um ato plenamente humano, isto é, pensado, refletido. Uma criança deve ser desejada e recebida para a vida. Isso é o que significa “escolha procriativa”, “maternidade e paternidade responsáveis”. Por isso, uma gravidez não planejada, inesperada ou indesejada pode ou não tornar-se objeto de uma acolhida. É exatamente o reconhecimento da dignidade e da “sacralidade da vida” que coloca a exigência moral de tornar possível a interrupção de uma gravidez e o correlato respeito por essa decisão.”³³

Recentemente, uma das maiores obras literárias de Eça de Queiroz, “O crime do padre Amaro”, foi levada às telas cinematográficas por Carlos Carrera e desvelou ao mundo contemporâneo esse terrível drama que está a infelicitar a sociedade há muitos anos: a mortalidade materna decorrente da criminalização do aborto.

³² Sonia Corrêa e Maria Betânia Ávila, Direitos Sexuais e Reprodutivos – Pauta Global e Percursos Brasileiros, In: Elza Berquó (org.), *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*, Campinas, ed. Unicamp, 2003, p.43.

³³ Maria José Rosado-Nunes, Aborto, maternidade e dignidade da vida das mulheres, In: Alciene Cavalcante e Dulce Xavier (org.), *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*, São Paulo, Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p.32. Para Thomaz Rafael Gollop: “Ninguém tem filho(a) por imposição do Estado ou da Igreja. Ter filhos é uma questão de afeto e responsabilidade de homens e mulheres. Iludem-se aqueles que pensam ser essa uma questão que pode ser imposta a quem quer que seja”. (Thomaz Rafael Gollop, Abortamento por anomalia fetal, In: Alciene Cavalcante e Dulce Xavier (org.), *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*, São Paulo, Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p.79).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Com efeito, milhares de mulheres, vítimas da exclusão e da dominação de uma ideologia patriarcal que não tem fronteiras, pobres em sua grande maioria, estão vivenciando, todos os anos, em todo o mundo, uma experiência dantesca.

Abandonadas no lago de Tântalo, essas mulheres têm enfrentado uma terrível guerra, sem precedentes, contra a omissão da sociedade e, em especial, dos Estados, inclusive daqueles que se dizem sociais e democráticos, e que se proclamam garantidores dos direitos humanos.

Como acima já afirmei, milhares de mulheres estão morrendo todos os anos, em todo o mundo, em razão da prática de abortamento inseguro³⁴, enquanto, no Brasil, em particular, o abortamento inseguro constitui uma das principais causas de morte de gestantes.

E não se olvide, como adverte Flávia Piovesan, que “o direito de viver livre de morte materna evitável integra os direitos humanos das mulheres e – sob o prisma da individualidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos – interage com os direitos à saúde, à igualdade, à não discriminação, à educação, à liberdade, à segurança, dentre outros, de forma a assegurar o direito à dignidade plena de que são titulares as mulheres”³⁵ (Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, org., *Nos limites da vida*, Ed. Lumen Juris, RJ, p. 207).

Aliás, é por isso que o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Comitê Desc), ao externar a sua preocupação com a mortalidade materna no Brasil,

³⁴ Segundo a OMS, o abortamento inseguro é aquele procedimento realizado para interromper uma gravidez indesejada, praticado por pessoas sem as necessárias qualificações ou aquele que é realizado em um ambiente sem as mínimas condições de segurança médica, ou ambos (Organização Mundial de Saúde. Saúde. Aborto sem riscos: guia técnico e políticas para sistemas de saúde. Genebra. OMS, 2003).

³⁵ Mortalidade materna e direitos humanos, p. 11.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

recomendou que sejam adotadas medidas eficazes “com a finalidade de proteger as mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros, assegurando que as mulheres não recorram a tais procedimentos prejudiciais”³⁶, causadores de tantas mortes, em especial entre as mulheres pobres e marginalizadas³⁷.

Portanto, a principal e mais terrível consequência da criminalização do aborto, que acarreta a prática do aborto inseguro, é o enorme índice de mortes de gestantes.

Entretanto, como afirmam Aníbal Faúndes e José Barcelatto, “as mortes de mulheres relacionadas ao aborto são apenas a ponta de um grande iceberg” (1), pois, centenas de milhares de mulheres, todos os anos, estão sofrendo terríveis consequências físicas e psíquicas em razão do abortamento realizado em condições precárias e inseguras: infecções, que se instalam nas paredes do útero ou que migram para as trompas, para os ovários ou para a cavidade abdominal (doença inflamatória pélvica – DIP); lesões traumáticas ou químicas dos genitais e outros órgãos pélvicos; reações tóxicas a produtos ingeridos ou introduzidos nos genitais; hemorragias, que acarretam anemia, choque e morte ou que exigem transfusões sanguíneas de emergência, que as expõem a altos riscos de peritonite e contaminação com HIV e outras infecções; septicemia e choque séptico; retirada das trompas, dos ovários e do útero; obstrução das trompas que pode conduzi-las à esterilidade ou à gravidez tubária, outra causa dramática de morte materna; dores pélvicas crônicas; limitação da vida diária e das atividades

³⁶ Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. O cumprimento do Piedesc pelo Brasil, Plataforma brasileira de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais – Plataforma DhESC Brasil, Brasília, 2003.

³⁷ O panorama das mortes maternas evitáveis no Brasil viola o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Piedes, ONU, 1.966), especialmente devido ao seu impacto desproporcional sobre a vida das mulheres afrodescendentes, mestiças e indígenas, pobres e solteiras, que vivem nas regiões mais pobres do país, o que caracteriza um padrão sistemático de discriminação por motivos de sexo, raça/etnia, estado civil e localização geográfica no acesso aos serviços público de qualidade (A morte materna e os direitos humanos, p. 46).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

sexuais; e depressão e complicações psicológicas em situações de pressão”³⁸.

E não se olvidem as não menos terríveis conseqüências sociais e econômicas geradas pelo abortamento clandestino que, realizado em condições inseguras e desumanas, deixa muitos filhos na orfandade e destrutura unidades familiares³⁹.

É por isso que o Comitê DESC, consciente das terríveis conseqüências do aborto inseguro, praticado em razão da criminalização, asseverou que “os países deverão adotar medidas com a finalidade de **proteger as mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros**, assegurando que as mulheres não recorram a tais procedimentos prejudiciais”.

E a CIPD + 5 concluiu que os sistemas de saúde dos Estados tem o dever de treinar e equipar os provedores de saúde e tomar outras medidas que assegurem que os abortamentos não criminosos sejam seguros e acessíveis, adotando, também, outras medidas adicionais para proteger a saúde das mulheres (ONU, 1999).

Mas não é só!

³⁸ Aníbal Faundes e José Barcelatto. O drama do aborto – em busca de um consenso, p. 81

³⁹ “cuando una mujer muere, su familia y su comunidad sufren una considerable pérdida: las familias pierden su contribución en el manejo del hogar, la economía pierde su contribución productiva, los hijos huérfanos tienen menos posibilidades de alcanzar mayor educación y atención en salud a medida que crecen. Se calcula que por cada muerte materna promedialmente quedan cuatro niños huérfanos, lo que trunca los proyectos de desarrollo y las perspectivas de futuro de estas niñas e niños”. La mortalidad es un emergente de la gran mortalidad de esta práctica. Se calcula que cada día por lo menos unas 2.169 mujeres y adolescentes son hospitalizadas en la región debido a abortos inseguros. También es importante el impacto económico. Los gastos en tiempo de internación, personal para atención, medicamentos, transfusiones, etcétera, son cuantiosos. La cirugía radical indicada en los casos de sepsis posaborto constytue una cirugía mutilante con graves secuelas y complicaciones”. (v. Leonel Briozzo, “Aborto provocado: un problema humano. Perspectivas para su análisis – estrategias para su reducción”, Revista Médica del Uruguay, n. 3, p. 190.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

Na Declaração do Cairo (CIPD), os Estados admitiram que não devem promover o aborto como método anticonceptivo, mas reconheceram, em uníssono, que o aborto é um problema de saúde pública.

E, em consequência, em Beijing, em 1995, bem como em Nova Iorque, em 2006 (CSW), os Estados se comprometeram a rever a sua legislação repressiva relacionada ao aborto.

Aliás, até mesmo no Consenso de Genvál (Bélgica, 1994)⁴⁰ ficou afirmado que **“a descriminalização do aborto, portanto, é uma resposta mínima a esta realidade, e um meio razoável de proteger a vida e a saúde das mulheres”**, com base nas seguintes observações: 1) a voz de nenhuma fé isoladamente deve ter tanto peso como para esterilizar o debate ou paralisar ações na agenda internacional; 2) cada mulher individualmente tem liberdade de seguir sua consciência em assuntos que têm um impacto sobre a sua sobrevivência, saúde, bem estar e destino e, para que essa liberdade tenha significado, as mulheres precisam de acesso à educação, aos recursos para a sua saúde reprodutiva e oportunidade para seu desenvolvimento pessoal e progresso socioeconômico; 3) qualquer que seja a posição referente ao aborto, as comunidades religiosas não podem desprezar o fato de que este ocorre e que, em lugares onde o aborto é ilegal ou severamente restrito, ele frequentemente representa um risco para a vida e saúde das mulheres.

Mas não é só.

⁴⁰ 34 teólogos de diferentes crenças se reuniram em Genvál, Bélgica, a convite do Park Ridge Center for the Study of Health, Faith and Ethics (Chicago) com a colaboração do Fórum Internacional para a Bio-Filosofia (Lovaina), para discutirem a agenda da Conferência do Cairo.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Constou também da Declaração de Chiang Mai, (Tailândia, 2004) que “em nenhum lugar o papel das religiões é mais evidente que na área da saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Considerando a preocupação moral e a variedade de posições em torno do aborto, o ponto de vista de uma religião em particular não pode se impor sobre a consciência de outros. **A descriminalização do aborto é uma resposta mínima a essa realidade**”⁴¹.

Decididamente, a legislação repressiva-punitiva tem acarretado um significativo impacto negativo para a vida das mulheres, especialmente para aquelas de baixa renda, que, destituídas de outros meios e recursos, ora são obrigadas a prosseguir na gravidez indesejada, ora sujeitam-se à prática de aborto em condições de absoluta insegurança.

Com efeito, as mulheres que têm recursos financeiros são atendidas de modo seguro, com qualidade e sem risco para sua saúde e vida, enquanto mulheres economicamente desfavorecidas continuam a submeter-se ao aborto clandestino e inseguro.

Aliás, como ressalta Jandira Feghali, “a ilegalidade aprofunda o abismo entre mulheres pobres e ricas. Divide o direito à vida por classe. Existem aquelas mulheres que podem realizar o procedimento em clínicas adequadas e aquelas que põem em risco a própria vida e a possibilidade de futuras gestações desejadas em clínicas sem a menor condição ou em auto-abortos. São essas últimas que batem às portas do Sistema Único e Saúde com as seqüelas de abortamentos realizados de forma insegura. Somente em 2004, cerca de

⁴¹41 Líderes religiosos e grupos de mulheres se reuniram em Chiang Mai, na Tailândia, para discutir a participação das religiões na busca de melhores condições de vida para as mulheres nesta; essa reunião foi organizada pelo Centro para a Saúde e as Políticas Sociais e pelo Conselho pela Paz



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

240.000 internações foram motivadas por curetagens pós-aborto, correspondentes aos casos de complicações decorrentes de abortamentos inseguros⁴².

Assim, a criminalização do abortamento, além de ser inútil e ineficaz às completas para garantir a vida dos fetos, contribui, paradoxalmente, para a ocorrência da morte seletiva de mulheres.

Decididamente, o drama do aborto ilegal tem gerado um evitável e desnecessário desperdício de vidas de mulheres, acometendo com acentuada gravidade e seletividade as mulheres que integram os grupos sociais mais vulneráveis.

E, nesse sentido, como observa Flávia Piovesan, “a negativa do aborto legal surge como flagrante violação aos direitos humanos das mulheres, pois o aborto inseguro representa uma tragédia de elevado impacto para a saúde pública, apontando a um vasto universo de mortes evitáveis de mulheres” (Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, org., *Nos limites da vida*, Ed. Lumen Juris, RJ, p. 207).

Como se vê, a criminalização do abortamento, além de ser uma medida absolutamente inútil e ineficaz para enfrentar esse problema social e de saúde pública, é responsável por altos índices de mortalidade materna e, também, por terríveis conseqüências sociais e danos físicos e psíquicos para as mulheres que se submetem ao aborto inseguro.

Com efeito, como observa Maria Lúcia Karan, o afastamento da proibição criminalizadora do aborto encontra respaldo na constatação dos danos que ela própria causa:

42. Jandira Feghali, *Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação*, In: Alciene Cavalcante e Dulce Xavier (org.), *Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos*, São Paulo, Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p.224.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

“No caso do aborto, às não evitadas mortes de embriões ou fetos somam-se as mortes e lesões sofridas por milhares de mulheres em decorrência da precariedade das condições de sua realização clandestina.

A desigualdade e a injustiça reveladas na criminalização localizada agora volta a se revelar de forma dramática. Nos países livres do proibicionismo, serviços hospitalares se tornam acessíveis e o aborto pode ser realizado por profissionais preparados, geralmente se fazendo no início da gravidez, sendo, assim, raras as complicações para a saúde da mulher relacionadas a tal procedimento. Mas, quando o aborto é proibido, embora, naturalmente, mulheres privilegiadas tenham acesso a clínicas particulares bem equipadas e com profissionais preparados, as mulheres das classes subalternizadas se submetem a condições precárias, realizando o aborto por seus próprios meios ou com pessoas (profissionais ou não) despreparadas, geralmente em condições não-higiênicas, o que resulta em grande número de complicações para sua saúde e mortes. Calcula-se que pelo menos cerca de um terço das mulheres que realizam abortos em condições precárias sofram sérias complicações em sua saúde.

Foi fundamentalmente a compreensão desta necessidade de evitar a morbidade e a mortalidade resultantes dos procedimentos clandestinos que conduziu à liberalização de legislações por todo o mundo, a partir da década de 1950. E os países, que romperam com o proibicionismo nesta matéria, logo assistiram à espetacular diminuição de complicações para a saúde provocadas por abortos, reduzindo o número de mortes de mulheres daí decorrentes praticamente a zero.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

O exemplo da Romênia é bastante ilustrativo. A proibição foi abolida em 1957, permanecendo a legalidade do aborto até novembro de 1966, quando, em consequência de uma política pró-natalidade, restabeleceu-se a proibição. Com a clandestinidade, a mortalidade de mulheres relacionada aos abortos atingiu níveis recordes. Em 1965, ainda sob a legalização, o número de mortes de mulheres causadas por complicações decorrentes do aborto era de 20 para 100.000 nascidos vivos. Em 1974, essa taxa subiu para quase 100 e, em 1983, já atingia 150. Quando a proibição foi novamente abolida, em dezembro de 1989, menos de um ano depois, a taxa de mortalidade já caía para cerca de 60 por 100.000 nascidos vivos.⁷

Como apontado em trabalho publicado pela Organização Mundial da Saúde,⁸ nos Estados Unidos da América a taxa de mortes de mulheres decorrentes de abortos é de 0,6 por 100.000 procedimentos, o que faz a prática lá legalizada ser tão segura quanto uma injeção de penicilina.

É, pois, antes de tudo, para evitar os danos causados pelo proibicionismo, para evitar milhares de mortes e lesões, que se faz imperativo o reconhecimento da liberdade da mulher de optar pelo aborto, assegurando-se sua realização em sistemas públicos de saúde.

A enganosa publicidade do proibicionismo aqui se desnuda. Os proibicionistas costumam se apresentar como defensores da vida e, mais do que isso, pretendem-se os únicos defensores da vida. Em suas campanhas, tentam estigmatizar os antiproibicionistas, como se estes não tivessem compromisso com a vida. Mas, as constatadas mortes de mulheres causadas pelas condições precárias em que



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

realizados os proibidos abortos, que, repita-se, não são nem nunca foram impedidos pela proibição, não parecem incomodar” (Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179).

É evidente, portanto, que a criminalização do abortamento viola frontalmente o princípio da racionalidade.

E não se olvide que o Brasil, como acima deixei consignado, ratificou tratados e convenções internacionais de direitos humanos, incorporando-os ao seu sistema constitucional de garantias⁴³, assumindo o compromisso de garantir às mulheres uma assistência plena à sua saúde sexual e reprodutiva, o que o obriga a enfrentar essa flagrante violação dos direitos humanos das mulheres, não apenas no campo jurídico-formal, mas, principalmente, com políticas públicas inclusivas, efetivas e eficazes⁴⁴.

⁴³ Constituição Federal, artigo 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º: os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza constitucional e *status* de norma de garantia dos direitos fundamentais. O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará” (1994), em 27 de novembro de 1995, a Convenção Interamericana para prevenir e punir torturas (1985) em 20 de julho de 1989, a Convenção Americana de Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica” (1969), em 25 de setembro de 1992, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), em 28 de setembro de 1989, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), em 1º de fevereiro de 1984, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), em 24 de janeiro de 1992. E esses tratados e convenções internacionais, que têm natureza constitucional no nosso ordenamento jurídico, garantem às mulheres o direito à igualdade e à não discriminação, o direito à auto-determinação, o direito à segurança pessoal, o direito de não ser objeto de ingerências arbitrárias em sua vida pessoal e familiar, o direito de respeito à sua liberdade de pensamento e consciência, o direito de respeito à vida, o direito de que se respeite a sua integridade física, psíquica e moral, o direito ao respeito à sua dignidade, o direito ao acesso a procedimentos jurídicos justos e eficazes quando submetida a violência, o direito de não ser submetida a nenhum tratamento desumano ou cruel, no âmbito físico ou mental, e o direito ao tratamento de sua saúde física e mental.

⁴⁴ Na declaração de Pequim, está proclamado que “os direitos da mulheres são direitos humanos” e é afirmado o direito à assistência à saúde sexual e reprodutiva das mulheres; na Declaração e no Programa de Viena, são reconhecidos os direitos das mulheres à igualdade, à tolerância e à dignidade; no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados assumem a obrigação de criar condições que assegurem a todos assistência médica plena; na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), são reconhecidos os direitos à assistência à saúde sexual e reprodutiva da mulheres e os Estados comprometem-se a proteger as mulheres dos efeitos negativos à saúde causados pelo abortamento; e na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), é reconhecido o direito das mulheres a uma vida livre da morte materna evitável.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

Com efeito, como ensina Robert Alexy, em caso de conflito entre dois valores, ou bens, havendo mais de uma forma igualmente efetiva para a proteção de um, dever-se-á escolher aquela menos lesiva ao outro⁴⁵.

Assim, a proteção da vida intra-uterina deve ser implementada mediante a adoção de medidas que estejam fora do âmbito do sistema penal, pois é evidente que a criminalização do aborto como forma de proteção da vida intra-uterina, além de ineficaz e inútil, produz efeitos criminógenos e acarreta terríveis conseqüências para os direitos das mulheres.

2.3- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.

*“A tutela penal há de ser ultima ratio das medidas culturais, econômicas, sociais e sanitárias, e não um sucedâneo para a falta delas” (Tribunal Constitucional Português)*⁴⁶

De acordo com o princípio da subsidiariedade, embasado na principiologia do Estado-Penal Mínimo e da *ultima ratio*, a criminalização somente se justifica quando não houver outros meios ou alternativas para o enfrentamento do problema social a ser arrostado.

E é evidente que o problema do aborto pode e deve ser enfrentado fora do sistema penal, de modo mais eficaz e não danoso, sem que as mulheres tenham que suportar os riscos

⁴⁵ In Janaina Conceição Paschoal, *Contituição, Criminalização e Direito Penal*, op. cit. p. 143

⁴⁶ Diário da República, 2ª série, 25.06.1985, p. 255).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

do aborto inseguro, por políticas públicas de promoção da saúde das mulheres, em especial no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, pela efetivação de programas eficientes de planejamento familiar, pela educação formal, bem como pela informal, pela capacitação de profissionais para promover o acolhimento das mulheres, pela manutenção de estruturas sanitárias preparadas para garantir os direitos à saúde física e psicológica, pela manutenção de sistemas de acolhimento e orientação, por políticas públicas que promovam a igualdade de gênero e o afastamento da ideologia patriarcal, pelo aumento do poder das mulheres na tomada de decisões sobre a sua sexualidade e reprodução, pelo apoio integral à maternidade, pela garantia de informações a respeito da sexualidade e do uso dos meios de anticoncepção e, ainda, pelo acesso pleno aos meios anticonceptivos.

Como ensina Flávia Piovesan, “o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva”:

“Nessa ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se ou não, quando e segundo a frequência almejada. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito à educação sexual. Portanto, clama-se aqui pela interferência do Estado, no sentido de que implemente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”

políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva⁴⁷.

Para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no General Comment 14⁴⁸, o direito à saúde contém os seguintes elementos inter-relacionados: a) disponibilidade (*availability*), isto é, os serviços e programas de saúde devem ser disponíveis em quantidade suficiente; b) acessibilidade (*accessibility*), o que, por sua vez, envolve quatro dimensões – o princípio da não-discriminação (a saúde deve ser acessível a todos, especialmente aos grupos vulneráveis, sem discriminação); a acessibilidade física; a acessibilidade econômica e a acessibilidade de informação; c) aceitabilidade (*acceptability*), ou seja, os serviços e programas de saúde devem respeitar a ética médica e serem apropriados à questão de gênero e à questão geracional; d) qualidade, isto é, os programas e serviços de saúde devem ser científica e medicamente apropriados e de boa qualidade; e e) os serviços de saúde devem ter a concepção da integralidade, sendo prestados durante todo o ciclo vital das mulheres.

47. A Organização Mundial de Saúde propõe um lista de indicadores da saúde reprodutiva que podem ser utilizados tanto na esfera nacional, como na global: a) taxa de fecundidade total; b) taxa de prevalência de uso de métodos contraceptivos; c) taxa de mortalidade materna; d) percentagem e mulheres grávidas atendidas por profissionais capacitados, pelo menos uma vez, durante a gravidez; e) percentagem de partos acompanhados por pessoal capacitado; f) número de estabelecimentos com serviços obstétricos primários essenciais para cada 500.000 habitantes; g) número de estabelecimentos com serviços obstétricos integrais essenciais para cada 500.000 habitantes; h) taxa de mortalidade perinatal; i) percentagem de nascidos vivos com peso abaixo da média; j) prevalência de sorologia positiva para sífilis em adolescentes grávidas atendidas no acompanhamento pré-natal; k) percentagem de mulheres em idade reprodutiva que, pelos níveis de hemoglobina, são classificadas como anêmicas; dentre outros. (Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla, *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*, tradução Andrea Romani e Renata Perrone, Rio de Janeiro, Cepia, 2004, p.09). Estes autores adicionam que: “no mundo, apenas 46% dos partos ocorrem em instalações médicas, sendo que 57% deles são acompanhados por equipes médicas capacitadas, e em torno de 68% de mulheres grávidas recebem atendimento pré-natal. A cada ano morrem no mundo aproximadamente 515.000 mulheres de complicações durante a gravidez e o parto. Nos países em desenvolvimento, a maternidade é listada como sendo a primeira causa de problemas de saúde entre mulheres jovens adultas (com idade entre 15 e 44 anos), representando 18% do total de doenças neste grupo. A mortalidade materna varia mais entre países do que qualquer outro indicador de saúde pública. Nos países africanos, por exemplo, uma em cada 16 mulheres corre o risco de morrer por causas ligadas à maternidade durante sua vida. Por outro lado, para sua irmã vivendo em um país desenvolvido, este risco cai para 1 em cada 2.500 mulheres”. (op. cit. p. 10)

⁴⁸ A respeito, ver Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), General Comment 14, UN ESCOR, 2000, Doc. N. E/C 12/2000/4, bem como CEDAW, General Recommendation n. 24, 1999. Consultar ainda Direitos Sexuais e Reprodutivos na Perspectiva dos Direitos Humanos, Advocaci/Funup, Rio de Janeiro, 2003.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Note-se que a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995 endossam a idéia da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, ao afirmar que "na maior parte dos países, a violação aos direitos reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e o pleno exercício dos demais direitos". Ao reiterar a idéia da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, em especial a relação entre os direitos reprodutivos e o direito à educação, observam Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla que existe uma forte relação entre o acesso de meninas à educação e à alfabetização e sua capacidade de proteger e melhorar sua saúde sexual e reprodutiva. Como fatores centrais na redução da mortalidade materna em diversos países, incluindo o Sri Lanka, o Estado de Kerala na Índia, Cuba e China, encontram-se os efeitos combinados da educação e de estratégias de empoderamento de meninas, bem como as melhorias no acesso aos serviços de saúde necessários. Cortes nacionais podem contribuir para esses efeitos, aplicando o direito à educação para requerer que o Estado garanta o fornecimento de educação primária gratuita para meninas"⁴⁹.

Cabe ressaltar que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados." Logo, a Declaração de Viena de 1993,

⁴⁹ Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla, *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*, tradução Andrea Romani e Renata Perrone, Rio de Janeiro, Cepia, 2004, p.216.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos.

Acrescente-se ainda que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, em seu parágrafo 18, afirma que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Esta concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação da 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, em 1995. Vale dizer, não há como defender direitos humanos sem que se inclua os direitos de metade da população mundial.

À universalidade e à indivisibilidade dos direitos humanos, soma-se o princípio da diversidade. Se a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, com base na igualdade formal, na segunda fase surge a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Ao lado do direito à igualdade surge, como direito fundamental, o direito à diferença. Com isso, há novos sujeitos de direitos e o direito ao reconhecimento de identidades próprias. Consolida-se o caráter bidimensional da justiça: enquanto redistribuição e enquanto reconhecimento de identidades⁵⁰. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma

⁵⁰ Afirma Nancy Fraser: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. (...) Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo”. (Nancy Fraser, Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia, In: Unesco, Informe Mundial sobre la Cultura – 2000-2001, p.55-56).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades⁵¹.

Nesse sentido, a implementação dos direitos sexuais e reprodutivos deve levar em consideração as perspectivas de gênero, classe, raça, etnia e idade, dentre outras, considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos⁵².

Outro princípio a ser destacado, no campo da formulação de políticas públicas concernentes aos direitos sexuais e reprodutivos, é o princípio democrático. Ainda que este princípio celebre o exercício dos direitos políticos, contemplados na visão integral dos direitos humanos, os parâmetros protetivos internacionais enfatizam a necessidade de que a elaboração de políticas públicas e a implementação de programas sociais assegurem a ativa participação das(os) beneficiárias(os), na identificação de prioridades, na tomada de decisões, no planejamento, na adoção e na avaliação de estratégias para o alcance dos direitos sexuais e reprodutivos. Consagram-se, deste modo, a exigência de transparência, a democratização e a *accountability* no que se refere às políticas públicas.

Para Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla⁵³, os direitos humanos que contribuem para a

⁵¹A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p.56. Ver ainda do mesmo autor "Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos". In: op.cit. p.429-461.

⁵² O Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em sua Recomendação Geral n. XXV (2000), traz uma nova perspectiva: alia a perspectiva racial à de gênero. Sob esta ótica, o Comitê entende que a discriminação racial atinge de forma diferenciada homens e mulheres, já que práticas de discriminação racial podem ser dirigidas a certos indivíduos especificamente em razão do seu sexo, como no caso da violência sexual praticada contra mulheres de determinada origem étnico-racial. A discriminação pode dificultar o acesso de mulheres a informações em geral, bem como obstar a denúncia das discriminações e violências que vierem a sofrer. O Comitê pretende monitorar como as mulheres que pertencem às minorias étnicas e raciais exercem seus direitos, avaliando a dimensão da discriminação racial a partir de uma perspectiva de gênero.

⁵³ Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens e Mahmoud F. Fathalla, *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*, tradução Andrea Romani e Renata Perrone, Rio de Janeiro, Cepia, 2004, p.162.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

saúde sexual e reprodutiva podem ser agrupados em torno de interesses de saúde reprodutiva e sexual relativos: a) à vida, sobrevivência, segurança e sexualidade; b) autodeterminação reprodutiva e livre escolha da maternidade; c) à saúde e benefícios do progresso científico; d) a não-discriminação e devido respeito pela diferença; e e) à informação, decisão e tomada de decisões” (Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan, org., Nos limites da vida, Ed. Lumen Juris, RJ, p. 207).

Como se vê, o sistema de direitos humanos das mulheres, incorporado ao nosso sistema constitucional, exige, antes da criminalização, a adoção de medidas protetivas que, de forma mais eficaz e não danosas, são mais adequadas para o enfrentamento do problema em referência, o qual somente é agravado com a adoção da criminalização.

Aliás, também vale lembrar as observações feitas por Maria Lucia Karan a respeito da necessidade da preservação do princípio constitucional da subsidiariedade no que diz respeito à criminalização do abortamento:

”A força ideológica das enganosas publicidades do proibicionismo e do sistema penal, além de ocultar seu descompromisso com a humanidade e suas dores, além de ocultar os danos provocados por essas manifestações repressivas, cria a falsa crença de que o afastamento de proibições e criminalizações geraria o caos, a anarquia, perigos inimagináveis.

Essas enganosas publicidades fazem com que o controle social fundado em proibições e, especialmente, na intervenção do sistema penal apareça como a única forma



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

de enfrentamento de situações negativas ou de condutas conflituosas ou indesejadas.

Mas, na realidade, **não são apenas proibições, não é apenas a lei penal que controla fenômenos, visando regular o convívio entre as pessoas e evitar situações negativas ou condutas conflituosas ou indesejadas.** O controle de situações e de condutas concretiza-se, não só através de leis de qualquer natureza, como também por outras intervenções sociais.

O antiproibicionismo, longe de implicar o caos ou a anarquia, busca a ampla discussão e compreensão das raízes de fenômenos, comportamentos ou situações, problemáticos ou não, buscando alternativas que sejam capazes de proporcionar caminhos menos danosos e mais eficazes para regulá-los, legalizando-os e, portanto, controlando-os de forma mais livre, mais justa, mais racional, tendo em mente que é sempre melhor permitir que as atividades humanas, inclusive as que apareçam como controvertidas, se realizem em um ambiente legal do que deixá-las se desenvolver à mercê da ilegalidade.⁹

A descriminalização de condutas, quaisquer que sejam elas, tampouco implica em caos ou anarquia. Descriminalizar uma conduta longe está de, necessariamente, significar uma ausência de controle sobre esta conduta. Descriminalizar significa, apenas, afastar uma das formas pelas quais se exerce o controle social, forma de controle esta que sempre acaba por se mostrar mais do que ineficaz profundamente danosa.

A descriminalização pode se dar sob diferentes modalidades, tendo, assim, diferentes conseqüências.¹⁰ Nem sempre irá significar a aceitação da conduta



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

descriminalizada e conduzir ao afastamento do caráter socialmente negativo do fenômeno considerado, podendo, com frequência, acarretar não uma liberalização da conduta, **mas tão-somente a substituição do controle exercido através do sistema penal por outras formas de controle social formal ou informal.**

Essa substituição poderá se dar por um controle social informal, exercido por organismos como a família, a escola, as igrejas, os clubes, as associações, etc. Em tal hipótese, a descriminalização conduz à neutralidade do Estado diante das condutas descriminalizadas, motivada por uma reapreciação de seu papel em determinados campos, de forma a reduzir a intervenção sobre o espaço de liberdade dos indivíduos, assim deixando que a própria sociedade civil e seus organismos se encarreguem do controle de condutas e situações que aparecem como negativas ou indesejadas.

O controle exercido através do sistema penal poderá ser substituído ainda por outras formas de controle social formal.

O caráter socialmente negativo da situação considerada mantém-se íntegro, transferindo-se, porém, o controle para outros organismos estatais, como os juízos cíveis (aplicadores de leis produzidas no campo não-penal, no campo do direito civil, do direito administrativo), ou não necessariamente estatais, como sistemas de saúde ou de assistência social.

Este controle formal não-penal pode ser visualizado, com clareza, no âmbito das substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, bastando pensar nas diversas restrições legais a que estão submetidas a produção, a distribuição e o consumo de drogas lícitas, como o álcool ou o tabaco.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

No que concerne ao aborto, essas outras formas de regulação de situações e condutas, essas outras formas de controle não-penal, também aparecem, com clareza, em diversas legislações de países libertos do proibicionismo.

Quase todos esses países – as exceções são apenas o Canadá, a China, a Coreia do Norte, o Vietnã e Zâmbia – estabelecem, em suas legislações, limites para a realização do aborto relacionados ao tempo de gestação, a maioria fixando-o em 12 semanas, outros de 14 a 24 semanas ou relacionando o limite à viabilidade do feto, que, em geral, se dá em 23 ou 24 semanas. Em alguns países (por exemplo, a Bélgica, a França e a Grã-Bretanha), apesar da limitação, as legislações admitem o aborto a qualquer tempo para proteger a vida da gestante ou em razão de malformação do feto.

Algumas legislações estabelecem restrições concernentes às instituições e profissionais autorizados a realizar o aborto. Na Grã-Bretanha, na Índia e na África do Sul, por exemplo, os abortos só podem ser legalmente realizados em hospitais públicos ou em outras instituições autorizadas pelo governo.

Nos casos em que a gestante ainda não atingiu a maioridade, diversas legislações prevêm o consentimento dos pais, em alguns países a falta do consentimento podendo ser suprida por autorização judicial (por exemplo, na França e em estados norte-americanos em que requerido o consentimento). Na Turquia, mesmo mulheres adultas necessitam de um consentimento: a permissão de seus maridos.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Em alguns países, há dispositivos legais prevendo um aconselhamento, visando o melhor entendimento do ato que a mulher quer praticar, e, eventualmente, como na Alemanha, visando dissuadi-la de realizar o aborto.

Especialmente esta última forma de regulação revela que a proibição, além de desigual, injusta, inútil e causadora de mortes e lesões em milhares de mulheres, contraditoriamente ainda impede que muitos embriões e fetos sejam salvos.

A legalização, assegurando o acesso a sistemas públicos de saúde e podendo incluir o aconselhamento prévio à realização do aborto, não raro, poderá, com este aconselhamento, alcançar o que a proibição não consegue, dissuadindo a mulher de realizá-lo.

A legalização poderá, assim, não só praticamente eliminar as mortes de mulheres decorrentes do aborto, como ainda, alcançando o que a proibição não consegue, eventualmente, reduzir o próprio número de abortos.

O reconhecimento do direito à vida, desde o momento da concepção, que, efetivamente, há de ser afirmado, como o afirma a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969,¹¹ longe está de se constituir em uma obrigação criminalizadora.

A argumentação dos proibicionistas, pretendendo extrair um sentido criminalizador desse reconhecimento, é tão-somente mais um produto de seu enganoso discurso, é tão-somente um produto daquela falsa crença de que o controle social se limitaria à intervenção do sistema penal.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

A atuação do Estado na proteção da vida, como na proteção de quaisquer outros direitos fundamentais do indivíduo, longe está de necessariamente se fazer com a intervenção do sistema penal. **Aliás, a rigor, essa intervenção do sistema penal nunca atua efetivamente na proteção dos direitos fundamentais.** Mas, não se trata aqui de questionar as reais finalidades do sistema penal e os danos provocados por quaisquer de suas intervenções, que estariam a revelar que a opção criminalizadora é, por sua própria natureza, contraditória com a proteção de direitos fundamentais do indivíduo.¹²

Aqui basta constatar que o que os dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais do indivíduo, constantes das declarações universais de direitos e das Constituições dos Estados democráticos, estão a ordenar ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais – econômicas, sociais e políticas – para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica em intervenção do sistema penal.¹³

Um exemplo pode ser extraído no campo do direito à saúde.

Veja-se o disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor desde 3 de janeiro de 1976, nas regras de seu artigo 12, garantidoras do direito de todas as pessoas de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental. Estabelecem aquelas regras que os Estados Partes, com o fim de assegurar a plena efetividade deste direito, devem adotar medidas como a redução da mortalidade infantil e a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

promoção do desenvolvimento saudável das crianças; o melhoramento da higiene no trabalho e do meio ambiente; a prevenção, o tratamento e o combate às enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outras naturezas; a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

Na mesma linha, veja-se o disposto na regra contida no artigo 196 da Constituição Federal brasileira, a estabelecer que o Estado tem o dever de garantir o direito de todos à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

São, portanto, ações positivas promotoras dos direitos, e não ações negativas proibitivas de condutas, que se fazem obrigatórias na atuação do Estado para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo” (Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179).

Decididamente, há inúmeras formas de enfrentamento do problema do abortamento, fora do âmbito penal, as quais podem garantir a indenidade da vida dos fetos com maior eficácia e mais adequada eficiência, sem acarretar as drásticas e terríveis conseqüências que a criminalização está acarretando há décadas no Brasil e no mundo.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

E não se olvide que, como lembram Aníbal Faúndes e José Barcelatto, “todo aborto é resultado de uma gravidez não desejada. É óbvio, portanto, que a primeira estratégia para reduzir o número de abortos é ajudar as mulheres a evitar a gravidez quando elas não desejam ter o filho. Uma vez que a gravidez já aconteceu, ainda é possível prevenir o aborto com medidas positivas, e não punitivas, através das intervenções de apoio social de que a mulher precisa, não apenas para evitar a gravidez, mas também para que seus planos futuros como indivíduo não se vejam frustrados pelo nascimento desse filho”⁵⁴.

E não se olvide, ainda, que a Conferência do Cairo constitui uma evidente indicação de que os Estados devem investir na adoção e promoção de políticas públicas que visem ao planejamento familiar com o objetivo de evitar a gravidez indesejada e, conseqüentemente, o aborto, que não deve ser enfrentado no âmbito das políticas repressivas.

Definitivamente, portanto, a adoção da criminalização do abortamento, sem que antes sejam efetivadas todas as medidas acima elencadas, constitui flagrante violação do princípio da subsidiariedade e uma afronta direta à principiologia da intervenção mínima, que constitui uma das bases fundamentais do Estado Democrático.

Aliás, basta observar o gráfico abaixo para que se evidencie que os países que adotam medidas no âmbito sanitário para o enfrentamento do problema em menção alcançam índices de efetividade muito superiores àqueles dos países que optam pelo sistema repressivo.

⁵⁴ Op. cit. p. 204

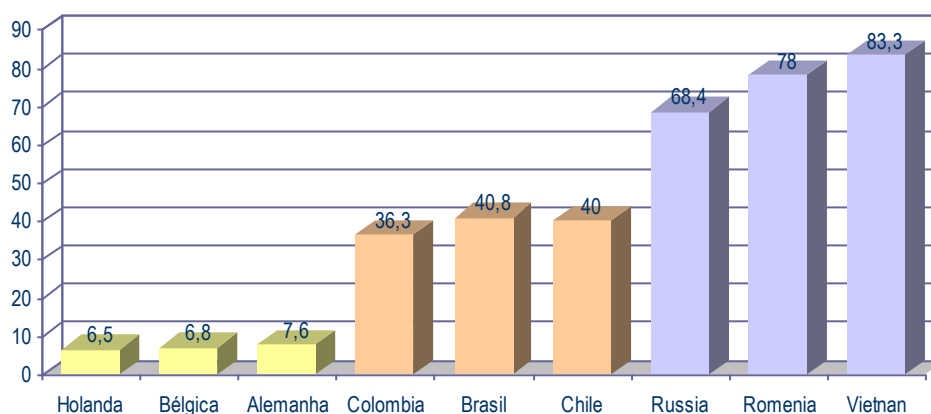


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

Taxa de abortamento por 1.000 mulheres em idade fértil segundo acesso ao abortamento legal, educação sexual ampla e anticoncepção

Taxa de abortamento por 1.000 mulheres em idade fértil segundo acesso ao abortamento legal, educação sexual ampla e anticoncepção

Henshaw et al, 1999



2.4- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM A PROIBIÇÃO DE SE CRIMINALIZAR UMA CONDOTA QUANDO SE TRATA DE TORNAR DOMINANTE UMA DETERMINADA CONCEPÇÃO MORAL.

“El derecho penal no debe ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología” (Enrique Bacigalupo)⁵⁵

A ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito deve manter-se laica e secular, não podendo se converter na voz exclusiva da moral e, muito menos, da moral de qualquer religião⁵⁶.

⁵⁵ Principios de derecho penal: parte general. 3 ed. Madrid: Akal, 1994, p. 16

⁵⁶ Note-se que em seu livro *O poder da vida*, o ex-presidente francês Valéry Giscard D’Estaing relata: “Eu sou católico – dizendo a João Paulo II – mas também sou presidente de uma República cujo Estado é laico [...] Compreendo perfeitamente o ponto de vista da Igreja Católica e, como cristão, dele compartilho. Julgo legítimo que a Igreja peça aos que praticam sua fé o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

Há que se garantir a separação entre o sagrado e o profano, entre o dogma e a razão, entre a ética religiosa e a ética pagã.

Em um Estado Democrático, todos devem ter a mesma liberdade para uma auto-compreensão ética.

Mas, o proibicionismo, visto como um posicionamento ideológico de fundo moral, contrariando os princípios democráticos, tem a finalidade de promover ações políticas voltadas para a regulação e o controle de condutas, especialmente pela intervenção do sistema penal, e não permite espaço para as escolhas individuais, o que o torna eminentemente antidemocrático.

E é exatamente com fundamento nesse proibicionismo moral que o aborto tem sido mantido sob o controle da criminalização na quase totalidade dos países da América Latina, inclusive no Brasil.

Todavia, é evidente que o proibitívismo criminalizador do aborto, por manter seu embasamento em preceitos de ordem moral, implica flagrante violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral.

De acordo com os princípios ontológicos do Estado Democrático de Direito, não se pode admitir qualquer

respeito a certas proibições, mas não corresponde à lei civil impô-las com sanções penais ao conjunto do corpo social.” Destaca-se, ainda, o pronunciamento do papa João Paulo II, em 01 de janeiro de 1991: “Se você deseja a paz, respeite a consciência de cada pessoa. (...) as pessoas não devem tratar de impor sua própria verdade sobre os outros. Quando a lei religiosa se torna sinônimo da lei civil pode constringer a liberdade religiosa e ainda ir tão longe a ponto de restringir ou de negar outros direitos humanos inalienáveis... a intolerância pode também ser o resultado de uma tentação recorrente ao fundamentalismo, que facilmente leva a abusos sérios, tais como a supressão radical de toda manifestação pública da diversidade”. (Aníbal Faundes e José Barzelatto, op. cit. p. 161). O princípio da laicidade estatal é consagrado no artigo 19, I da Constituição Brasileira de 1988, quando afirma ser vedado ao Estado estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade.

Induvidosamente, “nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade”⁵⁷.

É por isso que Enrique Maza afirma que não se pode admitir a imposição de uma gravidez indesejada mediante a ameaça da cominação de sanções penais, promovendo o medo da punição para impedir a realização de um ato livre, voluntário e importante entre os atos humanos de projeto vital e desenvolvimento da personalidade⁵⁸.

A liberdade de crença religiosa, para ser efetivamente exercida, supõe que estejam asseguradas as opções individuais pelas mais diversas expressões da fé em Deus, mas exige, da mesma forma, que sejam garantidas as opções individuais pela negação de qualquer crença.

Assim, para assegurar a liberdade e, sobretudo, a dignidade da pessoa, como exigem as declarações universais de direitos humanos e as Constituições democráticas, o Estado há de ser neutro e preservar a sua substância laica, o que o impede de restringir expressões religiosas, mas, também, de impor aos cidadãos qualquer tipo de crença, legislando com

⁵⁷ Salo de Carvalho, op. cit. p. 256.

⁵⁸ Derechos vitales y de conciencia, claves de 3 países para despenalizar el aborto, Proceso, n. 925, julio de 1994 (Mexico)



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

base em pautas morais ditadas por representantes de uma ou outra religião.

Aliás, Hassemer ensina que a criminalização do abortamento constitui uma forma indevida de se impor concepções morais mediante declaração de valores no âmbito do sistema penal.⁵⁹

Decididamente, a criminalização do auto-aborto viola frontalmente a proibição de criminalizar para tornar dominante uma concepção moral.

2.5- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM A PROIBIÇÃO DE SE CRIMINALIZAR UMA CONDUTA DE FORMA SIMBÓLICA.

“O Estado, sob o pretexto de cumprir o dever de prestar proteção, está, na verdade, de forma simbólica, sobrepondo a política criminal à política social, ou, em outras palavras, está criminalizando a política social” (Alessandro Barata)⁶⁰

Inquestionavelmente, em um Estado Democrático de Direito, que respeita a dignidade da pessoa, também não se deve criminalizar qualquer conduta para fazer crer que, em razão da adoção dessa medida no plano formal legislativo, foi solucionado o problema que se pretendia arrostar.

⁵⁹ *Aborto: entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición por otro lado*, in Janaina Conceição Pachcoal, Constituição. Criminalização e Direito Penal, RT, SP, 2003, p. 127

⁶⁰ Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, SP, RT, ano 2, n. 5, 1992, p. 12



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Todavia, a criminalização do abortamento, que está embasada em uma sólida e enganosa publicidade, pretende vender a idéia de que constitui um instrumento necessário e idôneo para garantir a proteção da vida dos fetos.

Contudo, como acima deixei consignado, a criminalização do abortamento tem sido absolutamente ineficaz, inócua e inútil para prevenir a sua prática e, além disso, tem acarretado imensos e terríveis riscos e danos para as mulheres, como a mortalidade de gestantes e as conseqüências de ordem física e psicológica que elas suportam em razão do aborto inseguro.

Na realidade, a criminalização do auto-aborto, concebida no seio de uma ideologia patriarcal, somente é mantida na legislação infraconstitucional com objetivo simbólico e para garantir o controle da sexualidade feminina em um sistema jurídico escrito com letra androcêntrica.

E, assim, inspirada pela publicidade enganosa que sustenta o sistema penal, forte em um discurso de proteção da vida, que oculta preconceitos e fomenta desigualdades, encobrindo o seu caráter puramente político e ideológico, que alimenta o controle da sexualidade feminina, a criminalização do auto-aborto esconde a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder.

É evidente, pois, que a criminalização do abortamento tem caráter exclusivamente simbólico e, por isso, contraria os mais elementares dogmas que embasam o Estado Democrático e fundamentam o sistema de Direitos Humanos.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

2.6- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM A PROIBIÇÃO DE SE CRIMINALIZAR COMPORTAMENTOS FREQUENTES OU ACEITOS POR PARTE SIGNIFICATIVA DA POPULAÇÃO.

“Ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido dessa intervenção como ultima ratio da política social, nem com as exigências de salvaguardas do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas” (Jorge de Figueiredo Dias).⁶¹

Finalmente, verifico que a criminalização do auto-aborto contraria, às completas, o critério democrático de que não se deve criminalizar comportamentos frequentes ou aceitos por parte significativa da população. .

E os números acima invocados, que desvelam que são praticados mais de um milhão de abortamentos no Brasil todos os anos, evidenciam que essa conduta, ainda que indesejável, e mesmo que constitua um gravíssimo problema de saúde pública, não deve ser enfrentada no âmbito da criminalização, mas, sim, apenas e tão-somente, na órbita do sistema de saúde, mediante a adoção de políticas públicas e providências promocionais transformadoras, que não se confundem com medidas repressivas e proibicionistas, essencialmente excludentes e conservadoras, apenas destinadas a manter o *status quo*.

⁶¹ Questões fundamentais do direito penal revisistadas. SP: RT, 1999, p. 73



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

Assim, também por essa razão, a manutenção da criminalização do auto-aborto implica flagrante violação dos imprescindíveis princípios constitucionais que devem gizar os limites do processo de criminalização em nosso Estado Democrático.

3.- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO AUTO-ABORTO (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 124) COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL.

A criminalização do abortamento é incompatível com o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, o qual foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro, constitui um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, não tem sido eficaz nem útil para a proteção da vida intra-uterina, está sendo mantida com um enorme custo social, impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema, acarreta às mulheres terríveis seqüelas e morte⁶² e contraria, de modo flagrante, os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade, bem como as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico, nem para impor uma determinada concepção moral, nem para punir condutas freqüentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população⁶³.

⁶² “Son las mujeres más desposeídas, de los países con legislación restrictiva, las que realmente arriesgan su vida en la práctica del aborto. Estas mujeres sufren una sumatoria de exclusiones: exclusión por vivir en países donde esta práctica es de riesgo; exclusión socioeconómica, por ser las mujeres más pobres; en fin, exclusión de género ya que en esos países es donde es mayor la desigualdad entre el género masculino y femenino” (Leonel Briozzo, op. cit. p. 191).

⁶³ Segundo Maria Lucia Karan, dentre os princípios de criminalização, podem ser destacados: “(...) o princípio da idoneidade, que impõe a prévia demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social; o princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que não existem outras alternativas que não a criminalização, para controlar determinado fato; e o princípio da racionalidade, que exige que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização. Também se devem mencionar alguns dos critérios sugeridos pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização: não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral; não criminalizar para fazer crer que com isso se solucionou um problema, ou como forma de provocar catarse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

Como ensina Flávia Piovesan⁶⁴, “no plano jurídico, a criminalização do aborto viola os chamados direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, amparados pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, bem como pelas Conferências de Copenhagem de 1994 e de Pequim de 1995. A criminalização do aborto resulta, assim, como uma violação a direitos humanos internacionalmente protegidos, em particular nas esferas da sexualidade e reprodução (Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos).

Decididamente, portanto, é inconstitucional a criminalização do auto-aborto, tipificado no artigo 124 do Código Penal.

E, em consequência, o fato pelo qual foi pronunciada a recorrente é atípico, ou seja, não é criminoso.

A absolvição sumária da ré, inexoravelmente, é de rigor, nos exatos termos do inciso III do artigo 415 do Código de Processo Penal.

social em situações de especial comoção (...); não criminalizar comportamentos demasiadamente freqüentes ou aceitos por parte significativa da população (...). “Sistema penal e direitos das mulheres”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9, p 152 e 153.

⁶⁴ Flávia Piovesan. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”

POSTO ISSO, dou provimento ao recurso interposto por **TATIANA APARECIDA CORREA**, qualificada nos autos (fls. 52), portadora do RG nº 30.836.874, para **ABSOLVÊ-LA**, forte no artigo 415, inciso III do Código de Processo Penal⁶⁵ c.c. artigos 3º, 5º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º e 193 e seguintes da Constituição Federal, Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará”, de 1994, ratificada em 27 de novembro de 1995, Convenção Interamericana para prevenir e punir torturas, de 1985, ratificada em 20 de julho de 1989, Convenção Americana de Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica”, de 1969, ratificada em 25 de setembro de 1992, Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, ratificada em 28 de setembro de 1989, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, ratificada em 1º de fevereiro de 1984, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificado em 24 de janeiro de 1992, Declaração de Pequim, que reconheceu que “os Direitos das Mulheres são Direitos Humanos” e que têm as mulheres o direito à plena assistência à saúde sexual e reprodutiva, Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, Conferências internacionais de Copenhague (Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social) e Beijing (IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz), de 1995, Declaração e Programa de Viena, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

⁶⁵ Código de Processo Penal, artigo 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.’ (NR)



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

(CEDAW), Conferência do Cairo, recomendações do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), especialmente artigo 12 dessa Convenção, a Conferência e Plano de Ação de Beijing, capítulo dedicado à *Mulher e Saúde*, Plano de Ação do Cairo, de 1994, disposições dos Comitês da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 2003, Recomendação Geral n. 19, do Comitê CEDAW, declarações do Comitê PIDESC sobre a criminalização do aborto e Recomendações do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de 2005, sobre o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos”.

Eis o primeiro voto que proferi, analisando a questão prejudicial relativa à criminalização primária do auto-aborto.

2.- VOTO VENCIDO. QUESTÃO PREJUDICIAL. DA ABSOLVIÇÃO DA RECORRENTE EM FACE DA EXTINÇÃO DE SUA PUNIBILIDADE, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, RECONHECIDA POR ANTECIPAÇÃO, COM A PENA EM PERSPECTIVA.

“VOTO.

A recorrente foi denunciada e pronunciada como incurso no artigo 124 do Código Penal (fls. 02/03 e 212 a 217).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

O fato imputado à recorrente, segundo a denúncia, ocorreu no dia 15 de setembro de 2003 (fls. 02 e 03).

O recebimento da denúncia ocorreu no dia 27 de abril de 2004 (fls. 46).

A r. decisão de pronúncia foi proferida em 03 de julho de 2007, ou seja, há mais de três anos do recebimento da denúncia (fls. 212 a 217).

Assim, passados mais de três anos entre o recebimento da denúncia e a prolação da r. decisão de pronúncia, está extinta a punibilidade da recorrente, em face da prescrição retroativa da pretensão punitiva, a qual há de ser reconhecida por antecipação, em perspectiva.

É verdade que não há decisão condenatória e, assim, o prazo prescricional deveria ser computado de acordo com o disposto no artigo 109 do Código Penal, tomando-se por base a pena máxima cominada, em abstrato, para o delito imputado à recorrente.

Portanto, como à recorrente está sendo imputada a prática de auto-aborto, a pena máxima aplicável, em abstrato, seria de 03 anos de detenção, o que determinaria o cálculo, também em abstrato, de um prazo prescricional de 08 anos, nos termos do artigo 109, inciso I do Código Penal, prazo esse que deveria ser diminuído de metade, ou seja, para 04 anos, como determina o disposto no artigo 115 do Código Penal, pois a recorrente não contava 21 anos de idade na data do fato.

Todavia, *in casu*, ainda que esta ação penal seja julgada procedente e a recorrente seja condenada, a pena a ser infligida a ela, em concreto, jamais poderá extrapassar o montante de 01 ano de detenção.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Inquestionavelmente, seria juridicamente impossível, na espécie, aplicar à recorrente, em caso de eventual condenação, uma pena superior a 01 ano de detenção.

Com efeito, de acordo com o critério do artigo 68 do Código Penal, e consideradas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, se a recorrente for condenada, com o acolhimento integral da pretensão acusatória, a pena-base jamais poderá extrapassar o patamar mínimo da cominação, pois não há nenhuma circunstância que lhe seja desfavorável.

Aliás, lembre-se de que a recorrente é primária e não tem antecedentes criminais.

E, como não há agravantes nem causas de aumento para serem consideradas, a pena definitiva não poderá ultrapassar o montante de 01 ano de detenção.

Assim, inexoravelmente, a pena a ser considerada para o cálculo do prazo prescricional deve ser a mínima, não a máxima, pois aquela, tecnicamente, seria a aplicável em caso de eventual condenação.

Decididamente, *in casu*, é perfeitamente cabível a antecipação do cálculo do prazo prescricional com base na pena que inevitavelmente seria aplicada em caso de eventual condenação.

E o cálculo da pena, antecipadamente, não constitui mero exercício de futurologia, pois, na realidade, para a sua visualização em perspectiva foram considerados os requisitos e princípios jurídicos aplicáveis a este caso concreto, como acima deixei consignado.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Em conseqüência, em face da absoluta impossibilidade jurídica de aplicação de uma pena superior a 01 ano de detenção, o prazo prescricional a ser considerado em caso de condenação jamais será aquele de 04 anos, mas, será, sim, inevitavelmente, de 02 anos, como dispõem os artigos 109, 110 e 115 do Código Penal.

E, como acima já deixei consignado, a r. decisão de pronúncia, *in casu*, foi proferida mais de dois anos depois do recebimento da denúncia.

Assim, como têm decidido reiteradas vezes nossos egrégios Tribunais, "seria inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação e é de reconhecer-se a ausência de interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata. O mundo do direito não pode postular-se em tom fenomênico, inteiramente dissociado do mundo concreto" (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RSE nº 589.413-0).

Com efeito, "de nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão ex officio de habeas corpus para trancar a ação penal" (RT 669.155).

Decididamente, portanto, há de ser reconhecida, na espécie, com base na pena em perspectiva, a prescrição da pretensão punitiva, de forma retroativa, o que acarreta o reconhecimento, por antecipação, da extinção da punibilidade da recorrente.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

E, em conseqüência, extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva, a absolvição da recorrente é de rigor.

É que, nos termos do artigo 397, inciso IV do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008, a extinção da punibilidade, que é decisão de mérito, passou a integrar o rol de motivos ensejadores da absolvição.

Embora o novo artigo 397 do Código de Processo Penal refira-se à absolvição sumária, cabível no procedimento ordinário, não se pode olvidar que as normas desse procedimento são subsidiárias, nos termos do artigo 394, parágrafos 3º e 4º do Código Processo Penal, e devem alcançar, também, o procedimento específico desta ação penal.

Ademais, seria absurdo se a absolvição sumária fosse cabível apenas no momento procedimental de aplicação do novo artigo 397 do Código de Processo Penal, pois, a partir da vigência da Lei nº 11719/2008, a extinção da punibilidade deve ser tratada, na integralidade sistêmica do processo penal, como causa de absolvição.

Ademais, não se olvide que a absolvição em razão da extinção da punibilidade constitui uma homenagem aos princípios constitucionais garantistas da presunção da inocência e da dignidade humana, pois, se não há condenação com trânsito em julgado, a proclamação da absolvição afasta definitivamente a manutenção de uma condenação moral, decorrente de uma condenação apenas em primeira instância, que não foi submetida ao duplo grau de jurisdição, ou mesmo decorrente de uma acusação, posta na denúncia ou admitida por uma pronúncia, a qual, como acontece neste caso, nem sequer foi submetida a julgamento.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

POSTO ISSO, ABSOLVO a recorrente **TATIANA APARECIDA CORREA**, qualificada nos autos (fls. 52), portadora do RG nº 30.836.874, em face da extinção da punibilidade, acarretada pela prescrição da pretensão punitiva, reconhecida antecipadamente, nos termos do artigo 107, inciso IV e artigo 109, inciso II, ambos Código Penal, bem como no artigo 397, inciso IV do Código de Processo Penal com nova redação dada pela Lei nº 11.719“.

Eis o voto que proferi, ainda analisando questão prejudicial, mas relativa à prescrição da pretensão punitiva estatal.

3.- VOTO VENCIDO. DO MÉRITO DO RECURSO. DA IMPRONÚNCIA DA RECORRENTE POR FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO FATTO.

“VISTOS.

Este processo não comporta a pronúncia e a impronúncia é de rigor.

Nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal, o juiz somente poderá pronunciar o acusado, fundamentadamente, “se convencido da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria“.

Como se vê, para a pronúncia, indícios suficientes de autoria bastam, mas, com relação à materialidade do fato, indícios não bastam.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Aliás, é isso exatamente que ensina Magarino Torres, quando afirma que, para a pronúncia, “a lei exige, quanto ao fato criminoso, certeza, ou convencimento. **Não bastam indícios sobre as circunstâncias fáticas da ação do acusado, sendo mister verificação plena, quer do fato, quer de sua natureza criminosa**” (Processo penal do júri, p.194).

E, como também afirma Hermínio Marques Porto, “quanto às duas notas condicionantes à decisão de pronúncia (autoria e materialidade), que dizem respeito ao “fato” como um dos pólos da adequação típica, **no tocante à materialidade** (ou prova da “existência do crime” – ver arts. 408 e 409), **há necessidade da presença de prova segura, inflexível, condizente com a realidade, acima dos indícios, estes eficientes, se expressivos, para a identificação da prova da autoria** nos limites do momento procedimental da pronúncia” (Júri, SP, 1982, p. 73).

Assim, para a pronúncia, como ensina Eduardo Espínola Filho, é imprescindível que “veja o juiz provado o crime na sua materialidade, ou seja, na sua existência material” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, RJ, 1965, Editora Borsoi, v. 4, p. 243).

É por isso que este Tribunal de Justiça já decidiu que “o sistema consagrado no regime vigente é o da **inflexibilidade da análise da prova a propósito da certeza do crime**, de sorte que a pronúncia somente se torna possível quando há pleno conhecimento do delito, ou seja, a certeza de sua realidade como se deduz da letra do artigo 408 do CPP” (TJSP, Des. Djalma Lofrano, RT 351/79)

Decididamente, para a pronúncia, com relação à materialidade do fato imputado, é imprescindível a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

existência de prova segura, inflexível, condizente com a realidade, sendo inadmissíveis apenas indícios.

E, *in casu*, não há prova bastante da materialidade do fato.

Com efeito, não há prova segura, incontroversa e inflexível de que a recorrente estava grávida, nem de que havia feto viável, nem de que houve interrupção de gestação, nem de que houve ocisão fetal.

E, “sem prova plena e segura da gravidez e inclusive, da viabilidade do feto, não há que se falar em aborto. Ademais, tratando-se de delito cometido nos primeiros tempos da gravidez, indispensável exame pericial, não o suprimindo a confissão da suposta gestante acerca de seu estado gravídico” (TJSP, Rel. Des. Silva Leme, RT 69/249).

A recorrente, em seu interrogatório judicial, negou que estava grávida, negou que tenha praticado qualquer conduta abortiva, negou ter utilizado o fármaco veterinário “ciozin” e não há nenhuma prova contundente hábil para contrariar as suas palavras.

É verdade que, como observou o juiz a quo, a testemunha Paulo Roberto da Silva afirmou que a recorrente “aparentava um pouco de barriga típica de gravidez” (fls. 93) e que a testemunha José Roberto da Costa asseverou que “ela estava grávida porque estava bem gordinha e tinha uma pequena barriguinha” (fls. 92).

Todavia, é evidente que essas afirmações são absolutamente imprestáveis para provar de forma segura e inflexível o estado gestacional da recorrente.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Ademais, não se olvide que, contrariando aquelas afirmações, Luiz Carlos Pedro afirmou que “a gravidez da ré não era perceptível” (fls. 197) e Antonio Batista Betoletti asseverou que recorrente “não aparentava estar grávida” (fls. 91).

Como se vê, aquelas afirmações invocadas pelo juiz a quo, além de serem imprestáveis por serem baseadas em mera suposição, foram contrariadas por outras provas testemunhas da mesma natureza.

Também é verdade que os peritos, ao elaborarem o laudo pericial, afirmaram que houve a prática do aborto, pois, ao examinarem a recorrente, encontraram “lóquios em grande quantidade compatível com estado puerperal” e “mamas aumentadas de volume, e com aleitamento” (fls. 14).

Mas, à evidência, o laudo pericial em menção não é bastante para provar, de forma segura, inflexível e plena, que a recorrente estava grávida, nem que havia um feto viável, nem que houve interrupção do processo gestacional, nem que houve morte do feto.

Ademais, como é cediço, a lactação não é elemento seguro para afirmar a ocorrência do estado gestacional, pois pode ela ocorrer, perfeitamente, em decorrência de inúmeros fatores, inclusive de natureza psicológica, e, ainda, em razão de entidade patológica conhecida como galactorréia.

Além disso, em face da inexistência da prova direta da materialidade, cabia aos peritos adotar cuidados técnicos mais seguros e efetivos para concluir a ocorrência da gestação.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

Entretanto, limitando-se a superficial exame clínico, os peritos não cuidaram de realizar estudo anátomo-patológico (microscópico) do suposto material de loquiação, para pesquisa de células decíduais, não realizaram biopsia do endométrio, que poderia acarretar reação decidual, não realizaram o exame Beta HCG plasmático quantitativo, que, embora raro, poderia, mesmo três ou quatro dias depois do puerpéreo, dar positividade para uma recente gravidez, não realizaram a mensuração clínica do útero, preferencialmente ultrassonográfico, para avaliar o tamanho uterino e a sua involução puerperal para um quadro de um suposto aborto de cinco ou seis meses e também não efetuaram o necessário exame clínico do colo uterino, que poderia ainda estar pérvio, com três ou quatro dias depois de um parto ou aborto de cinco a seis meses.

Como se vê, posto que disponíveis outras possibilidades médicas e técnicas para possibilitar uma conclusão segura, os peritos limitaram-se a embasar o laudo em referências superficiais e absolutamente insuficientes.

E não se olvide que um dos peritos subscritores do laudo afirmou, em juízo, que nem sequer examinou a recorrente, o que, á evidência, torna ainda mais inseguro o mencionado laudo (fls. 117).

E também não se pode olvidar que o perito que examinou a recorrente declarou, em juízo, que nem sequer sabia afirmar se o medicamento veterinário "ciozin" tinha ou não efeito abortivo (fls. 116).

Aliás, como já decidiu este Tribunal, "deve ser impronunciados os acusados da prática do crime previsto no artigo 124 do Código Penal se o laudo pericial, elaborado por dois



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

médicos, é inconcludente quanto ao poder abortivo do medicamento ingerido” (RT 785/579).

E, in casu, nem sequer há prova de que a recorrente ingeriu o mencionado medicamento veterinário.

Decisivamente, o laudo em menção é absolutamente imprestável para afirmar, com a necessária segurança, a materialidade do fato.

E, “sem a prova plena e segura da gravidez, inclusive da viabilidade do feto, não há que falar em aborto (TJSP, rel. Segurado Braz, RJTJSP 145/281)

Assim, a prova pericial produzida pode ser acolhida, na melhor das hipóteses para a acusação, como um indício da materialidade, mas, como deixei acima consignado, indícios da materialidade não bastam para a pronúncia, que exige, nesse particular, prova segura, incontroversa, inflexível e plena.

Em conseqüência, “não comprovadas nem a gravidez nem a existência do feto sacrificado, impossível a perseguição penal e com maior razão mostra-se inviável a subsistência do decreto de pronúncia, pois se cuida de crime material em que o exame do corpo de delito é imprescindível” (TJSP, rel. Des. Camargo Sampaio, RT 505/332).

E, obviamente, não há falar no aproveitamento de elementos colhidos exclusivamente durante a fase investigatória para embasar o convencimento judicial sobre a materialidade do fato.

Como já afirmou HELENO FRAGOSO, "o sistema do livre convencimento não pode transformar o processo



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

penal numa espécie de casa da mãe Joana, em que vale tudo. Não existe uma panacéia do livre convencimento, na expressão de CARMIGNANI ... Como diz MASSIMO NOBILI, o sistema do livre convencimento, do ponto de vista gnoseológico, representa apenas a recusa a um sistema predeterminado de valorações abstratas e de hierarquia probatória, mas não pode estar dotado de um poder tanatológico de restituir eficácia àquela que deveria ser prova inadmissível e, a bem dizer, sequer uma prova, no sentido técnico do termo" (Jurisprudência criminal, v.2, p.814).

Assim, "admitir prova de inquérito sem conforto na instrução, mesmo em nome do princípio do livre convencimento, seria uma verdadeira involução inquisitória" (ADALBERTO JOSE Q. T. DE CAMARGO ARANHA, Da prova no processo penal, p. 184, SARAIVA, 1.987).

Com efeito, "o inquérito policial apenas legitima o Ministério Público a provocar o poder jurisdicional por meio de ação penal, propondo-se a fazer prova do alegado no decorrer da instrução criminal. Assim, não sendo o inquérito estruturado tendo em vista o contraditório, não , o mesmo apto a constituir prova contra o acusado" (Ap. n. 140.775, TACRIMSP, rel.JUIZ CHARADIA NETTO).

No processo penal democrático, que deve desenvolver-se sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa, como lembra Aury Lopes Júnior, "os atos praticados na instrução preliminar esgotam sua eficácia probatória com a admissão da acusação, isto é, servem para justificar medidas cautelares e outras restrições adotadas no curso da fase pré-processual e para justificar o processo ou o não processo", mas **“não podem ser valorados na sentença”⁶⁶**.

⁶⁶ Sistema de investigação preliminar no processo penal, Lumem Júris, 2006, p. 137.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 6ª CÂMARA "C"

Com efeito, substancialmente distintos dos atos de prova, os atos de investigação, praticados durante a fase inquisitória, meramente investigativa (instrução preliminar), têm as seguintes características: "a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o conhecimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da opinio delicti do acusador; f) não estão destinadas à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou não-processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional"⁶⁷.

Portanto, diante dessas características, é inadmissível que as atividades inquisitórias realizadas sem função endoprocedimental, durante as investigações policiais, possam substituir a instrução processual para servir de fundamento ao convencimento do juiz.

Aliás, as lições de Carnelutti demonstram que a validade das "provas" produzidas durante o inquérito policial devem limitar-se aos fins investigativos, podem servir para a formação da convicção do Ministério Público no momento da eleição da hipótese fundamentadora da acusação e até mesmo podem embasar o recebimento da acusação, **mas jamais poderão servir para a convicção do juiz no curso do processo penal**⁶⁸.

⁶⁷ Aury Lopes Jr., op. cit. p. 138.

⁶⁸ Derecho Processual Civil y Penal, p. 340.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA “C”**

E a Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos artigos 14.1 e 14.3, instrumentos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e incorporados ao sistema jurídico brasileiro com natureza constitucional, e com caráter vinculante no plano interno, também afastam a validade probatória dos atos praticados durante as investigações policiais, de forma inquisitória, sem a observância plena dos princípios democráticos da publicidade, da oralidade, da imediação, do contraditório e da ampla defesa.

É por isso que “é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença”⁶⁹.

Como ensina Vagas Torres, “as diligências levadas a cabo na instrução preliminar (atos investigativos) não podem servir como fonte de convencimento do órgão jurisdicional no momento da sentença”⁷⁰.

É por isso que, *in casu*, não se pode nem sequer cogitar, juridicamente, a hipótese de uma eventual condenação embasada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial.

Portanto, não se pode afirmar a certeza do fato com base em uma confissão colhida na fase policial, máxime quando houve plena retratação em juízo.

⁶⁹ _____, Op. cit. p. 139.

⁷⁰ Presunción de Inocencia y prueba em el processo penal, p. 116.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA "C"**

E não se olvide que a confissão não supre a falta de prova da materialidade do fato, como dispõe, expressamente, o artigo 158 do Código de Processo Penal.

Definitivamente, não estou convencido da existência da materialidade do fato e, em consequência, se o caso não fosse de absolvição como deixei consignado no voto vencido declarado, a impronúncia da recorrente seria de rigor, não a pronúncia, data maxima venia, conforme decidido na r. sentença recorrida e no v. voto condutor”.

Eis, finalmente, o meu voto quanto ao mérito do recurso, o qual ficou também vencido pela decisão dos demais excelentíssimos magistrados componentes desta Colenda Câmara Criminal, os quais mantiveram a r. decisão de pronúncia recorrida.

**JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES
RELATOR**