



EXCELENTÍSSIMA E DOUTA PRESIDÊNCIA DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1/93

**URGENTE – VERSA SOBRE SAÚDE E DIGNIDADE SEXUAL DE MULHERES CISGÊNERO E HOMENS TRANSGÊNERO**

**ABMCJ** – Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica, inscrita no CNPJ 21.506.720/0001-01, com sede na Av. Dep. Jamel Cecílio, nº 3455, Ed. Flamboyant Park Business – Sala 1.602, Jardim Goiás, Goiânia, GO. CEP. 74810-180 vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência apresentar **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM PEDIDO LIMINAR** para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual 22.537/2024, sancionada pelo Governador do Estado de Goiás, publicada no Diário Oficial do Estado de 11 de janeiro de 2024, por violação a diversos dispositivos constitucionais, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação por sexo e gênero e da proporcionalidade, por aprofundar o estado de coisas inconstitucional do aborto legal e seguro no Brasil (cf. ADPF 989 – petição inicial), além de violar o direito fundamental à saúde e o princípio da proibição do retrocesso, cf. disposto a seguir:

**BREVE INTRODUÇÃO, EMENTA E SUMÁRIO.**

1. A presente ação visa a proteção do direito ao aborto *legal e seguro*, nas hipóteses já autorizadas legalmente e por decisão com força de lei (por efeito vinculante e eficácia *erga omnes*) desta Suprema Corte (ADPF 54). Um tema tradicionalmente objeto do **direito das mulheres** pela óbvia razão de que, nas relações heteroafetivas, são as **mulheres cisgênero (doravante, mulheres cis)** que engravidam e são vítimas do controle de sua sexualidade em geral e dos seus corpos em especial pelo machismo estrutural, institucional, sistemático e histórico. Todavia, é importante pontuar que a presente ação abarca também os direitos dos **homens transgênero (doravante, homens trans)**, ou seja, pessoas que nasceram com sexo *biológico* dito “feminino” (tecnicamente, o “sexo fêmea”), mas que têm identidade de gênero *masculina*. Lembre-se que, *tecnicamente*, dentro dos paradigmas do dimorfismo sexual e do binarismo de gêneros, “sexo” é termo que se refere à divisão binária

“macho/fêmea”, enquanto “gênero” é o termo relacionado à divisão binária “masculino/feminino”, de sorte que as expressões “sexo masculino/feminino” incorrem em contradição conceitual, embora popularizados no senso comum e até em estudos acadêmicos. Seja como for, pela razão de o direito ao aborto legal e seguro ser tema historicamente, com toda justiça, tratado como integrante dos **direitos sexuais e reprodutivos das mulheres**, no paradigma das mulheres cisgênero, nesta ação falaremos, com pontuais exceções, apenas dos direitos das *mulheres* cisgênero (já no parágrafo seguinte), embora toda a fundamentação e todos os pedidos também abarcam os direitos dos **homens trans**, citados nas *Conclusões*, nos *Pedidos* e em alguns momentos pontuais das causas de pedir, que devem ser protegidos pelas normas legais que permitem o aborto legal e seguro, por interpretação conforme à Constituição delas à luz do princípio constitucional da não-discriminação por identidade de gênero (art. 3º, IV, e 5º, XLI e XLII, da CF/88, o último cf. STF, ADO 26/MI 4733, j. 13.06.2019), o que desde já se requer. É neste contexto global, do *conjunto da postulação*, que devem ser entendidos os pedidos desta ação (art. 322, §2º, do CPC).

2. Permita-se a apresentação da **EMENTA** a seguir, que terá seus fundamentos desenvolvidos nos tópicos a seguir:

## 1. OBJETO DA AÇÃO.

Lei estadual que cria “campanha de conscientização”, o “Dia de Conscientização” e as “Diretrizes da Campanha de Conscientização contra o Aborto”, no contexto do *aborto legal*. Tentativa expressa de tentar convencer a mulher a não-exercitar o direito ao *aborto legal*, por campanhas financiadas e incentivadas pelo Estado. Observação relevante. Embora algumas discussões sejam comuns e se interpenetrem, esta ação se limita a pedir a inconstitucionalidade de restrições e interferências ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro, ou seja, ao aborto já legalizado, sem entrar no mérito do direito fundamental ao aborto no primeiro trimestre objeto da ADPF 442.

### 1.1. BASES CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO

Constitucionalismo Feminista como imposição constitucional. Feminismo como teoria de igualdade material entre homens e mulheres e não como menosprezo a homens e ao masculino relativamente a mulheres e ao feminino, visando superação do machismo hierárquico-patriarcal que assolou e cujos resquícios ainda assolam o Direito Pátrio e Mundial. Direito Antidiscriminatório como concretização do princípio da igualdade no âmbito relacional, na lógica da antissubordinação (Roger Raupp Rios), para superação de estigmas com vistas à plena integração social e uma cidadania igualitária a integrantes de grupos historicamente marginalizados (Adilson José Moreira). Superando-se todas as formas de discriminação, não só as diretas (intencionais), mas também as indiretas (não-intencionais), como as estruturais, institucionais e sistemáticas. Discriminação por sexo e gênero como classificação suspeita, que demanda escrutínio elevado, à luz do teste de proporcionalidade (cf. STF), com presunção de inconstitucionalidade a ser superada apenas se apresentado *importante fim estatal fortemente relacionado* à classificação sexual ou de gênero em questão (cf. Suprema Corte dos EUA e Corte Interamericana de Direitos Humanos). E, ainda, com a lente do **Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, do E. CNJ** (ADI-TJAL n. 0800234-78.2024.8.02.0000), para que sejam superadas as desigualdades estruturais e históricas contra as mulheres pelos Poderes Públicos, inclusive o Judiciário. Discriminação indireta, por efeito discriminatório não-intencional, consagrada



enquanto Direito Objetivo no Brasil e na jurisprudência do STF. Leis que afetam exclusivamente as mulheres como inerentemente caracterizadoras de discriminação sexual ou de gênero, no mínimo por efeito discriminatório, demandando submissão ao teste de proporcionalidade e anti-arbitrariedade (isonomia), à luz do escrutínio elevado citado. Cidadania sexual e de gênero como critério substantivo de controle de constitucionalidade, enquanto decorrente da conjugação de direitos fundamentais, a ensejar o teste de proporcionalidade e seu escrutínio estrito.

3/93

## 2. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

Tema de competência da União: inexistência de interesse local que justifique lei estadual ou municipal, que poderiam apenas *ampliar* o direito ao aborto legal e seguro, garantido por lei federal, mas nunca restringi-lo ou criar condicionantes ou constrangimentos ao exercício regular desse direito.

## 3. INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE MATERIAL.

**3.1. Aprofundamento do Estado de Coisas Inconstitucional do Aborto Legal no Brasil** (cf. ADPF 989 – petição inicial). Flagrante e notória inefetividade das leis de aborto legal no Brasil, que evidencia o *Estado de Coisas Inconstitucional* no tema: não basta a mera previsão formal se ela for inefetiva. Apesar de forte apoio de parte relevante da sociedade ao respeito ao direito ao aborto legal, a notória e forte oposição *moral* de parte também relevante da sociedade ao aborto legal já torna difícil o exercício regular desse direito por *resistências morais* de hospitais e profissionais da saúde, como comprovado por casos notórios (art. 374, I, do CPC), amplamente divulgados. Incompatibilidade com interesse público primário da permissão legal ao aborto legal: o Estado *não pode* promover ou incentivar campanhas públicas contra direitos subjetivos reconhecidos pela lei. O já escasso e insuficiente atendimento do aborto legal e seguro já sofre profundas resistências sociais, inclusive por protestos que visam ou têm o efeito de constranger tanto profissionais de saúde de exercer sua profissão neste âmbito e, principalmente, mulheres de exercerem seu *direito de decidir* pela prática do aborto legal e seguro. Como o aborto legal e seguro já sofre muitas resistências de profissionais da saúde e instituições de saúde, sendo poucos os lugares que o realizam e que sofrem reiteradas represálias de setores ideológicos antiaborto, que visam constranger profissionais de exercer sua profissão e mulheres do exercício regular de seu direito ao aborto legal e seguro. Não cabe ao Estado criar políticas públicas contrárias a direito garantido por lei, por contradição lógica incompatível com o interesse público primário que gerou a aprovação de tal lei e por isso aumentar a vulnerabilidade social e jurídica das mulheres que desejam realizar o aborto legal e seguro no Brasil. Ausência de interesse público primário em tais campanhas antiaborto legal e seguro, especialmente porque os grupos antiaborto têm farto poderio financeiro e humano e não precisam de ajuda do Estado. Pelo contrário, é a conscientização da forma de exercício regular de direito ao aborto legal e seguro que precisa de políticas públicas contra os moralismos de pessoas que querem controlar o corpo das mulheres para impedi-las de exercer seu *direito de decidir* pelo aborto legal e seguro e para que mais mulheres tenham conhecimento do seu direito e da forma de exercitá-lo, caso queiram.

**3.2. Direito à Não-Discriminação por Motivo de Sexo e Gênero, Princípio da Legalidade e Direitos Fundamentais das Mulheres**. Como nas relações heteroafetivas entre pessoas

cisgênero são somente as mulheres que engravidam, leis que visam criar requisitos para o exercício regular do direito ao aborto são leis restritivas de direitos, no mínimo por efeito discriminatório, que devem ser objeto de escrutínio estrito pautado no princípio da proporcionalidade (cf. STF) e na presunção de inconstitucionalidade a ser superada só por prova de importante fim estatal fortemente relacionado com tal classificação (cf. Suprema Corte dos EUA, que erra ao negar o escrutínio elevado a leis que focam só no sexo ou gênero feminino, pois o faz por negar que efeito discriminatório não-intencional geraria discriminação inconstitucional, posição incompatível com o Direito Objetivo brasileiro e a jurisprudência desta Suprema Corte brasileira). Inconstitucionalidade formal (princípio federativo), por ausência de interesse local que justifique uma lei tal, pelo exercício regular de direito ao aborto legal ser tema de interesse nacional, de sorte que lei local só poderia *ampliar* direito reconhecido por lei federal, não dificultar seu exercício. Inconstitucionalidade material. Direito de defesa contra atos estatais e sociais que dificultem o exercício regular de direitos (cf. Robert Alexy, par. 140.2), como o direito ao aborto legal. O constrangimento à mulher, visando convencê-la a não-exercitar seu direito ao aborto legal e seguro, configura tentativa sub-reptícia de controle do corpo da mulher, o que, no **contexto do aborto legal**, implica em postura que visa criar um *onus indevido* (cf. par. 140.1) para que ela exerça seus **direitos à privacidade corporal, à saúde psicológico-social (cf. OMS) e ao planejamento familiar** para interromper a gravidez em hipótese autorizada legalmente ou por precedente da Suprema Corte em controle abstrato de constitucionalidade, com força de lei (por seu efeito vinculante e eficácia erga omnes, cf. art. 102, §2º, da CF/88 – atualmente: ADPF 54).

### **3.3. Princípio da Proporcionalidade: Subprincípios da Adequação e Necessidade.**

*Inadequação e Desnecessidade objetivamente aferíveis* da lei impugnada, por ser fato notório a plena ciência da sociedade sobre os efeitos penais do aborto *ilegal* e ausência de interesse público primário no incentivo a organizações privadas fazerem campanhas contra o aborto legal. Até porque já o fazem de maneira notória, inclusive tentando convencer as mulheres que querem realiza-lo a não fazê-lo, mediante promessas de ajudas com a criação do bebê que vier a nascer, muitas vezes não-cumpridas. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. O exercício regular do direito ao aborto legal e seguro deve prevalecer sobre a tese ideológica antiaborto, porque o *direito de decidir* é somente da mulher grávida (e do homem trans grávido), que já está em situação de vulnerabilidade social e jurídica que não pode ser agravada por um Estado Democrático e Social de Direito, especialmente ante a imposição constitucional de superação das desigualdades sociais e de discriminações (logo, estigmas) em geral (art. 3º, I a IV, da CF/88), não sua ampliação. Decisão dramática tomada em contexto social onde as penas do aborto *ilegal* já são notórias/bem conhecidas. Desumanidade, por tratamento cruel e degradante, da pretensão de se impor sofrimento à mulher que deseja realizar o aborto legal e seguro pela demonstração da foto de batimentos cardíacos do feto. Tentativa enviesada de causar sofrimento, angústia e/ou constrangimento à mulher e tentar convencê-la a não realizar o aborto por isso, que viola o princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição de condutas cruéis e degradantes.

### **3.4. Princípio da Proporcionalidade: Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.**

Fundamentos da decisão unânime do **Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas** (ADI-TJAL n. 0800234-78.2024.8.02.0000). Desproporcionalidade em sentido estrito da lei impugnada. Tentar convencer a mulher a não realizar exercício regular de direito ao

aborto legal e seguro implica desconsideração da vulnerabilidade social e jurídica dela em momento dramático da sua vida. Cabe ao Estado só amparar e acolher a mulher que procura serviços de aborto legal e seguro não encampar a posição ideológica de quem se opõe a ele, sob pena de negar a condição à mulher de sujeito de direitos e trata-la como “coisa” ou meio à efetivação de ideias ideológicas antiaborto. Tentar convencer a mulher a não exercitar direito ao aborto legal e seguro implica em revitimização, causando sofrimento, angústia e/ou constrangimento que caracteriza(m) violência obstétrica, pois ela já refletiu profundamente para tomar decisão tão dramática. **Violação da dignidade humana da mulher, em sua vertente de autonomia**, por visar ou ter o efeito de culpabiliza-la pelo exercício regular de um direito a partir de posições ideológicas antiaborto, *geralmente* de origem fundamentalista e moralista, que querem controlar o corpo da mulher e força-la a manter uma gravidez que a lei permite que não mantenha. **Observação relevante. Tese principal** (par. 7.1 e 143), donde o teste do *ônus indevido* (par. 7.1 e 140.1) deve ser utilizado apenas na longínqua hipótese de não acolhida das teses dos itens 3.3 e 3.4 desta ementa e respectivos desenvolvimentos.

**3.5. Princípio da Proibição do Retrocesso Social e Discriminação Indireta por Classe Social e por Raça-Fenotípica.** Retrocesso na garantia de acesso das mulheres ao aborto legal e seguro, que afeta primordialmente as mulheres pobres, normalmente negras, decorrente de lei que permite ao Estado tentar convencê-las a não-abortar. Mesmo nos paradigmas legais e jurisprudenciais do Direito Comparado que permitem ao Estado indagar à mulher as razões de querer interromper sua gravidez, não é admissível que se permita ao Estado tentar *debater* com a mulher para *tentar convencê-la* a não realizar seu direito legal ao aborto, especialmente por medidas *desumanas* como mostrar ultrassom ou batimentos cardíacos do feto, como quer a lei impugnada (art. 3º, VI). O Estado deve se limitar a providenciar acolhimento humanizado à mulher que deseja exercitar seu direito ao aborto legal e seguro, para entender se a interrupção da gravidez é decorrente de sua plena autonomia da vontade e não por pressão de terceiros(as), sendo inconstitucional que faça campanha moral para tentar convencê-la a não-abortar, especialmente no atendimento individualizado a elas. Inconstitucionalidade, ainda, de políticas públicas antiaborto legal e seguro, por aumentarem o *estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil*. Descabimento do argumento de que o bebê que vier a nascer poderá ser colocado para adoção, a uma porque o direito ao aborto legal e seguro é independente disso e, a outra, porque é notório que Estado e Sociedade não têm estrutura e condições para tanto, ante os estudos do Conselho Nacional de Justiça sobre o perfil de crianças que, em geral, as pessoas querem adotar, por idealizações de potenciais adotantes que geram o *estado de coisas inconstitucional* das crianças e adolescentes na fila de adoções no Brasil – desinteresse generalizado em crianças que não sejam recém-nascidas, brancas e meninas, cf. CNJ.<sup>1</sup>

**3.6. Ausência de base para a lei impugnada no art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedente da Corte Interamericana sobre a proteção da vida “em geral, desde a concepção” visar a proteção da mulher grávida e não do nascituro como sujeito de direitos.** Ausência de inconvenção em leis nacionais que legalizam o aborto, o que torna o tema relevante para a presente ação, que se limita

<sup>1</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Painel de Acolhimento. *Apud* BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Infância negra é desafio do racismo estrutural brasileiro**, 28 nov. 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/infancia-negra-e-desafio-diante-do-racismo-estrutural-brasileiro/>>. Acesso: 27.01.2024.

a pedir a inconstitucionalidade de interferências no exercício regular do direito ao aborto legal e seguro. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do **Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica (2016)**, à luz da interpretação literal, sistemática, teleológica e histórica (oriunda dos debates durante os trabalhos preparatórios para aprovação da CADH), “pode-se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher”, porque “não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos” (par. 222 da decisão;<sup>2</sup> transcrição integral no par. 131.1 desta ação).

#### 4. PEDIDOS.

Suspensão Cautelar Monocrática de toda a lei, a ser posteriormente objeto de Julgamento/Referendo Plenário de toda a lei impugnada e posterior declaração de sua inconstitucionalidade total. Subsidiariamente. Suspensão Cautelar dos dispositivos onde se afirma a supremacia dos interesses do nascituro sobre os da mulher cis ou homem trans que deseja realizar exercício regular de direito do aborto legal e que permite mostrar ultrassom do feto à mulher cis ou homem trans em questão. Bem como interpretação conforme à Constituição adiante explicitada. **Inconstitucionalidade formal**, por legislar de forma restritiva sobre tema de competência constitucional legislativa da União, em violação ao princípio federativo, inclusive por ausência de interesse local no tema, que é de interesse nacional. **Inconstitucionalidade material**, aprofundar o estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil, em franca violação dos direitos fundamentais à não-discriminação por sexo, gênero e identidade de gênero, à saúde, de proporcionalidade e de proibição de retrocesso social das mulheres. **SUBSIDIARIAMENTE. Suspensão Cautelar e posterior Inconstitucionalidade Parcial (com redução de texto), expurgando-se o disposto no art. 3º, inc. I, III, IV, V e VI, pelas razões sintetizadas nos dois últimos parágrafos do item “Conclusões” e respectivos “Pedidos”.** Bem como com interpretação conforme a Constituição naquilo que não for textualmente expurgado/invalidado, para que a “Campanha de Conscientização”, o “Dia de Conscientização” e as “Diretrizes da Campanha de Conscientização contra o Aborto” (sic) que desejam criar não sejam pautadas em fundamentalismo religioso ou moralismos (religiosos ou não) diversos, mas apenas em estudos sérios que analisem o mundo real da prática do aborto no Brasil e no mundo, pelos rigorosos critérios da Medicina Baseada em Evidências, que atestem as mortes geradas no mundo pela criminalização do aborto, por sua seletividade e efeito discriminatório em mulheres cis e homens trans pobres, geralmente negras(os), o perfil real das pessoas que o praticam, suas razões reais e demais dados apurados cientificamente. Sem admitir que meros moralismos ou fundamentalismos apriorísticos antiaborto sejam utilizados contrariando as evidências do mundo real, como querem as pessoas religiosas que dizem tentar conciliar fé e razão, pois o fazem condicionando o uso da razão apenas naquilo que não questione seus dogmas, o que é, por definição, profundamente anticientífico. **EM AMBOS OS CASOS.** Interpretação conforme a Constituição para que as leis de aborto legal sejam interpretadas sem discriminação por identidade de gênero, para que abarquem também os direitos de

<sup>2</sup> Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf)>. Acesso: 30.01.2024.

homens trans, que são *homens que engravidam*, por terem nascido com sexo biológico incompatível com sua identidade de gênero masculina.

3. Entende-se que a Lei impugnada é **formalmente inconstitucional**, por legislar sobre tema de competência da União, contrariando as leis federais de regência do direito ao aborto legal e seguro, ao pretender constranger as mulheres que desejam realizá-lo. Ademais, entende-se que a lei impugnada é **materialmente inconstitucional**, por ter a intenção ou efeito de constranger e discriminar as mulheres que desejam realizar o aborto legal e seguro, já que pretende campanhas contra o aborto apenas no contexto do aborto legal, donde cria *ônus indevido* (cf. par. 7.1 e 140.1) ao exercício regular desse direito, violando os direitos fundamentais à não-discriminação por sexo, gênero e identidade de gênero, à saúde, de proporcionalidade e de proibição de retrocesso social.

4. Nos parágrafos 9 a 20, demonstra-se a legitimidade ativa da entidade. No 21º, transcrevemos a lei impugnada.

5. Explicam-se as **bases constitucionais antidiscriminatórias** que fundamentam a presente ação, com conceitos e princípios de Direito Antidiscriminatório, Constitucionalismo Feminista e Direito Feminista em geral, que geram uma **imposição constitucional de julgamento com perspectiva de gênero** e consagram o **princípio da cidadania sexual e de gênero** como critério substantivo de controle de constitucionalidade, nos parágrafos 22 a 59. Roga-se atenção especial na questão da discriminação por sexo e gênero enquadrar-se como **classificação suspeita, merecedora de escrutínio estrito** e forte presunção de inconstitucionalidade e inconveniência de leis que restringem direitos das mulheres, **como a Lei impugnada ao visar criar constrangimentos e óbices ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro**, a partir de forte doutrina e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos parágrafos 53 a 59.

6. A explicação da **inconstitucionalidade formal** da Lei impugnada, porque poderia tão somente ampliar hipóteses de acesso à saúde, mas não restringi-las, está explicada nos parágrafos 64, 69 e 125, retomando-a nos parágrafos 63, 67 e 117. A ação defende, ainda, em termos de **inconstitucionalidade material**, que a Lei impugnada viola os objetivos da República pela lei impugnada (parágrafos 87 a 91), e os princípios da não-discriminação (parágrafos 92 a 97), da autonomia da vontade (parágrafos 98 a 101), da proteção ao direito à saúde (parágrafos 102-104, com menções nos par. 47, 64, 78-79 e 86.ii), com outras menções nos parágrafos 45, 62, 80-81, 86), ao planejamento familiar (parágrafos 105-106) e à proibição de tratamento cruel, degradante e desumano (parágrafos 107-108, 131 e subparágrafos).

6.1. Como um dos fundamentos para tanto, a ação aborda as discussões técnico-jurídicas sobre o **conceito constitucional e infraconstitucional de pessoa**, demonstrando tanto à luz de doutrinas tradicionais de Direito Civil Clássico quanto na perspectiva do Direito Civil Constitucional que o *nascituro (feto)* não é “pessoa” na *acepção técnico-jurídica* e que a Constituição Federal protege a *pessoa humana* (como quando protege a dignidade da pessoa humana) e não seres humanos não-concebidos que não se enquadram no conceito de “pessoa”, à luz do silêncio constitucional sobre a definição do tema, de sorte que mesmo um *originalismo sério*

não pode defender que a *Constituição* garantiria o direito à vida desde a concepção (parágrafos 78 a 83). Explica-se que essa discussão, tradicionalmente travada em prol da inconstitucionalidade da criminalização no primeiro trimestre da gestação, por ausência de atividade cerebral (conceito de fim da vida humana, pelo critério da morte encefálica, donde, por analogia, deve ser o critério para definição do início da vida humana<sup>3</sup>) ou da ausência de capacidade de vida extrauterina (cf. EUA, *Roe v. Wade*, 1973, e *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 1992) tem **relevância em uma ação focada exclusivamente na proteção do exercício regular do direito ao aborto (já) legal e seguro, como esta. Isso em razão da lei impugnada** textualmente considerar o nascituro como detentor do *direito constitucional à vida* (o que é incorreto mesmo à luz de originalismo constitucional, cf. *supra* e *infra*) e, pior, como detentor de um interesse tal “*superior*” ao da mulher que deseja realizar o exercício regular do direito ao aborto legal e seguro. Algo que se considera inconstitucional, o que também vale para as disposições legais que permitem políticas públicas e incentivos a grupos antiaborto, que já são socialmente e financeiramente poderosos e não precisam do apoio dos poucos recursos públicos, de sorte a não haver interesse público primário que isso justifique (parágrafos 84 a 86).

6.2. Explica-se, ainda, porque não é aplicável ao ordenamento constitucional brasileiro a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Dobbs v. Jackson Women's Health Association* (2022), nos parágrafos 92.1.1, 139.1.1 e seus seis subparágrafos, por adotar uma dogmática de identificação de direitos fundamentais implícitos **incompatível com o Direito Objetivo brasileiro**, que consagra a proibição da discriminação *indireta (por efeito discriminatório)* no art. 1º da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que teve grande influência em nossa Assembleia Nacional Constituinte, internalizada pelo Decreto 89.460/1984, e, atualmente, pelo Decreto 4.377/2002. Abrangência esta da discriminação indireta no direito fundamental à não-discriminação por sexo e gênero também consagrada na **jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal**, a partir de seus precedentes (cf. *infra*).

7. Aponta-se, ainda, a **inconveniência** da Lei impugnada, demonstrando-se a competência do Supremo Tribunal Federal para o controle de convencionalidade, a partir de violação do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (parágrafos 40, 61.1, 131 e subparágrafos). E isso com foco na violação do princípio da proibição do retrocesso social (parágrafos 124 a 127). A ação explica que o **art. 4º** da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao proteger o direito à vida, “*em geral, desde a concepção*” não tem o condão de tornar “inconvenientes” leis que legalizem o aborto, donde deve ser interpretado sistematicamente com os direitos humanos à vida digna e à saúde da mulher. Consoante, inclusive, **decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica (2016)**,<sup>4</sup> quando concluiu que a interpretação histórico-teleológica do dispositivo à luz das emendas rejeitadas que visavam retirar a

<sup>3</sup> Art. 3º da Lei 9.434/1997, regulamentado(a) inicialmente pela Resolução CFM 1.480/1997, atualizada pela Resolução CFM 1.826/2007 e 2.173/2017: critério da “morte encefálica” como autorizando a remoção dos órgãos, mesmo com “vida biológica” remanescente.

<sup>4</sup> Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf)>. Acesso: 30.01.2024.

expressão “em geral” dele significa que é *equivocado atribuir o status de “pessoa” ao embrião*, por ser dispositivo voltado à proteção e ao acolhimento da mulher grávida que deseja exercer a maternidade como parte de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e não proibir leis de aborto legal e seguro nos países americanos (itens 222 e 223, após explicação dos itens 194 a 221 da decisão). Assim, é evidente a convencionalidade de leis que legalizam o aborto, por ponderação que dê primazia aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que a Corte Interamericana reconhece protegidos pelo direito humano e fundamental à privacidade no citado precedente, inclusive à luz do direito a decidir o número de filhos(as) que se quer ter, previsto na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (parágrafos 86.ii e, especialmente, 131.1 e 131.1.1 desta peça). Pontuando-se que o tema do direito fundamental ao aborto no primeiro trimestre (objeto da ADPF 442) *não é objeto da presente ação* e, por isso, divergência a ele não pode inviabilizar a procedência desta, pois aqui se requer, exclusivamente, a **inconstitucionalidade de lei que quer criar restrições desproporcionais e desumanas ao exercício regular do direito ao aborto legal.**

8. Defende-se que a Lei impugnada aprofunda o **estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil**, com base nos fundamentos da petição inicial da ADPF 989, aqui reiterados e desenvolvidos, nos parágrafos 133 a 142. Elaboraram-se **Conclusões** nos par. 144 a 147, onde se destrincharam as razões e pedidos pela inconstitucionalidade total da lei impugnada ou, **subsidiariamente**, sua inconstitucionalidade material parcial, com pedido de interpretação conforme a Constituição neste caso. Formulou-se **pedido de tutela de urgência** (par. 148 a 154), seguido dos pedidos sintetizados nas Conclusões já citadas (par. 155).

7.1. Destaca-se **paradigmática decisão do Plenário do Tribunal de Justiça de Alagoas**, que suspendeu cautelarmente lei de conteúdo equivalente ao da lei impugnada, por fundamentos de **inconstitucionalidade formal e material**, em muito similares aos da presente ação (parágrafo 143: ADI/TJAL 0800234-78.2024.8.02.0000, j. 18.01.2024, com referendo plenário em 25.01.2024), do que vale destacar, de antemão, o seguinte, totalmente aplicável à lei aqui impugnada, para, ato contínuo, iniciar-se o desenvolvimento do quanto até aqui sintetizado e sumarizado:

**A Lei Municipal nº 7.492/2023 desconsidera completamente a situação de fragilidade e vulnerabilidade em que se encontra uma mulher que está prestes a realizar um aborto. A decisão por realizar este ato, sem sombra de dúvidas, não é fácil, assim como é extremamente delicada a conjuntura vivenciada pela mulher que a permitem abortar de forma legal. A mulher não escolhe ser estuprada, não escolhe correr risco de vida em sua gravidez e não escolhe ter um feto com anencefalia. Todas essas situações são extremas, e bastante dolorosas, sendo obrigatório, por isso mesmo, ao Estado em sentido lato, a criação e implantação de políticas públicas destinadas a suavizar e protegê-las desse sofrimento e suas inegáveis sequelas. A partir do momento em que o Estado (em sentido amplo) obriga que essas mulheres, sobretudo as menores, assistam a vídeos que mostram o procedimento abortivo e sejam avisadas de maneira incisiva sobre absolutamente todos os possíveis efeitos colaterais da prática, aumenta-se o sofrimento psicológico e emocional da mulher, violando seu direito fundamental à saúde e, no caso daquelas que sofreram violência sexual, o Município termina por**

**atuar como agente de revitimização, praticando uma segunda e verdadeira violência institucional.**

Além disso, há uma **indevida e profunda interferência na autonomia da mulher importante vertente da dignidade da pessoa humana**, já que o ente público passa a coagi-la, de maneira violenta, mas aparentemente legítima e pretensamente sutil, sob o crivo de uma lei municipal, a não realizar o aborto, mesmo nas hipóteses em que ordenamento jurídico permite. Em outros termos, **sob o equivocado pretexto de esclarecer e orientar, a lei municipal comete e reforça violências contra a mulher. Ao invés de serem acolhidas, por imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, por melhor que tenha sido a intenção legislativa, termino que, em verdade, ressuscita uma culpabilização perpetrada contra essas mulheres que optaram por interromper a vida intrauterina, em decorrência de uma dolorosa e inesperada circunstância.** É dizer: o Estado, que deveria acolher essas pessoas oferecendo-lhes a mais completa assistência em saúde, termina, ao fim e ao cabo, por aumentar seu sofrimento psíquico e emocional.

Nesta seara, correto afirmar, até por lógica e bom senso, que **a partir da decisão livre e soberana da mulher, somente o estado que deve estar sujeito a obrigações de ampará-la. A ela, de livre opção e consciência, nenhuma obrigação pode ser imposta!** [...] Comumente a mulher não é ouvida, suas queixas e preocupações são ignoradas por aqueles que deveriam fornecer um ambiente acolhedor e saudável, e há a perda de sua capacidade de autodeterminação e decisão. Quando **à mulher é negado o atendimento de qualidade na gestação**, trata-se de uma hipótese de **violência obstétrica**, que não se restringe ao momento do parto, podendo ocorrer, ainda, em situações de abortamento [...] **A mulher deve ser tratada como autêntico sujeito de direitos, e não como objeto de interesses políticos ou ideológicos.** Para que seus direitos sejam garantidos, em sua completude, faz imprescindível que lhe seja conferido o **direito à autodeterminação**. Logo, de consequência, é terminantemente ilegítimo que a escolha seja feita previamente pelo ente público, obrigando-se a ver imagens que só farão aumentar o sofrimento vivenciado pela mulher, que, repise-se, já se encontra em uma situação de total vulnerabilidade pela fatalidade a que foi acometida. **E, num momento de tanta fragilidade, o Estado não poderá toma para si o poder de decidir sobre o que a mulher verá antes de realizar um aborto em casos que são permitidos pela legislação brasileira.** É um direito que ela de soberana vontade optou em exercer, de forma que nenhum obstáculo, por mais sutil que seja, poderá ser imposto! [...]

Assim, diante de todos os fundamentos anteriormente apresentados, resta evidenciada a inconstitucionalidade material da lei objeto da presente ação, haja vista que o poder estatal atua como verdadeiro agente causador de um segundo e maior sofrimento psicológico e emocional, ao invés de acolher e cuidar daquelas que necessitam do serviço público. Além disso, a legislação viola a dignidade da pessoa humana, sob as seguintes vertentes: valor intrínseco da pessoa, pois o Estado se utiliza da mulher como instrumentos em proveito de interesses alheios a ela; igualdade, já que é fonte de discriminação; autonomia, na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, pois suprime da mulher o seu direito de escolha livre. **(grifos nossos)**

## DA LEGITIMIDADE ATIVA

9. A ABMCJ é entidade com forte e consolidada atuação nacional na temática de direitos das mulheres, sendo assim, a temática do aborto legal e seguro

se enquadra nos objetivos estatutários da associação, estando assim, plenamente legitimada, conforme o artigo 103, IX da CF:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

10. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de atuação das associações temáticas no controle constitucional a exemplo da **ADPF 527-MC**, quando o Excelso Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de entidade LGBTI+ na defesa dos interesses desta população, na decisão o relator Ministro Roberto Barroso afirma que:

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ("ALGBT") demonstrou possuir caráter nacional. Além de atuar nacionalmente e de apresentar diretorias para todas as regiões brasileiras, a requerente reúne filiados em mais de nove Estados da federação, tal como exigido pela jurisprudência desta Corte. Não há dúvida, ademais, da existência de pertinência temática entre os objetivos da ALGBT, consistentes na defesa dos interesses da comunidade LGBT, e a providência postulada por meio desta ação: a transferência de travestis e mulheres transexuais para presídios femininos, justamente para observar sua identidade de gênero e protegê-las contra atos de violência. [...] Parece-me que a resposta é inequivocamente positiva por três ordens distintas de fundamentos. Em primeiro lugar, **as justificativas que levaram o STF a construir uma interpretação restritiva do significado de "classe" não estão mais presentes**. Em segundo lugar, o resultado de tal interpretação implica violação à **teleologia e ao sistema da Constituição** e impede que o Supremo cumpra uma **dimensão fundamental da sua missão institucional: a proteção de direitos fundamentais com celeridade, efetividade e em ampla escala**. Em terceiro lugar, trata-se de interpretação que enseja a **violação da igualdade por impacto desproporcional sobre grupos minoritários**. (grifos nossos)

11. Nesse mesmo sentido a Suprema Corte brasileira consolidou o entendimento no julgamento da **ADI 5422**, que tem como parte autora o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, entidade que atua na defesa dos direitos das famílias. O plenário decidiu, à unanimidade, conforme o voto do Ministro Dias Toffoli, assim vejamos:

1. Consiste o **IBDFAM** em associação homogênea, só podendo a ele se associarem pessoas físicas ou jurídicas, profissionais, estudantes, órgãos ou entidades que tenham conexão com o direito de família. Está presente, portanto, a pertinência temática, em razão da correlação entre seus objetivos institucionais e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade. [...] O requerente alega, preliminarmente, possuir legitimidade para propor a ação direta à luz da interpretação teleológica do art. 103, inciso IX, da Constituição Federal. Cita que o Ministro Marco Aurélio, no exame da ADI nº 5.291/DF, reconheceu a legitimidade do Instituto de Defesa do Consumidor (IDECON) para a propositura daquela ação. [...] **DA LEGITIMIDADE DO IBDFAM PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ENTIDADE DE CLASSE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Afasto a alegação de que o requerente não seria entidade de classe para efeito do art. 103, inciso IX, do texto constitucional, e de que não estaria presente o requisito**

**da pertinência temática.** Em primeiro lugar, não considero o **IBDFAM** associação heterogênea. Da leitura de seu estatuto percebe-se que só podem a ele se associar pessoas físicas ou jurídicas, profissionais, estudantes, órgãos ou entidades que tenham conexão com o direito de família. Pode-se dizer, assim, que seus filiados não integram categorias radicalmente distintas. Fora isso, entendo serem aqui aplicáveis as mesmas **considerações feitas pelo Ministro Marco Aurélio na ADI nº 5.291**, ao considerar o Instituto de Defesa do Consumidor (IDECON) como entidade de classe legítima para o ajuizamento daquela ação: *‘O Supremo tem, historicamente, imposto limites subjetivos ao exercício da legitimidade do inciso IX do artigo 103 da Carta de 1988. Desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 42/DF, da relatoria do ministro Paulo Brossard, em 24 de setembro de 1992, adota **definição restritiva de ‘entidades de classe’**: são aquelas que representam grupo de pessoas que exercem as mesmas atividades profissionais ou econômicas. O traço distintivo seria, como destacou o ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido no aludido processo, ‘sempre a identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico’. (...) Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do **artigo 103, inciso IX**, da Carta da República, vindo a concretizar o **propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais. A jurisprudência, até aqui muito restritiva**, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. **Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo.** As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania. Tal defeito foi constatado empiricamente. **Pesquisa recente, financiada pelo CNPq e coordenada por professores da Universidade de Brasília – UnB, Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, apontou traços seletivos do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo**, de repercussões negativas na efetiva proteção e promoção dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta da República. Para os pesquisadores, combinação de fatores em torno da legitimação ativa vem implicando modelo ‘que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos’ em detrimento da ‘proteção adequada aos direitos dos cidadãos’. Segundo o trabalho desenvolvido, tem prevalecido a garantia de interesses próprios dos legitimados e não a do interesse público. (...) **A conclusão é a mesma a que chegou o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rodrigo Brandão.** Na coluna ‘Constituição e Sociedade’, publicada no periódico JOTA em 10 de novembro de 2014, **o autor enfatizou que a interpretação conferida pelo Supremo a ‘entidades de classe de âmbito nacional’, restringindo-as a grupos econômicos ou profissionais, excluiu do rol de legitimados entidades sociais importantes e implicou, não por acaso, a preponderância de temas econômicos, profissionais ou corporativos apreciados no âmbito do controle concentrado. Para Rodrigo Brandão, ‘questões morais relevantes, como as uniões homoafetivas, o aborto de fetos anencéfalos e as cotas em universidades públicas, embora amplamente divulgadas, correspondem a pequena parte’ do acervo decisório do Tribunal (BRANDÃO, Rodrigo. Constituição e Sociedade. JOTA, 10 de novembro de 2014) (...) **Acreditando que restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil,*****



**amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988, reconheço a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON**. Ademais, julgo estar presente o requisito da pertinência temática. (G.n)

12. Sobre o tema é importante ainda citar o parecer da PGR na **ADI 7.429**, movida pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, que cita precedentes do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

**“1. A função contramajoritária da jurisdição constitucional abstrata possibilita que entidades representativas de grupos minoritários e vulneráveis acionem o Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos e interesses específicos dessa parcela da população.** Precedentes. [...] *O Supremo Tribunal Federal, porém, têm conferido interpretação ampliativa ao rol de legitimados para propositura de ações de controle abstrato, para reconhecer a possibilidade de entidades representativas de grupos vulneráveis acionarem a jurisdição constitucional em defesa de interesses típicos dessas minorias (ADPF 527/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 23.3.2021; ADPF 702-MC, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe de 29.4.2021; ADPF 991-MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 2.10.2023, entre outros julgados)*”. Grifos nossos.

13. Dessa maneira, a entidade que aqui peticiona possui legitimidade, uma vez que o conceito de entidade de classe não é encarado mais a partir de um viés restritivo à questão econômica.

14. Não poderia ser outro o entendimento da Corte Constitucional brasileira, que na última década tem exercido seu papel contramajoritário com muito afinco na defesa das chamadas minorias sociais.

15. A ABMCJ é uma organização não-governamental de juristas, de âmbito nacional, fundada em 03 de agosto de 1985, com o objetivo de contribuir para o estudo crítico do Direito e ações direcionadas sob a perspectiva da defesa do Empoderamento das Mulheres de Carreira Jurídica, da luta pela igualdade de gênero e demais temáticas relevantes ao desenvolvimento da mulher como ser humano.

16. A entidade é composta por mulheres provindas de cargos e ocupações de natureza jurídica – advogadas, defensoras, delegadas, promotoras, magistradas, ministras, procuradoras, professoras, universitárias, entre outras.

17. A organização é integrante da *Fédération Internationale des Femmes des Carrières Juridiques* – FIFCJ. A Federação Internacional de Mulheres de Carreira Jurídica – FIFCJ é uma Organização Não Governamental de Mulheres Juristas fundada em Paris, em 1928, com o objetivo de lutar pela erradicação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e promover os direitos humanos. Possui status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, desde 1961. Colabora com ECOSOC, UNESCO, UNICEF, FAO e OIT.

18. O estatuto (doc. Anexo), estabelece como finalidades:



I - planejar, **promover e efetivar** projetos, **medidas** e/ou procedimentos **que visem a defesa dos direitos das mulheres**, especialmente, as de carreiras jurídicas; II – **conscientizar as mulheres de seus direitos** e deveres como cidadãs e incentivá-las à participação efetiva na luta comum do progresso social; III – **elaborar e dar efetividade às teses de caráter jurídico e social concernentes às mulheres**, especialmente, as de carreiras jurídicas, pesquisando a legislação nacional e internacional; IV – **defender o princípio da não discriminação** sob qualquer pretexto, buscando promover a igualdade de direitos inerentes à pessoa humana; V – divulgar os trabalhos da associação e de suas associadas; VI – **planejar, promover e efetivar medidas e/ou procedimentos que visem a participação das mulheres de carreiras jurídicas na defesa** do meio ambiente, do consumidor, da segurança alimentar, **dos direitos humanos**, da ordem econômica, da livre concorrência, do patrimônio cultural, artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, entre outros que forem de seu interesse; VII – incentivar e desenvolver pesquisa científica dentro dos objetivos da Associação; VIII – incentivar e promover a produção e edição de obras de caráter jurídico, social e cultural; e, IX – **fomentar e promover o exercício de ações e políticas que visem preservar o Estado Democrático de Direito.**

19. A associação possui representação em 25 unidades federativas com eleições regulares para suas diretorias estaduais (doc. Anexo), o que supre a exigência de atuação nacional.

20. Assim, podemos concluir que a organização está amparada pela legislação vigente e apta a promover ações de controle de constitucionalidade como a presente.

### DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

21. A lei impugnada tem o seguinte teor:

#### LEI Nº 22.537, DE 11 DE JANEIRO DE 2024

Institui a Campanha de Conscientização contra o Aborto para as Mulheres no Estado de Goiás.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS, nos termos do art. 10 da Constituição Estadual, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**Art. 1º** Fica instituída a Campanha de Conscientização contra o Aborto para as Mulheres no âmbito do Estado de Goiás. **Parágrafo único.** A Campanha de Conscientização contra o Aborto para as Mulheres a que se refere o caput será realizada ao longo do ano.

**Art. 2º** Fica estabelecido o Dia Estadual de Conscientização contra o Aborto, a ser realizado, anualmente, no dia 08 de agosto.

**Art. 3º** São diretrizes da Campanha de Conscientização contra o Aborto:

I - desenvolver palestras sobre a problemática do aborto, com amparo das Secretarias da Saúde e da Educação, com o intuito de conscientizar crianças e adolescentes sobre os riscos provocados pelo abortamento;



II - informar a população sobre os métodos de contracepção admitidos para prevenir gravidez não planejada;

III - incentivar a promoção de palestras, seminários, mobilizações e outras atividades que permitam estimular a sensibilização da população acerca dos direitos do nascituro, do direito à vida e das imputações penais no caso de aborto ilegal;

IV - contribuir com a redução dos indicadores relativos à realização dos abortos clandestinos;

V - estimular a iniciativa privada e ONGs na promoção de meios para acolher, orientar e prestar assistência psicológica e social às mulheres grávidas que manifestem o desejo de abortar, priorizando sempre a manutenção da vida do nascituro;

VI - garantir que o Estado forneça, assim que possível, o exame de ultrassom contendo os batimentos cardíacos do nascituro para a mãe; e

VII - assegurar o atendimento médico, psicológico e social às mulheres vítimas de aborto espontâneo.

**Parágrafo único.** Poderão ser firmados convênios com o Poder Público, parcerias com a iniciativa privada e com ONGs para melhor execução desta Lei.

**Art. 4º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Goiânia, 11 de janeiro de 2024; 136º da República.

**RONALDO CAIADO**  
Governador do Estado

**FRED RODRIGUES**  
Deputado Estadual

### **BASES CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO.**

**Direito Antidiscriminatório e do Direito à Não-Discriminação a partir do Feminismo Jurídico. Julgamento com Perspectiva de Gênero para promoção da Igualdade Real entre mulheres e homens**

22. Como já destacado na ementa e adiante desenvolvido, entende-se que a Lei impugnada é inconstitucional por **aprofundar o estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil** (cf. ADPF 989 – Inicial), de sorte a violar o princípio da não-discriminação por sexo e gênero como um todo, justificando sua inconstitucionalidade total, e porque quase todos os incisos do artigo 3º violam os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação a tratamento cruel ou degradante e da proporcionalidade, justificando, no mínimo, a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, e a interpretação conforme a Constituição do remanescente.

23. **É indispensável um Julgamento com Perspectiva de Gênero, que leve a sério o Feminismo Jurídico enquanto luta pela efetivação do direito antidiscriminatório**

por sexo e gênero, na lógica de um **Constitucionalismo Feminista** que interprete os princípios da igualdade e da não-discriminação de forma substancial, reconhecendo a **cidadania de gênero** das mulheres contra o inconstitucional e inconveniente machismo que as menospreza e subalterniza relativamente a homens. Pois como as leis que visam restringir o **aborto legal e seguro** são focadas exclusivamente nas mulheres cisgênero e nos homens trans, afigura-se profundo **machismo sexista hierárquico-patriarcal estrutural** afirmar que “não haveria” discriminação a mulheres (cis e homens trans) pela limitação do direito ao aborto legal. Como homens cisgênero não engravidam e as leis antiaborto são aprovadas por maioria de homens, evidente que é preciso um **juízo com perspectiva de gênero em prol da superação do machismo social e histórico, inclusive no Direito e nas decisões judiciais** (por exemplo, que absolvem acusados de crimes sexuais por moralismos machistas explícitos nas decisões) para que esta ação seja julgada da maneira constitucionalmente adequada.

24. O **Constitucionalismo Feminista** visa uma *interpretação do direito pelas lentes de gênero*, para o fim de *superar as desigualdades sociais entre homens e mulheres*, o que demanda por *Julgamentos com Perspectiva de Gênero*, para superar discriminações estruturais, institucionais, sistemáticas e históricas ocasionadas pela aplicação tradicional do Direito, que fecha os olhos para a opressão machista contra as mulheres e ignora o papel emancipatório dos princípios da igualdade e da não-discriminação na superação de discriminações diretas, indiretas e de quaisquer naturezas.<sup>5</sup> O constitucionalismo feminista pretende uma desconstrução do direito (constitucional) instado pelas lentes de gênero, provocando sua reestruturação atenta às relações sociais e relações de poder que reforçam a desigualdade entre homens e mulheres.<sup>6</sup> A **Ministra Rosa Weber** já destacou a **“abordagem do chamado constitucionalismo feminista”** quando de seu voto no julgamento do **RE 1.008.166/SC**, no que tange à interpretação do direito fundamental a creche sob a perspectiva do gênero feminino das mães que dele precisam para garantia da igualdade real entre os gêneros feminino e masculino na vida social,<sup>7</sup> o que demonstra que a análise de um

<sup>5</sup> BONATTO, Marina; GIRARDI FACHIN, Melina; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefania Maria. **Constitucionalismo feminista**: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero. Revista CNJ, Brasília, v. 6, n. esp, p. 213–224, 2022. DOI: 10.54829/revistacnj.v6iesp.312. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/312>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

<sup>6</sup> BONATTO, Marina; GIRARDI FACHIN, Melina; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefania Maria. **Constitucionalismo feminista**: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero. Revista CNJ, Brasília, v. 6, n. esp, p. 213–224, 2022. DOI: 10.54829/revistacnj.v6iesp.312. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/312>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

<sup>7</sup> STF, **RE 1.008.166/SC**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Fux, voto da Min. Rosa Weber, j. 22.09.2022, DJe 20.04.2023, p. 230-231: “Quanto ao mínimo existencial, saliento o direito à educação infantil pública como basilar e imprescindível para a aplicação da isonomia à formação cultural do ser humano, oportunizando-se igualdade de acesso. Assinalo, ainda, a estreita relação de complementaridade deste direito social com a liberdade e a igualdade que devem ser conferidas sob a perspectiva de gênero, a fim de proporcionar, sobretudo à mulher – considerando a sociedade brasileira de gênese e desenvolvimento ainda marcadamente patriarcal –, a possibilidade de ter a liberdade de se inserir ou retornar ao mercado de trabalho de forma isonômica. Em razão da histórica divisão assimétrica da tarefa familiar de cuidar de filhos e filhas, o tema, assim, insere-se também na **abordagem do constitucionalismo feminista**. Especificamente no âmbito da relação de emprego, ressalto a **maior vulnerabilidade da trabalhadora-mãe** durante o período da maternidade, devido às **contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral**. Dessa forma, na perspectiva axiológica de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais elencados no art. 7º da Constituição de 1988 - entre eles a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII), a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII), a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, “b” do ADCT – **entrelaçam-se ao imprescindível abraço estatal à proteção da maternidade também na esfera da imprescindível oferta de creche e pré-escola, de forma a concretizar para a mãe uma merecida segurança no exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família**. Interpretar a implementação do direito fundamental à

caso constitucional sob essa perspectiva envolve identificar os impactos diferenciados que determinada decisão pode ter sobre homens e mulheres, questionando normas e práticas discriminatórias e buscando a inclusão de perspectivas femininas e feministas nas discussões jurídicas.

25. Nesse sentido, seria redigir esta ação sem considerar o **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**, documento de extrema importância para que os julgamentos usem, parafraseando a sempre Conselheira do Conselho Nacional de Justiça Ivana Farina, as lentes que permitem que possamos enxergar os desafios enfrentados pelas mulheres na sociedade brasileira.

26. O grupo de trabalho do protocolo teve início em fevereiro de 2021 sob a liderança da Dra. Ivana Farina, e contou com a participação de gabaritados profissionais de vários setores do Direito, sendo que seus trabalhos foram concluídos em 19 de outubro daquele ano. Ocorre que, durante a vigência do grupo de trabalho, no dia 7 de setembro de 2021, **o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Marcia Barbosa vs. Brasil**, tendo a sentença estipulado várias medidas a serem adotadas, incluindo as que se encontram estabelecidas, respectivamente, nos **itens 9 e 11** que: “9. O Estado criará e implementará um plano de formação, capacitação e sensibilização continuada para as forças policiais responsáveis pela investigação e para operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, nos termos do parágrafo 196 da presente Sentença; [...] 11. O Estado adotará e implementará um protocolo nacional para a investigação de feminicídios, nos termos dos parágrafos 201 e 202 da presente Sentença”. Avançando no tempo, no dia 25 de outubro de 2021, a então presidenta da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Elizabeth Odio Benito, participou da mesa de abertura do 5º Encontro Nacional de juízes e juízas negras, ocasião em que recebeu cópia do protocolo de julgamento sob perspectiva de gênero do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux. Importante ressaltar, entretanto, que a publicação da sentença só ocorreu em dezembro daquele ano, ou seja, o Brasil cumpriu a determinação da criação do protocolo antes mesmo de surtirem os efeitos da sentença e foi além, estabeleceu um protocolo mais amplo que o determinado pela Corte IDH. Em fevereiro de 2022 o protocolo recebeu caráter de recomendação após votação no pleno do CNJ, sendo que em março de 2023 se transformou na resolução 492/2023 com caráter vinculante ao Poder Judiciário.

27. Sentimos a **necessidade de contextualizar a história do Protocolo para demonstrar a necessidade de sua aplicação em casos de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade**. Passamos, agora, a trazer as especificidades do documento para o caso em comento.

28. A primeira parte do Protocolo estabelece **conceituações** sobre a questão de gênero, dentre eles merecem destaque a violência psicológica e a violência institucional, assim vejamos:

---

educação como discricionabilidade estatal subverte a força normativa da Constituição e, in casu, por se tratar de creche e pré-escola, desequilibra ainda mais a **constitucionalmente prevista igualdade de gênero**, cuja real concretização ainda é de árdua batalha a ser conquistada”. Grifos nossos.

**Violência psicológica:** Intimidação, ameaças de violência física à vítima, a pessoas a ela relacionadas e ao próprio abusador, gaslighting, isolamento, cárcere privado, ataques à autoestima, ofensas, exposição em redes sociais, revista vexatória. A Lei n. 14.188/2021 alterou o Código Penal para criminalizar esse tipo de violência no art. 147-B. **Violência Institucional:** Violências praticadas por instituições, como empresas (ignorar ou minimizar denúncias de assédio sexual), instituições de ensino (permitir atividades sexistas, como trotes e/ou músicas machistas), Poder Judiciário (expor ou permitir a exposição e levar em consideração a vida sexual pregressa de uma vítima de estupro, taxar uma mulher de vingativa ou ressentida em disputas envolvendo alienação parental ou divórcio).

29. Além disso, traz orientações sobre o tratamento dado às mulheres levando em consideração suas interseccionalidades, ou seja, marcadores sociais que perpassam a questão de gênero, como será demonstrado anteriormente quando citamos a Pesquisa Nacional do Aborto e o anuário de segurança pública (parágrafo 94), fazem com que mulheres negras, indígenas ou com outros marcadores sociais estejam mais propensas a sofrerem violência sexual ou realizarem abortos.

30. Importante ressaltar ainda que **o Protocolo tem um tópico específico sobre a questão do aborto**, que traz a seguinte orientação: “Nos crimes de aborto e infanticídio, porque a autoria pode ser, no mais das vezes, atribuída à mulher, magistradas e magistrados devem estar especialmente atentos à **influência que os estereótipos podem afetar os argumentos** da acusação e da defesa e os fundamentos da decisão” (g.n). Sobre estereótipos e estigmas, **Adilson José Moreira** explica, em seu *Tratado de Direito Antidiscriminatório*, que: “**Estigmas são responsáveis pela transformação de certos grupos em castas sociais, um processo que impede o reconhecimento deles como pessoas que devem ter a mesma consideração e respeito. Práticas discriminatórias decorrem de divisões de status cultural entre membros de grupos sociais, distinções que legitimam práticas discriminatórias em todas as outras áreas. Por esse motivo, um dos objetivos centrais desse ramo do Direito deve ser a criação de uma realidade na qual as pessoas possam viver livres de estigmas**”.<sup>8</sup>

31. Nesse sentido, **a Lei impugnada se baseia em falsas premissas e estereótipos concebidos por parcela da sociedade de que a função da mulher é tão somente parir**, o que não pode prosperar ante a principiologia constitucional concretizada de forma sintética na ementa e de forma pormenorizada adiante.

32. Assim, sobre o **direito à não-discriminação**, em termos de **feminismo jurídico**, entendido o feminismo enquanto a postura que visa o enfrentamento e a superação do machismo e do patriarcado, com empoderamento feminino para garantia da igualdade real entre mulheres e homens, é **indispensável** o reconhecimento desta situação fático-social de **discriminação direta e indireta** da lei impugnada às mulheres que agem em exercício regular de seu direito ao aborto legal e seguro, razão pela qual tal lei deve ser **repudiada** por esta Suprema Corte, mediante a declaração da **inconstitucionalidade** aqui pleiteada. Afinal, consoante a doutrina de Carolina Valença Ferraz, o **feminismo jurídico** busca apenas a garantia da equidade de gênero e respeito às subjetividades das mulheres, empoderando-as, sem

<sup>8</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*, São Paulo: ContraCorrente, 2020.

discriminações, silenciamentos ou estereótipos inferiorizantes em prejuízo a elas.<sup>9</sup> Rejeitar a inconstitucionalidade aqui pleiteada contrariará o **espírito emancipatório e antidiscriminatório da Constituição Federal de 1988**, especialmente no que tange aos **direitos das mulheres**, visto que nosso ordenamento constitucional e convencional demanda o **empoderamento feminino** para garantia da **igualdade real** entre mulheres e homens.

33. Como já sintetizado na ementa e adiante desenvolvido, **a lei impugnada vai no sentido oposto ao dever constitucional de ações afirmativas e políticas públicas para superação do machismo estrutural, institucional, sistemático e histórico que assola a sociedade**. Como se sabe, as ações afirmativas visam “compensar e equilibrar a vulnerabilidade que recai sobre grupos sociais, entre os quais o de mulheres, em face da situação ainda presente de desigualdade”, cujo caráter deontológico veda a “implementação de medidas compensatórias para reparar ou ressarcir um dano ou prejuízo previamente sofrido”, aliado a sua natureza teleológica, em prol de uma “política de integração social” pautada na igualdade real (entre os gêneros, no caso).<sup>10</sup> **Algo ainda necessário nos dias de hoje, para combater o machismo estrutural e institucional que ainda assola nossa sociedade**.

34. Afinal, **Carolina Valença Ferraz** bem pontua a *dolorosa lição de subalternidade* ainda imposta às mulheres no mundo contemporâneo (logo, também no Brasil), mediante *estigmatizações* que precisam ser erradicadas para a *construção de um local de igualdade que celebre o feminino* e supere o verdadeiro fosso entre *mulheres e homens* que ainda nos assola em prol da *igualdade substancial* entre os sexos e gêneros. Por isso, na forma do *Manual Jurídico Feminista* que organizou e coescreveu com diversas juristas, a autora bem pontua que o *Direito Feminista* é um *libelo de insurreição* que busca a *reinterpretação da ciência jurídica à luz da equidade de gênero*, para *superar um Direito Misógino, feito por homens para a manutenção dos privilégios masculinos*.<sup>11</sup> Ou seja, na doutrina de **Silvia Chakian**, percebe-se como a *forma jurídica* contribuiu para a *construção histórico-social da inferioridade das mulheres*, na conjugação entre fato, valor e norma da célebre teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, no sentido de os valores machistas e hierárquico-patriarcais foram usados como pseudo “fundamentos”, ainda que no nível da pré-compreensão, para “justificar” a antiga desigualdade de direitos das mulheres relativamente aos homens. Daí a autora bem pontuar que a *discriminação machista ainda é estruturante da sociedade, mantendo a assimetria nas relações de poder entre homens e mulheres, uma reminiscência do passado nada distante onde a mulher ainda não era reconhecida sequer como sujeito de direitos e que ainda nega a igualdade dela relativamente ao homem*.<sup>12</sup> Algo que fez **Silvia Pimentel** afirmar que essa análise

<sup>9</sup> FERRAZ, Carolina Valença (coord.). **Manual Jurídico Feminista**, Belo Horizonte: Letramento, 2019, Apresentação.

<sup>10</sup> FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **A mulher nas relações familiares: a desconstrução dos gêneros para a edificação da igualdade como garantia do desenvolvimento humano e social**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Mulher*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 378.

<sup>11</sup> FERRAZ, Carolina Valença (coord.). **Manual Jurídico Feminista**, Belo Horizonte: Letramento, 2019, Apresentação.

<sup>12</sup> CHAKIAN, Sílvia. **A Construção dos Direitos das Mulheres**. Histórico, Limites e Diretrizes para uma Proteção Penal Eficiente, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019, p. 05-79. Circunstância esta bem destacada no **Prefácio de Silvia Pimentel** à citada obra, em que rememorou de sua clássica Tese de Doutorado de 1978 (PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher: norma, fato e valor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978), a qual a célebre jurista feminista aduziu que “constituiu um convite aos juristas a pensar o Direito – o que na época pouco reverberou – convidando-os a uma reflexão crítica sobre os aspectos axiológicos da igualdade/desigualdade de direitos entre os sexos e a maior ou menor

histórica é fundamental para “perceber as maneiras pelas quais o Direito foi refletindo as desigualdades entre homens e mulheres, até que a tensão entre fato, valor e norma não mais suportasse a demanda por um novo paradigma axiológico calcado na dignidade humana e fortemente influenciado pelo pensamento feminista”,<sup>13</sup> para finalmente se criar a **imposição constitucional de igualdade de direitos** entre homens e mulheres.

35. Por conta de todo esse contexto histórico, consoante leciona **Luiz Alberto David Araujo**, no que tange à **cidadania** enquanto “participação política dos cidadãos, tornando-os fiscais da atividade do Estado”, foram gradativamente aprovadas novas **leis** visando concretizar o mandamento constitucional da igualdade e **superação das discriminações contra a mulher**, especialmente de mulheres vítimas de **discriminações interseccionais/múltiplas, como as mulheres com deficiência**, dada sua situação de hipervulnerabilidade por ser vítima de mais de um critério de discriminação em sua identidade múltipla,<sup>14</sup> da mesma forma que as **mulheres negras**, em sua subordinação por critérios de raça-fenotípica e gênero,<sup>15</sup> e outras mulheres vítimas de múltiplas opressões. Tudo no sentido de **incentivar a participação política das mulheres**, por exemplo, mediante *cotas mínimas* de candidaturas em partidos políticos, primeiro em 20% e depois em 30% (Lei 12.034/2009). **Fundamento constitucional e convencional** trazido pelo autor refere-se à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizado com *status de emenda constitucional* (art. 5º, §3º, da CF/88 c/c Decreto Legislativo n.º 186/2008 e Decreto n.º 6.949/2009), que expressamente consagra **imposição constitucional e convencional para que o Estado tome medidas para “assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o EMPODERAMENTO DAS MULHERES, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidas na presente Convenção”** (g.n).<sup>16</sup>

36. À toda evidência, o **“empoderamento das mulheres”** é uma medida necessária não só às mulheres com deficiência (merecedoras de *especial proteção* por conta das discriminações interseccionais/múltiplas que sofrem), mas às **mulheres em geral, à luz do princípio da igualdade**, no mínimo por analogia. Por fim, o citado autor ressalta que a baixa efetividade da lei em questão mostra que é preciso que

---

participação da mulher na Sociedade, a partir de uma análise que compreenda o fazer, o pensar e a sua institucionalização. Trata-se, em última instância, de ‘compreender o comportamento humano significado por ideais institucionalizados que, analiticamente, se decompõem em fato, valor e norma’” (PIMENTEL, Sílvia. **Prefácio**. In: CHAKIAN, Op. Cit.).

<sup>13</sup> PIMENTEL, Sílvia. **Prefácio**. In: CHAKIAN, Op. Cit.

<sup>14</sup> “Nesse novo milênio vislumbramos um novo horizonte para as mulheres com deficiência, em que a gama de direitos postos a sua disposição pelo ordenamento jurídico garante um melhor reconhecimento de sua cidadania, oportunizando condições para sua autonomia e independência. Porém, somente a normatividade desses direitos não é o bastante para garantir a implementação de ações efetivas de respeito e dignidade a essa plêiade de cidadãs brasileiras [não obstante mudanças sejam] ainda necessárias para solidificar a política de inclusão social desse universo de brasileiras, mudando costumes e pensamentos preconceituosos, eliminando práticas discriminatórias e construindo uma nova sociedade que convive com a diversidade e a respeito”. FILHO, Waldir Macieira da Costa. **A proteção jurídica das mulheres com deficiência**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 422.

<sup>15</sup> CHAMBOUEYRON, Ingrid Cyfer. **A tutela jurídica da mulher pertencente a grupo étnico-racial**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Mulher*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 428-429.

<sup>16</sup> ARAUJO, Op. Cit., p. 26-30.

haja **compromisso real do Estado** para se superarem as discriminações políticas [etc] contra as mulheres, algo que infelizmente não se vislumbra até hoje.<sup>17</sup>

37. Sobre a **imposição convencional e constitucional ao empoderamento das mulheres**, é fundamental a correta compreensão do que empoderamento significa. Com efeito, na doutrina de **Joice Berth**, essa atitude de *dar poder* não deve ser analisada apenas na perspectiva individual, mas primordialmente coletiva. Segundo a autora, o **conceito de poder**, segundo Hannah Arendt, se dá a partir da **ação coletiva**, donde “a ideia que norteia o significado social e subjetivo de poder e que se aplica na compreensão do que falamos quando assumimos a necessidade de **empoderar grupos minoritários**” e **vulneráveis em geral**. Continua a autora citando Michel Foucault, para quem o poder não se encontra apenas no Estado, mas em uma “espécie de microfísica do poder, articulado ao Estado, mas que atravessa toda a estrutura social”, donde se deve atentar “para o fato de que as relações de poder ultrapassam o nível estatal e estão presentes em toda a sociedade”, mediante uma “prática social construída historicamente”.

38. Assim, necessário um **processo de empoderamento enquanto instrumento de emancipação política e social das mulheres**, que não visa retirar poder de um grupo social para dá-lo a outro, mas apenas enfrentar opressões e eliminar situações injustas em prol da equalização de existências na sociedade. Assim, tomando emprestadas da autora suas lições no contexto de uma **cidadania de gênero**, deve esta Suprema Corte reconhecer as bases sistêmicas que oprimem e marginalizam as mulheres e outros setores excluídos da sociedade, concretizando o **princípio convencional e constitucional do empoderamento** (cf. art. 5º, §2º, da CF/88) para declarar inconstitucionais princípios que agredem a capacidade das mulheres de tomarem decisões que lhes dizem respeito, como no caso do exercício regular do **direito ao aborto legal e seguro**.<sup>18</sup>

39. Por isso, consoante **Maíra Zapater e Guilherme Almeida**, a demanda por direitos iguais do Movimento Feminista luta para que seja “transformada a ideia de associação entre sexo e gênero, ou seja, para que todas as pessoas, independente de seu sexo biológico, possam exercer os mais diversos papéis sociais, respeitando-se suas individualidades e, principalmente, seus direitos. E tudo isso sem qualquer violação do princípio da igualdade: de fato, a lei deve tratar todos igualmente; mas, da mesma forma, deve tratar desigualmente os desiguais. Para que a mulher supere o passado histórico de assimetria de poder em relação ao homem e atinja um status de igualdade concreta (e não só na lei), é imprescindível a elaboração de um ‘novo’ Direito que possibilite o reconhecimento de cada mulher em sua singularidade nos mais diversos contextos culturais – como sujeito de direitos em sua plenitude”. Isso através de **discriminações positivas**, realizadas para a neutralização desta discriminação, com o “objetivo de assegurar a igualdade material” ao gênero feminino, combatendo estereótipos machistas para o alcance pleno da cidadania

<sup>17</sup> Também afirmando a necessidade do empoderamento das mulheres mediante ações afirmativas para garantia a elas de um trabalho digno, em igualdade de condições com os homens: MARQUES, Fabíola. **A mulher e o direito ao trabalho e ao emprego em igualdade de condições**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Mulher*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 285 e 293.

<sup>18</sup> BERTH, Joice. **Empoderamento**, São Paulo: Pólen, 2019, p. 19-25, 29 e 36.

feminina, para **superar discriminações sociais ainda existentes, de sorte que a dignidade da pessoa humana não depende de sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero**, pois direitos das mulheres e das pessoas LGBTI+ são *direitos humanos/fundamentais* e precisam ser respeitados enquanto tais.<sup>19</sup>

40. Vale citar a **Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979 e que teve grande influência em nossa Assembleia Nacional Constituinte,<sup>20</sup> segundo a qual o **conceito de discriminação contra a mulher** envolve *“toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”* (art. 1º - g.n). Como se vê, o fenômeno da discriminação indireta, no sentido de não-intencional, mas que tem efeito discriminatório é notoriamente reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

41. Portanto, nossa ordem constitucional tem um compromisso superação de preconceitos contra as mulheres em prol do seu empoderamento **também do Poder Judiciário**, enquanto parte do Estado brasileiro: a Constituição de 1988 não é “neutra”, ela tem lado, que é o lado da proteção e promoção dos direitos humanos, consoante leciona **Pedro Serrano**.<sup>21</sup> Isso por intermédio de uma **hermenêutica** que gere uma interpretação jurídica que melhor se coadune com o espírito emancipatório e antidiscriminatório da Constituição. Algo que na doutrina tem sido chamado de **interpretação orientada para a Constituição**, que demanda a adoção de uma interpretação que *melhor corresponda* com a vontade constitucional, ou seja, com a teleologia (o espírito) das regras e dos princípios constitucionais (que se diferencia da interpretação conforme por esta demandar a adoção de interpretação coerente com a Constituição em detrimento de uma interpretação inconstitucional).<sup>22</sup> Concorda-se com tal perspectiva, entendendo-se que ela corresponde, na interpretação constitucional, à **teoria da resposta correta, de Dworkin**, que é aquela que melhor se compatibiliza com as regras e princípios vigentes<sup>23</sup> – de âmbito constitucional, no caso. Não se vê motivo para não aceitar tal compreensão, em favor da *interpretação orientada*.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de. ZAPATER, Maíra Cardoso. **Direito à igualdade e formas de discriminação contra a mulher**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Mulher*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103-105.

<sup>20</sup> BRANCO, Luciana Temer Castelo. **O Feminino e o Direito à Igualdade: Ações Afirmativas e a Consolidação da Igualdade Material**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Mulher*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

<sup>21</sup> SERRANO, Pedro. **Pedro Serrano: nossa Constituição tem lado e é humanista**. *Brasil 247*, 30 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/brasil/pedro-serrano-nossa-constituicao-tem-lado-e-e-humanista>>. Acesso: 28.01.2024.

<sup>22</sup> Sobre a interpretação orientada à Constituição, vide MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 290; KUHLEN, Lothar. **La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales**. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 24-28.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007-a, p. 165-167, 170 e 181-182.

<sup>24</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar em Geral e dos Mandados de Criminalização em particular, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2020, cap. 1, item 2.1.1.

42. No presente caso, a **teleologia antidiscriminatória da Constituição em favor da superação de preconceitos machistas e patriarcais contra as mulheres exige que se adote uma interpretação constitucional que não dificulte a realização do aborto LEGAL e seguro, na forma já reconhecida por lei e decisão de controle abstrato de constitucionalidade com força de lei (STF, ADPF 54), por seu efeito vinculante e eficácia erga omnes (art. 102, §2º, da CF/88). Ao passo que a lei impugnada nesta ação acaba gerando uma DISCRIMINAÇÃO POR SEXO E GÊNERO contra as mulheres cisgênero e os homens trans, ainda que se entenda tratar-se de uma discriminação indireta,<sup>25</sup> que é a discriminação não-intencional, mas que tem um efeito discriminatório desproporcional contra minorias e grupos vulneráveis, como já reconhecido por precedentes desta Suprema Corte, inclusive sobre direitos das mulheres, que declararam a inconstitucionalidade de leis por entender que elas perpetravam discriminação indireta contra mulheres,<sup>26</sup> bem como a pessoas LGBTI+.<sup>27</sup>**

43. Por outro lado, em tempos de **pós-positivismo** do nosso **constitucionalismo contemporâneo**, sendo notória a superação do positivismo exegético (do “juiz-boca-da-lei” de que falava Montesquieu, para aplicar um mero “silogismo perfeito” pretendido por Beccaria), é preciso lembrar que o Direito não é um conjunto de regras isoladas, a serem interpretadas de forma isolada e por sua mera semântica (sua literalidade). Com **Dworkin**, é preciso lembrar que o Direito é um conceito interpretativo, pautado por **princípios**, não apenas por regras, donde o reconhecimento de direitos não se limita apenas ao texto expresso da Constituição, dos tratados internacionais e/ou das leis. Segundo o autor, o Judiciário deve decidir os casos [temas etc] que lhe são submetidos analisando, a princípio, a **história institucional** do Estado, como um **romance em cadeia**, donde afirma caber ao Judiciário realizar uma **leitura moral da Constituição no específico sentido** de se interpretar os princípios constitucionais (as “cláusulas vagas”/sic da Constituição) como princípios de moralidade política que representam os valores fundamentais de justiça da sociedade, a serem interpretados à sua melhor luz. Obviamente, partindo do texto constitucional e dos debates constituintes (donde a *história* e sua *tradição* são fatores relevantes), *mas não se limitando a eles*, à luz da **exigência de integridade**,<sup>28</sup>

<sup>25</sup> CORBO, Wallace. **Discriminação indireta: o que é e como superá-la**. In: JOTA, 09.11.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/discriminacao-indireta-o-que-e-e-como-supera-la-09112017>>. Acesso: 16.08.2020. Grifos nossos.

<sup>26</sup> STF, RE 576.967/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 05.08.2020, DJe 21.10.2020; ADI 1946, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanchez, j. 03.04.2003, DJe 16.05.2003.

<sup>27</sup> STF, ADI 5543, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11.05.2020, DJe 26.08.2020; ADPF 291, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28.10.2015, DJe 11.05.2016.

<sup>28</sup> Interpretando o art. 926 do CPC relativamente às exigências legais de coerência e integridade, são valiosas as lições de **Lenio Streck**: “Assim, haverá **coerência** se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a **integridade** do direito a partir da *força normativa* da Constituição. **Coerência e integridade** são elementos da **igualdade**. No caso específico da decisão judicial, isso significa: os diversos casos terão a **igual consideração**. Analiticamente: **a) Coerência** liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; **b) Integridade** exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. De algum modo, a integridade refere-se a um **freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas**, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas. A **igualdade política** exige que coerência e integridade sejam faces da mesma moeda. [...] Uma melhor leitura do **art. 926** indica que o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, a não ser, é claro, que reconheça que, hoje, não fazem mais sentido. Não há – e não pode haver – compromisso com o erro. Arrependimentos institucionais fazem parte do jogo. Um exemplo parafraseado de **Dworkin**, de seu *Império do Direito*: por algum tempo o judiciário vinha declarando que

entendida em termos de se adotar não a concepção individual de juízes e juízas sobre a justiça de cada caso, mas uma interpretação coerente com a boa-fé objetiva no que tange a aplicarem a *melhor concepção concretizadora dos princípios constitucionais*, à luz da história da sociedade em questão.<sup>29</sup>

44. Logo, os princípios constitucionais e, conseqüentemente, as normas constitucionais não se limitam apenas àqueles(as) expressamente enunciados(as) nos textos normativos da Constituição. Mesmo quem discorda que a ontologia de nossa Constituição admite normas constitucionais implícitas não pode deixar de reconhecer que o **§2º do art. 5º** do texto constitucional positivou a chamada **cláusula de abertura**, pela qual os direitos e as garantias fundamentais não se limitam àqueles(as) positivados, mas também os decorrentes do regime político, dos princípios e dos tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil.

45. Portanto, **mesmo o mais ferrenho positivismo excludente**<sup>30</sup> não pode deixar de reconhecer que o texto constitucional permite o reconhecimento de direitos não expressamente positivados na letra da Constituição e das leis. Afinal, consoante a doutrina de **Shapiro**, encampada no Brasil por **Bruno Torrano**, a positivação de princípios (e não de “regras-aplicáveis-por-silogismo”) significa uma **economia de confiança** do Poder Legislativo (ou Constituinte) no Judiciário, por confiar neste último para concretizar o significado concreto dos princípios constitucionais (bem como das chamadas “cláusulas gerais” e dos “conceitos jurídicos indeterminados”).<sup>31</sup>

46. Lembre-se, ainda, da doutrina do **Ministro Roberto Barroso**, relativamente à **hierarquia axiológica dos princípios sobre as regras constitucionais**, no sentido de que, embora tenham o mesmo status formal, as regras devem ser interpretadas em um sentido harmônico com os princípios constitucionais.<sup>32</sup> Por razões análogas, temos a clássica lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, no sentido de os princípios serem **mandamentos nucleares do sistema**,<sup>33</sup> donde a violação de um princípio é algo muito mais grave que a violação de uma regra específica, algo que pode ser compatibilizado com a doutrina do Ministro Barroso em termos de se condicionar a

---

médicos, engenheiros etc, eram responsáveis pelos danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por **coerência**, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da **integridade do direito**, a tal imunidade feria a **igualdade**. Logo, a **coerência** deve ser quebrada pela **integridade**, passando também os advogados a responder civilmente. Quer dizer: **coerência e integridade são padrões que se combinam**. Não há relação de oposição ou conflito, mas de complementaridade. [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao art. 926**. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro. FREIRE, Alexandre (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 1.186-1.187. Grifos nossos.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade. A leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. pp. 02-05, 09-11, 14-16 e 26-27.

<sup>30</sup> Como se sabe, a versão mais radical do Positivismo Jurídico, enquanto teoria de fatos sociais, é o chamado **positivismo excludente**, que nega haver uma “conexão necessária” entre Direito e Moral, mas admite que ela possa haver ocasionalmente, quando cláusulas morais forem incorporadas ao **Direito Posto** pelo Estado. Com essa digressão, quer-se apontar que mesmo o mais radical positivismo jurídico não pode negar que a Constituição Federal de 1988 expressamente estatuiu a possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos antidiscriminatórios mesmo quando não estão expressamente positivados, mas decorrem de **cláusulas morais** (direitos morais mais amplos etc) positivados no texto constitucional.

<sup>31</sup> A tese da **economia de confiança** do Legislativo no Judiciário pela positivação de **cláusulas valorativas**, de Shapiro, foi defendida no Brasil por TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**, 2ª Ed., BH: Forum, 2019, p. 352 e ss.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª Ed., 3ª tir., SP: Saraiva, 2006, p. 202-203.

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 19ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 888-889.

interpretação das regras ao respeito ao conteúdo dos princípios constitucionais e mesmo dos princípios de moralidade política (no sentido de Dworkin) que deram origem à regra em questão.

47. **A relevância dos temas acima encontra-se no fato de que a ausência de texto expresso da Constituição acerca do direito ao aborto não é um argumento decisivo/definitivo para se rejeitar a tese da inconstitucionalidade da Lei impugnada.**

Afinal, a concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à não-discriminação por sexo e gênero, da proibição do retrocesso social, da proteção à saúde sexual e reprodutiva e de proporcionalidade justificam os pleitos dessa ação, à luz de um **Julgamento com Perspectiva de Gênero, baseado no Constitucionalismo Feminista e no Direito Feminista como um todo**, nos termos já explicados. Inclusive, por tais razões, deve-se entender que as chamadas *decisões manipulativas da jurisdição constitucionais* não se prestam a restrições de direitos, mas apenas à garantia deles.<sup>34</sup> Isso por conta dos fundamentos emancipatórios das Revoluções Liberais que consagraram o constitucionalismo contemporâneo, que exigem autorização expressa do Povo, por seus representantes eleitos, para fins de restrições de direitos, não para garantia deles.<sup>35</sup>

48. Lembre-se que **perspectivas antidiscriminatórias antissubordinação** devem ser levadas em consideração na análise do princípio da igualdade. Forma-se, assim, na clássica doutrina de **Roger Raupp Rios**, o **Direito da Antidiscriminação**, que se refere à “*compreensão do princípio da igualdade como proibição de discriminação, atenta para as formas pelas quais o fenômeno discriminatório opera, bem como para a formulação de medidas positivas de sua superação decorrentes dessa consciência*”, de sorte que “*o direito da antidiscriminação alcança não só práticas intencionais e conscientes (discriminação direta), mas também realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias (discriminação indireta)*”. Ademais, defende o autor a necessidade da adoção de uma **perspectiva de antissubordinação no Direito da Antidiscriminação**, a qual “*admite tratamentos diferenciados, desde que estes objetivem superar situações de discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja*”, de sorte que “*se preocupa com os efeitos sofridos por grupos subordinados em virtude das práticas recorrentes, ainda que não intencionais*”. Razão pela qual “*a perspectiva da anti-subordinação vislumbra no princípio da igualdade um mandamento constitucional de igual proteção, através do direito, aos membros de grupos em situação de desvantagem social*”, por intermédio de **ações afirmativas** vocacionadas a combater opressões estruturais, institucionais, sistemáticas e históricas por imperativos da igualdade. Portanto, “*o conteúdo substancial do direito da*

<sup>34</sup> São elas as: (i) aditivas de regras, de princípio ou plúrimas; (ii) substitutivas; (iii) de interpretação conforme ou orientada à Constituição; (iv) de declaração de nulidade sem redução de textos. Para uma explicação à luz da doutrina nacional e estrangeira, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar em Geral e dos Mandados de Criminalização em particular, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 1, itens 2 a 2.1.4.3.

<sup>35</sup> Desenvolvendo o tema, defendendo que a jurisdição constitucional pode ir além da *letra da lei ou da Constituição* para garantia de direitos, mas não para restrição de direitos, vide IOTTI, Paulo. **Decisões manipulativas da jurisdição constitucional não se prestam a restringir direitos**. In: Justificando, 15.04.2019. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/04/15/deciso-es-manipulativas-da-jurisdicao-constitucional-nao-se-prestam-a-restringir-direitos/>>. Acesso: 11.08.2020.

**antidiscriminação** conduz à concretização de uma das funções mais caras aos direitos fundamentais nas democracias contemporâneas, qual seja, a **proteção a minorias**, pois “o direito da antidiscriminação opera mediante a consideração de valores **substantivos** e [a] aplicação do princípio jurídico da igualdade vai além de um mero teste de racionalidade entre meios e fins. **A ofensa à igualdade e o considerar certos tratamentos discriminatórios decorre juridicamente de certos objetivos, mais do que da mera correlação de compatibilidade lógica entre meios e fins**”. Logo, “no horizonte da perspectiva da anti-subordinação, o conteúdo jurídico da igualdade e o **desenvolvimento do direito da antidiscriminação** não dizem respeito a discussões formais sobre a fidelidade à ideia aristotélica do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de sua desigualdade, mas sim a **lutas históricas contra a subordinação sofrida por indivíduos e grupos decorrentes de certas hierarquias sociais, onde se busca reconhecimento e dignidade através do tratamento como igual**”.<sup>36</sup>

49. No mesmo sentido, mas com maior profundidade, ensina **Adilson José Moreira**,<sup>37</sup> o Direito Antidiscriminatório visa regular e operacionalizar um sistema protetivo a grupos socialmente vulnerabilizados, mediante uma interpretação dos princípios da igualdade e da não-discriminação que vise à consecução de um programa de transformação social estruturalmente relacionado ao objetivo da democracia constitucional de superação das desigualdades sociais e regionais, para que todas as pessoas possam viver de forma digna, com igual respeito e consideração do Estado e da Sociedade. Pontua que o **princípio antidiscriminatório** não se limita à proibição de tratamentos arbitrários, porque impõe ao Estado o dever de promoção de medidas inclusivas e a construção de uma cultura social baseada no igual respeito e consideração de todas as pessoas, independente do grupo social que integram os **propósitos estruturais e sistêmicos antidiscriminatórios do princípio da igualdade**, para superação de relações hierárquicas de poder na sociedade e superar estigmas em geral e as desvantagens de acesso a bens materiais que assolam pessoas integrantes de minorias sociais (grupos em situação de não-dominância/hegemonia, porque socialmente minorizados e vulnerabilizados). Uma lógica que vê os **princípios da igualdade e da dignidade humana como princípios de natureza relacional**, pelo qual uma existência digna permita que as pessoas tomem decisões fundamentais sobre sua vida e permitam a emancipação humana contra opressões e discriminações em geral. Daí que **define o Direito Antidiscriminatório** enquanto aquele que visa reduzir gradativamente e eliminar as disparidades sociais entre grupos, invalidando discriminações negativas (arbitrárias) e promovendo ações afirmativas para superação de estigmas, opressões e discriminações estruturais, institucionais, sistemáticas e históricas, visando a plena integração social dos grupos marginalizados, com igual respeito e consideração, para, assim, promover o objetivo central da cultura democrática, consistente na proteção da igualdade substantiva e da liberdade entre indivíduos e grupos, na lógica de uma **cidadania igualitária**, no sentido do princípio de igual respeito e consideração, sem segregações de quaisquer naturezas, para impedir e mitigar a marginalização material e cultural que grupos socialmente vulnerabilizados enfrentam cotidianamente, que os impedem de ter gozo de elementos básicos da cidadania.

<sup>36</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação. Discriminação direta, indireta e ações afirmativas**, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, pp. 14, 21, 36-37, 39, 41, 45 e 47. Grifos nossos.

<sup>37</sup> MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**, Introdução e cap. 1, item 1.1.

50. Nesse sentido, **Adilson José Moreira** bem afirma que *discriminar* implica impor desvantagens a pessoas ou grupos sociais de forma *arbitrária*, que contraria o ideal de *justiça com racionalidade*, com a agravante bem denunciada pelo autor no sentido de que "Tratar pessoas a partir de fatores arbitrários implica a desconsideração do valor moral delas". Assim, com Jeneth Karst, leciona que "a discriminação compromete o funcionamento da democracia porque esse regime político está baseado no **princípio da cidadania**, uma categoria que pressupõe o reconhecimento de todos os membros da comunidade política como *pessoas merecedoras da mesma consideração e respeito*", donde bem afirma que "A cidadania implica uma forma de **igualitarismo moral** necessário para o funcionamento de uma sociedade fundada em princípios morais", de sorte que "a noção de cidadania está centrada no ideal do pleno pertencimento, o que pode acontecer quando a sociedade procura implementar uma ética do respeito mútuo e estima recíproca". Ao passo que "Vemos no mundo contemporâneo o surgimento de uma noção de *igualdade inclusiva*, princípio baseado na ideia de que as instituições estatais devem promover a integração social por meio de políticas capazes de atender as demandas de redistribuição e reconhecimento. A **eliminação gradual de diferentes formas de discriminação** tem sido alcançada graças à utilização [dessa] nova perspectiva de interpretação da igualdade".<sup>38</sup>

51. Destaque-se que o **autor** trata a cidadania não apenas em seu sentido formal, de direito a votar, ser votado e acompanhar e fiscalizar os(as) representantes eleitos(as), mas **cidadania enquanto o direito a ter direitos**, no clássico sentido de **Hannah Arendt**.<sup>39</sup> Ou seja, a **cidadania** é um conceito que não deve se limitar ao mero direito de votar e ser votado e acompanhar e fiscalizar os(as) representantes eleitos(as) (*cidadania formal*), "para abarcar o direito a não ter a si negados direitos que o Estado concede a outras pessoas em situações idênticas ou equivalentes, ou seja, o *direito a ter direitos*, a ser reconhecido(a) enquanto *sujeito de direito* e não ser discriminado(a) pelo simples fato de não fazer parte do grupo hegemônico – o que defini como *cidadania material*. **Cidadania material**, portanto, é o *direito a ter direitos*, no sentido

<sup>38</sup> MOREIRA, Adilson José. **O que é Discriminação?** São Paulo: Letramento, 2017, p. 85-86 e 90.

<sup>39</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo. Anti-Semifismo Imperialismo Totalitarismo**, 8ª Reimpressão, São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2009, pp. 320-336. Curiosamente, embora a autora fale "*direito a ter direitos*", ela não chegou a formular a expressão "*cidadania é o direito a ter direitos*", embora isto fique claramente implícito à sua obra. Isso porque ela fala em "*direito a ter direitos*" no contexto de que, durante as Duas Grandes Guerras, o conceito de *direitos humanos* mostrou-se ingênuo ou mesmo hipócrita por conta da situação das pessoas objeto das nefastas *leis de desnacionalização*, que retiravam a cidadania nacional de tais pessoas, às quais restava apenas a sua humanidade, que não era reconhecida como merecedora de proteção jurídica a despeito da noção de *direitos humanos* apontar que a pessoa seria merecedora de proteção jurídica por sua mera condição humana. É por isso que, em Hannah Arendt, a cidadania é entendida como o direito a ter direitos, o que aqui se denomina como *cidadania material*, enquanto aspecto substantivo da cidadania. Nesse sentido, segundo Valério Mazzuoli: "**A cidadania e o direito a ter direitos**, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos". MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>>. Acesso em 30/01/2009. Grifo nosso. Para maiores desenvolvimentos interpretativos da obra de Hannah Arendt, vide o clássico LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 7ª Reimpressão, São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2009, p. 150.

de ter a si garantidos os direitos que o ordenamento jurídico garante a outras pessoas em situação idêntica ou equivalente à sua".<sup>40</sup>

52. Daí concorda-se com **Adilson José Moreira** no sentido de que a **cidadania material** se configurar como **critério substantivo de controle de constitucionalidade**, no sentido de, a partir do paradigma do dever de proteção estatal das identidades não-hegemônicas em Estados Democráticos de Direito, exigir (a cidadania material) o reconhecimento de minorias e grupos vulneráveis como *sujeitos de direito*, com igualdade de direitos relativamente aos grupos socialmente hegemônicos. Isso por força da interpretação sistemática dos direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade, dignidade e privacidade/intimidade.<sup>41</sup>

53. O **autor** fala em sua obra especificamente da *cidadania sexual*, para igualdade de direitos de homossexuais relativamente a heterossexuais, mas ele o faz por entender a cidadania sob esse aspecto *material*, enquanto garantidora do gozo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, sem discriminações. Fundamenta-se, ainda, no dever constitucional do Estado Brasileiro de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que combata as desigualdades sociais, de sorte a promover o bem-estar de todos(as), coibindo discriminações de quaisquer espécies (CF, art. 3º, I, III e IV). Isto afirma para criticar as visões tradicionais dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, afirmando-os meramente *procedimentais*, no sentido de admitirem racionalizações argumentativas na comparação de situações e grupos sociais, o que muitas vezes enseja decisões judiciais discriminatórias, a pretexto da "racionalidade" da discriminação relativamente a um "legítimo fim estatal"<sup>42</sup> (por estabelecerem apenas um *procedimento argumentativo* para a defesa da constitucionalidade de uma discriminação, sem estabelecer um *critério substantivo* que isto impeça de plano). Sua tese é a de que, sendo a *cidadania sexual* um *critério substantivo de controle de constitucionalidade*, tudo que for a ela contrário deve ser tido imediatamente como inconstitucional, independentemente de "ponderação" entre valores em conflito e de defesa da suposta "racionalidade" da discriminação com alguma *legítima finalidade estatal*. Isso por constatar e criticar decisões judiciais que, por aquela lógica tradicional, negaram direitos às minorias sexuais e raciais (sobre direitos matrimoniais e cotas universitárias, respectivamente).<sup>43</sup>

<sup>40</sup> IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2019, Cap. 03, item 3.

<sup>41</sup> MOREIRA, Adilson José. **Cidadania Sexual. Estratégias para Ações Inclusivas**, São Paulo: Arraes, 2017, p. 61-62: "O que se busca é o tratamento igualitário daqueles *grupos oprimidos* em função de traços identitários ignorados ou oprimidos pelos grupos majoritários que tratam os seus valores como únicos meios legítimos de existência". Desenvolvendo tais lições: *Ibidem*, p. 149, 151, 169, 188-189, 191, 199-201.

<sup>42</sup> "Tradicionalmente, a aplicação do princípio da igualdade no processo de controle de constitucionalidade das leis tem um caráter *procedimental*. Como esse preceito constitucional constitui um limite ao poder regulador estatal, os tribunais devem verificar se existe uma relação racional entre as classificações legislativas e o objetivo que a legislação pretende atingir. Essa metodologia está fundamentada em um pressuposto bastante simples: as classificações são constitucionais quando há uma relação racional entre o critério de tratamento diferenciado e os objetivos estatais legítimos". MOREIRA, Adilson José. **O que é Discriminação?** BH: Letramento, 2017, p. 57. Grifo nosso.

<sup>43</sup> Penso, apenas, que as decisões judiciais citadas, embora argumentem que as leis discriminatórias às uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas seriam pautadas por argumentos "racionais" direcionados à promoção de um "legítimo fim estatal", na verdade se equivocam ao isto afirmar. Discriminar homossexuais em nada contribuir para o incentivo à procriação em uniões heteroafetivas (como, por vezes, se alega na defesa do não-reconhecimento do casamento civil homoafetivo) nem se justificam por qualquer fundamento "racional". De qualquer forma, é relevante a posição do autor, no sentido de que, sendo a *cidadania sexual* [e de gênero] um critério substantivo de

54. Anote-se que Adilson José Moreira trata primordialmente de homossexuais e relações homoafetivas, daí falar em *cidadania sexual*, para combater o heterossexismo (homofóbico). Entende-se, todavia, que os mesmos fundamentos justificam falar-se em ***cidadania de gênero***, para abarcar as pessoas transgênero (travestis e transexuais), discriminadas pelo cissexismo (transfóbico) bem como as próprias ***mulheres cisgênero, notoriamente discriminadas pelo machismo patriarcal que ainda assola a sociedade.***

Isso para ***promover a igual dignidade não só das minorias sexuais relativamente a heterossexuais, mas também das minorias de gênero relativamente a homens cisgêneros.*** Coibindo-se, também, discriminações e privilégios diversos historicamente existentes em benefício desta *maioria sexual e de gênero* ("minorias/maioria" no sentido sociológico, de grupo em situação de não-dominância/dominância, respectivamente; quem preferir, refira-se a *grupos vulneráveis* para se relacionar a grupos que formam a maioria da população, como mulheres e negros/as, que apesar disso ainda sofrem opressões estruturais, institucionais e históricas diversas na sociedade). Assim, [ampliando a doutrina de Adilson José Moreira] pode-se falar em ***princípio da cidadania sexual e de gênero como critério substantivo de controle de constitucionalidade e princípio de políticas públicas,*** para abarcar o *direito a ter direitos das minorias sexuais e de gênero, logo, às pessoas não-heterossexuais e às pessoas não-cisgêneras.*<sup>44</sup>

55. Por oportuno, cite-se que a ***discriminação por sexo/gênero*** é uma tradicional hipótese de ***classificação suspeita***, entendida na doutrina e jurisprudência constitucional e internacional dos direitos humanos como classificações que se *presumem inconstitucionais*, por se voltarem contra grupos sociais historicamente vulneráveis.<sup>45</sup> O mesmo se diga sobre a ***discriminação racial***, visto que se mulheres em geral já sofrem a discriminação indireta aqui denunciada, o caso se agrava

---

controle de constitucionalidade, por decorrente da concretização de diversos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, então *não há o que ponderar nem discutir em termos de "racionalidade"*. Pois, como visto, embora a igualdade jurídica admita diferenciações se pautadas por fundamentos lógico-racionais, a *discriminação juridicamente válida* precisa, ainda, ser coerente com todos os valores constitucionais (e convencionais). Assim, ainda que se entenda como "racional" a discriminação de homossexuais relativamente a heterossexuais e das uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas (do que discordo veementemente), *ainda assim* referida discriminação será *inconstitucional e inconvenional*, por violadora do direito fundamental e humano à *cidadania sexual*.

<sup>44</sup> IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, Cap. 03, item 3. G.n.

<sup>45</sup> Tal é o que ocorre no ordenamento jurídico dos EUA em relação à isonomia local, denominada *Equal Protection Doctrine* (Doutrina da Igual Proteção), por força de criação jurisprudencial que se considera aplicável no Brasil, com a ressalva de que a inexistência de disposição expressa na Constituição no sentido de se considerarem algumas classificações mais suspeitas do que outras (sendo que tal distinção entre classificações "suspeitas" e "semi-suspeitas" é reconhecida pela jurisprudência estadunidense) torna necessário reconhecer que todas as cláusulas suspeitas sujeitam-se à necessidade de igual fundamentação para serem tidas como válidas. Elege-se, aqui, a partir do critério "importante fim estatal" em detrimento do "fim estatal primordial" (*compelling state interest*) do *strict scrutiny* (análise estrita) estadunidense. Isso por afigurar-se aquele como mais razoável, tornando efetivamente possíveis diferenciações jurídicas nessas hipóteses (visto a experiência jurisprudencial dos EUA ter demonstrado a quase impossibilidade de superação do *strict scrutiny*), ao mesmo tempo em que exige uma maior atenção a critérios historicamente estigmatizados, o que atende às preocupações do Constituinte Originário, sem, todavia, impedir que a liberdade de conformação do legislador corrija desigualdades fáticas devidamente justificadas. Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 03, item 1.2 (em nota de rodapé).

relativamente a **mulheres negras e outros grupos raciais**<sup>46</sup> objeto de discriminações interseccionais e múltiplas.

56. Nesse sentido, em julgamentos relativos à diversidade sexual e de gênero, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** tem jurisprudência consolidada no sentido da existência das **classificações suspeitas** e de uma forte presunção de *inconstitucionalidade* das leis respectivas. Nesse sentido, na decisão do **caso Atalla Rifo y niñas vs. Chile (2012)**, aduziu a Corte IDH que o ônus da prova passa ao Estado, que deve demonstrar que sua decisão não teria cunho discriminatório (inconveniência da discriminação por orientação sexual pela retirada da guarda de filhas da mãe apenas por manter relacionamento homoafetivo/lesboafetivo). No mesmo sentido, no **caso Duque vs. Colombia (2016)**, afirmou que a presença de *classificação suspeita*, no contexto de lei que discrimina uma categoria identitária protegida convencionalmente, gera ao Estado um ônus argumentativo ainda maior, de sorte a que a diferenciação por esses critérios só seria legítima se “as razões que justificam a diferenciação de tratamento [forem] particularmente sérias e sustentadas por uma argumentação exaustiva” (itens 91-92, 103-111 e 124 – com os itens 112-123 expondo farta jurisprudência do Direito Comparado no mesmo sentido – inconveniência da discriminação por orientação sexual no âmbito previdenciário), o que reiterou no julgamento do **caso Flor Freire vs. Equador (2016)** (inconveniência da discriminação por orientação sexual nas Forças Armadas).<sup>47</sup>

57. Tal entendimento foi reiterado na histórica e paradigmática decisão da Corte IDH na **Opinião Consultiva (OC) 24/17**, em que reconheceu o direito humano de identidade de gênero à retificação do registro civil de pessoas transgênero independentemente de cirurgia, laudos e ação judicial, bem como o direito humano ao casamento civil igualitário. No que tange ao tema das **classificações suspeitas**, a Corte bem explicou o seguinte, no que tange ao art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, **equivalente ao nosso art. 3º, IV, da CF/88** no que tange à vedação de discriminações de quaisquer naturezas, citando ainda em rodapés aqui transcritos outros precedentes que comprovam ser esta a sua **jurisprudência pacífica** sobre o tema das classificações suspeitas. Assim, a **OC 24/17** da Corte Interamericana estabelece uma **presunção de inconveniência e, assim, à luz do art. 5º, §2º, da CF/88, uma presunção de inconstitucionalidade das chamadas classificações suspeitas**, por historicamente usadas para fins de discriminações negativas (arbitrárias), que só será superada por um **escrutínio estrito** que demonstre que a discriminação em

<sup>46</sup> Lembre-se que o STF, no histórico julgamento da ADO 26 e do MI 4733, reconheceu a homotransfobia como crime de racismo, por adotar o conceito político-social (e não biológico) de “raça” e “racismo”, de sorte que pessoas LGBTI+ constituem-se, também, como *grupo racializado*. Com efeito, esta Suprema Corte ratificou lições doutrinárias segundo as quais “o sentido de ‘raça’ – que não se resume nem se limita a um conceito de caráter estritamente fenotípico – representa uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social” (cf. voto do Min. Celso de Mello, Relator da ADO 26, p. 97 e ss., seguido pela maioria também nestes fundamentos). Desenvolvendo esse tema no campo da população LGBTI+, vide: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Racismo homotransfóbico e pessoas LGBTI como um grupo racializado**. In: JOTA, 28.05.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019>>. Acesso: 11.08.2020.

<sup>47</sup> Cf. GORISCH, Patrícia. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Famílias Homoafetivas e Direitos LGBTI nas Américas**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Famílias, Psicologia e Direito*, Ed. Zakarewicz, 2017.

questão se configuraria como uma “medida necessária para alcançar um objetivo convencionalmente imperioso”, o que não existe, ante se tratar de uma restrição desproporcional à liberdade de expressão e de ensino/cátedra de Professores(as) em sala de aula. Trata-se de **ratificação de precedentes anteriores da Corte**,<sup>48</sup> **que se basearam em entendimento idêntico do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**,<sup>49</sup> **o qual foi posteriormente reafirmado em outro precedente litigioso**<sup>50</sup> e pela **OC 29/22**.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Corte IDH, **Caso Atala Riffo e filhas v. Chile (2012)**, itens 83 a 93. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf)>. Trata-se do *leading case* da defesa dos direitos da diversidade sexual e de gênero no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que pontuou se basear em entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Conselho de Direitos Humanos da ONU neste tema, de sorte que: “a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual” (item 91); **Caso Duque v. Colômbia (2016)**, itens 104 e 105. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)>: “La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (item 104); **Caso Flor Freire v. Ecuador (2016)**, itens 118 a 124, inclusive sobre o relevante tema da discriminação por fator percebido, ou seja, a pessoa não tem a orientação sexual ou identidade de gênero que a outra pensa que tem e lhe discrimina por isso, mas é discriminada como se a tivesse (itens 120 a 122). Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf)>: “Adicionalmente, este Tribunal ha establecido que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual. [...] De acuerdo al Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “[...]o que estas leyes tienen en común es su utilización para acosar y procesar a personas por su sexualidad o identidad de género real o supuesta” (itens 120 e 123), fazendo referência ao parágrafo 123 do Caso Atala Riffo e filhas v. Chile (2012), já referido.

<sup>49</sup> “Cf. T.E.D.H., **Caso Sagueiro da Silva Mouta vs. Portugal**, nota 99 supra, par. 28 (*‘a orientação sexual da requerente [...] [é] um conceito que o artigo 14 da Convenção sem dúvida abrange. O Tribunal reitera a esse respeito que a relação constante da referida disposição é exemplificativa e não exaustiva, conforme mostram as palavras [...] qualquer motivo tais como [...]’*). Ver também T.E.D.H., **Caso Fretté vs. França (nº 36.515/97)**, Sentença de 26 de fevereiro de 2002. Final, 26 de maio de 2002, par. 32; T.E.D.H., **Caso Kozak vs. Polónia (nº 13.102/02)**, Sentença de 2 de março de 2010. Final, 2 de junho de 2010, par. 92; **Caso J.M. Vs. Reino Unido (nº 37.060/06)**, Sentença de 28 de setembro de 2010. Final, 28 de dezembro de 2010, par. 55; e **Caso Alekseyev Vs Rússia (nº 4.916/07, 25.924/08 e 14.599/09)**, Sentença de 21 de outubro de 2010. Final, 11 de abril de 2011, par. 108 (*‘A Corte reitera que a orientação sexual é um conceito inserido no artigo 14’*); **Caso Cliff vs. Reino Unido (nº 7.205/07)**, Sentença de 13 de julho de 2010. Final, 22 de novembro de 2010, par. 57 (*‘the Court has considered to constitute [...] other status [...] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent’*). Entretanto, o Tribunal Europeu decidiu não limitar com isso o conceito de ‘outra condição’ a que as características da pessoa sejam inerentes ou inatas. Cf. T.E.D.H., **Caso Cliff**, nota 101 supra, par. 58 (*‘However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [...] personal [...] in the sense discussed above!’*). Cf. Corte IDH, caso Atalla Riffo e filhas v. Chile (2012), notas 100 e 101. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf)>. Acesso: 14.12.2023. Grifos nossos.

<sup>50</sup> Corte IDH, **Caso Azul Rojas Marín v. Peru (2020)**, itens 90 a 95. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf): “La Corte Interamericana ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. En este sentido, ya ha establecido que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género. [...] La Corte advierte además que en ocasiones puede ser difícil distinguir entre la discriminación por orientación sexual y la discriminación por expresión de género. La discriminación por orientación sexual puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida, por lo que incluye casos en los cuales una persona es discriminada con motivo de la percepción que otros tengan acerca de su orientación sexual. Esta percepción puede estar influenciada, por ejemplo, por el modo de vestir, peinado, manierismos, o forma de comportarse que no corresponde a las normas tradicionales o estereotipos de género, o constituye una expresión de género no normativa. En el presente caso, la expresión de género de la presunta víctima pudo ser asociada por terceros con una determinada orientación sexual” (itens 90 e 94). Acesso: 14.12.2023.

<sup>51</sup> Corte IDH, **Opinião Consultiva 29/22**. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_29\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf)>. “Esta Corte ya ha establecido que la orientación sexual<sup>433</sup>, identidad de género<sup>434</sup> y expresión de género<sup>435</sup> de la persona son

58. Sobre a **importância do escrutínio estrito na proteção de minorias em geral**, vide a doutrina de **Adilson José Moreira**:

Homens e mulheres podem ter as mesmas oportunidades profissionais, mas a dupla rotina de trabalho a qual as mulheres são submetidas pode comprometer a carreira delas. [...] Os movimentos por igualdade racial e igualdade sexual foram responsáveis pela aprovação de legislação destinada a proteção contra discriminação baseadas na raça e no sexo, o que tornou aquela nação a ser uma das primeiras sociedades a implementarem legislação nacional para proteger grupos específicos. **O avanço da aplicação do escrutínio estrito levou mulheres a demandarem o mesmo tipo de proteção destinado a minorias raciais, demanda negada pelos tribunais daquele país. Surge então um novo parâmetro para controle de constitucionalidade, o *intermediary scrutiny test*, criado para analisar classificações baseadas no sexo, critério que pode ser aplicado a homens e mulheres.** Esse teste está baseado no pressuposto de que classificações sexuais precisam estar fortemente relacionadas com um interesse estatal legítimo; não será aceitas normas baseadas em estereótipos sexuais porque isso não pode ser considerado um interesse estatal legítimo. Os tribunais americanos também aplica o *rational basis test*, um critério de escrutínio aplicado a categorias não cobertas pelos testes anteriores. Estamos aqui diante de uma situação na qual os tribunais mostram grande deferência para o Estado; ele precisa apenas demonstrar uma relação racional entre meios adequados e finalidades legítimas. Esse é o tipo de escrutínio aplicado a classificações baseadas na orientação sexual, embora decisões recentes demonstrem que a Suprema Corte tenha aplicado esse teste de forma diversificada.<sup>52</sup> [...] O **pensamento jurídico feminista** tem sido uma das principais vertentes do movimento acima mencionado. Embora exista uma grande variedade de posições dentro desse movimento, **elas concordam com as ideias de que o domínio masculino em quase todas as instituições públicas e privadas faz com que a sociedade seja essencialmente patriarcal, o que permite a subordinação das mulheres aos homens no espaço público e no espaço privado.** Essa constatação serve como ponto de partida para uma análise das formas como **o gênero opera como um meio essencial de organização do pensamento jurídico.** Juristas frequentemente utilizam **presunções de gênero** na justificação de decisões judiciais, presunções formuladas por homens sobre os lugares que as mulheres devem ocupar na sociedade. **Autoras feministas** formularam teorias interpretativas que apontam os meios a partir dos quais **os pressupostos da neutralidade e da objetividade encobrem ideologias que têm a função de legitimar a ordem de poder que existe na sociedade.** Por esse motivo, muitas delas problematizam uma concepção de igualdade formal e procedimental como as formas mais adequadas para o alcance de justiça social entre homens e mulheres. **A justiça sexual não poderá ocorrer enquanto não se reconhecer os diversos mecanismos que estruturalmente impedem que as mulheres possam participar de forma equitativa nos diferentes âmbitos da vida social.** Ao lado de outras perspectivas críticas, elas afirmam que a hermenêutica deve incluir a reflexão sobre a diferença de status, porque homens e mulheres têm experiências muito distintas e precisam de categorias de direitos diversas para que possam ter o nível de equidade compatíveis com a especificidade da experiência feminina. A igualdade formal opera em muitas situações para acobertar as diferenças estruturais existentes entre homens e mulheres nas sociedades

categorías protegidas por el artículo 1.1 la Convención436. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género" (item 225). Acesso: 14.12.2023.

<sup>52</sup> "ARAIZA, William, *op. cit.*, p. 120-163". Nota do original.

democráticas.<sup>53</sup> [...] **Mulheres negras são o exemplo de grupos que são minorias dentro de minorias porque são afetados por diferentes critérios de marginalização.** Em tempos mais recentes, alguns autores negros apontaram para as formas como múltiplos fatores concorrem para promover a subordinação de diversos setores dentro dos grupos raciais, o que demonstra a natureza estrutural da exclusão social baseada na articulação entre racismo, classismo, sexismo e homofobia.<sup>54</sup> De maneira similar aos grupos anteriores, **autores e autoras homossexuais** ao longo das últimas décadas propuseram uma **reforma do processo de interpretação da igualdade tendo em vista o fato de que ele opera como um meio de subordinação desse grupo [...] porque os obriga a esconder uma parte essencial da vida das pessoas que é a orientação sexual.** Elas são então forçadas a manter a identidade pessoal encoberta para que possam ter acesso ao gozo de direitos, o que eles classificam como um tipo de subordinação moral. O sistema jurídico aparece aqui também como um tipo de narrativa que associa categorias centrais do discurso jurídico como a noção de sujeito de direito a pessoas heterossexuais, processo que promove a **institucionalização da heterossexualidade como requisito para acesso aos mais direitos tanto na esfera pública como na esfera privada.**<sup>55</sup> Todo o sistema jurídico parte do pressuposto de que todas as pessoas são heterossexuais e que todas as categorias de direitos existem para proteger pessoas que possuem essa forma de identidade. Os autores que advogam uma transformação da hermenêutica afirmam que a discriminação contra homens e mulheres homossexuais pode ser compreendida como um tipo de discriminação sexual porque essas pessoas não seriam discriminadas se dirigissem seu desejo sexual para pessoas do sexo oposto. Está aqui também outro tema amplamente tematizado entre esses estudiosos: a **patologização da identidade homossexual pelo sistema jurídico**, meio que sustentou ao longo do tempo a exclusão de homens e mulheres homossexuais de qualquer tipo de proteção jurídica.<sup>56</sup> [...] **Sistemas de opressão** não operam da mesma forma contra todos os segmentos de um grupo em função da pluralidade de características e status internos deles. **Mulheres são constantemente discriminadas no mercado de trabalho, mas mulheres brancas e negras não são tratadas da mesma forma.** Mulheres brancas sofrem as consequências do sexismo, mas a experiência delas é constitutivamente diferente da vivência de mulheres negras, porque além do sexismo também enfrentam o racismo: esses dois sistemas de discriminação operam de forma simultânea para situar mulheres negras em uma situação distinta das mulheres brancas.<sup>57</sup> (*grifos nossos*)

59. Com essas premissas constitucionais e dogmáticas, passemos a desenvolver os fundamentos da inconstitucionalidade da lei impugnada.

## DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO

60. A princípio, temos que destacar que leis como a aqui impugnada, que visam criar *restrições abusivas* ao exercício regular do direito ao **aborto legal e seguro**,

<sup>53</sup> YUVAL-DAVIS, Nira. Women, citizenship, and difference. *Feminist Review*, v. 57, p. 3 - 27, 1997; FUSS, Diana. *Essentially speaking*. Nova York: Routledge, 1989; MINDA, Gary, *op. cit.*, p. 128-130. Nota do original.

<sup>54</sup> Ver sobretudo DELGADO, Richard; STEFANCI, Jeanne. *Critical race theory: an introduction*. Nova York: New York University Press, 2017; BROOKS, Roy L. *Critical race theory and classical liberal civil rights scholarship: a distinction without a difference*. *California Law Review*, v. 82, n. 3, p. 787-845, 1994". Nota do original.

<sup>55</sup> "Ver nesse sentido MOREIRA, Adilson José. *Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas*. São Paulo: Arraes, 2017, p. 73-105". Nota do original.

<sup>56</sup> "Ver nesse sentido RICHARDS, David A. J., *The case for gay rights*. Kansas: Kansas University Press, 2005; VECHIATTI, Paulo Roberto Iott. *Manual da homoafetividade*. São Paulo: Método, 2012; ESKRIDGE, William. *Gaylaw: challenging the apartheid of the closet*. Cambridge: Harvard University Press, 2002". Nota do original.

<sup>57</sup> MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: ContraCorrente, 2020.

fomentam **pânico moral** na sociedade contra as mulheres que cometem o aborto, inclusive contra aquelas que o fazem de forma legal, que é o foco da petição.

61. A própria criminalização do aborto se encontra em xeque por força de ações como a **ADPF 442 e a ADPF 989**, a primeira que conta com voto primoroso da Min. Rosa Weber já proferido, ações que, inclusive, serviram de inspiração para essa ADI. **Todavia, a presente ação versa unicamente sobre inconstitucionalidade de leis cujo intuito ou efeito constrangimento da mulher cisgênero ou de homem trans interromper a gravidez nas HIPÓTESES JÁ LEGALMENTE AUTORIZADAS de aborto (legal e seguro), ou seja, de interrupção da gravidez em caso de risco de morte da mãe (cis ou pai homem trans), em caso de estupro e, ainda, na hipótese autorizada pela histórica decisão desta Suprema Corte para os casos de anencefalia (ADPF 54).** Então, qualquer eventual oposição ao direito ao aborto no primeiro trimestre, objeto da ADPF 442 não pode ser invocada contra a pretensão desta ação.

61.1. Fala-se em **leis com intuito ou efeito de causar constrangimentos ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro** no contexto técnico-jurídico-constitucional das discriminações *direta e indireta*, já que a jurisprudência pacífica desta Suprema Corte considera inconstitucional uma lei, enquanto discriminatória, *tanto* quando tem o *intuito* (por redação expressa) de discriminar *quanto* nos casos em que tem um *efeito discriminatório não-intencional*, porque este é tão inconstitucional quanto aquele. Trata-se de conceito basilar do Direito Antidiscriminatório, já referendado por tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, **inclusive com status constitucional no Brasil pela internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**<sup>58</sup> pelo rito do **art. 5º, §3º, da CF/88**. Mas que tem, também, status normativo supralegal à luz da internalização de outros tratados e convenções de direitos humanos, a saber: **art. 1º** da já citada **Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979 e que teve grande influência em nossa Assembleia Nacional Constituinte,<sup>59</sup> segundo a qual o **conceito de discriminação contra a mulher** envolve “*toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo*”.<sup>60</sup> E, da mesma forma: **art. 1, item 1**, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;<sup>61</sup> **art. 1º, item 1**, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância;<sup>62</sup> e **art. 1º, item 1**, da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. E, ainda, *status* normativo também

<sup>58</sup> Decreto Federal 6.949/2009: “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007”. Internalizado também com **status normativo equivalente ao de emenda constitucional**, à luz do disposto no art. 5º, §3º, da CF/88.

<sup>59</sup> BRANCO, Luciana Temer Castelo. **O Feminino e o Direito à Igualdade: Ações Afirmativas e a Consolidação da Igualdade Material**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual dos Direitos da Mulher, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

<sup>60</sup> Decreto Federal 89.460/1984. Atualmente, pelo Decreto 4.377/2002: “Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984”.

<sup>61</sup> Decreto Federal 65.810/1969: “Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial”.

<sup>62</sup> Decreto Federal 10.932/2022: “Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013”.

legal, pela sua previsão no art. 4º, §1º, do Estatuto dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência); art. 1º, par. único, I, do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), art. 4º do Estatuto da Pessoa Idosa e art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>63</sup>

62. **A lei atacada, na prática, somente pode ser aplicada contra aquelas que buscam um direito garantido em lei federal, afinal de contas, em um aborto ilegal um médico não seguiria as orientações de uma lei estadual, o que torna a situação ainda pior, já que as hipóteses de aborto legal são restritas a situações em que a gestante está em situações de extrema vulnerabilidade.**

63. Entendemos que **a lei impugnada aprofunda o estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil**, já bem denunciado e combatido pela ADPF 989, que aqui reiteramos, e por isso a lei deve ser declarada integralmente inconstitucional (cf. infra). **Subsidiariamente, caso não declarada a inconstitucionalidade integral da lei impugnada**, no que não se acredita e se aventa apenas por força do princípio da eventualidade, entendemos que os **incisos I, III, IV, V e, especialmente, VI do art. 3º** da lei aqui discutida são formalmente e materialmente inconstitucionais, por violação do art. 23, II da CF, além de outros princípios constitucionais. E entendemos, ainda, a necessidade de **interpretação conforme a Constituição** de toda a lei impugnada no que não declarada inconstitucional, à luz dos princípios da laicidade estatal e da proteção da dignidade humana de mulheres que desejam realizar o aborto legal, para que somente valores e princípios de conteúdo constitucional-laico, pautados em razão pública, a partir de dados colhidos do mundo real por estudos sérios e em dados estatísticos e na lógica da *Medicina Baseada em Evidências* integrem a “campanha de conscientização”, o “dia de conscientização” e as “diretrizes da campanha de conscientização contra o aborto” (sic). A qual não poderá abarcar o aborto legal, mas apenas o ilegal, sob pena de inconstitucionalidade formal (por restringir direito garantido por lei federal por lei estadual, em violação ao princípio federativo) e de inconstitucionalidade material, por violação dos princípios da dignidade humana, da não-discriminação por sexo e gênero e de proporcionalidade de mulheres que desejam realizar o aborto legal (cf. infra).

64. Sobre a **inconstitucionalidade formal**, muito embora a saúde seja tema de competência legislativa comum à União, Estados, DF e Municípios, entendemos que os entes locais não podem aprovar legislações no sentido de restringir o acesso à saúde, ao menos garantidos por lei federal, mas somente no sentido de ampliá-lo. Daí que a lei impugnada **viola o princípio federativo no tema das competências legislativas constitucionalmente fixadas**, por não haver “interesse local” que justifique a regulamentação do tema, já que o aborto é um tema de interesse nacional, e por

<sup>63</sup> Embora, de maneira curiosa, os Estatutos da Igualdade Racial, da Criança e do Adolescente e da Pessoa Idosa não usem a tradicional expressão “*intenção ou efeito*” de negar, restringir ou limitar direitos, como todos os outros diplomas citados fazem, ao falar de discriminação aquela que tem por “objeto” tal negação, restrição ou limitação, obviamente abarca tanto a discriminação intencional (direta) quanto a não-intencional (indireta), por efeito discriminatório, pois não há razão para que a discriminação indireta não esteja abrangida no “objeto” do conceito geral de discriminação, ainda mais à luz de toda a tradição da história institucional jurisprudencial e doutrinária do Direito Antidiscriminatório desta Suprema Corte e das Jurisdições Constitucionais e Internacionais mundo afora.

não poder lei local (estadual ou municipal) disciplinar tema regulamentado por lei federal de forma contraditória com esta.

65. **A lei em tela se camufla de supostas “boas intenções” ao defender o “nascituro”, mas na verdade visa primordialmente o ataque às mulheres ou, no mínimo, caso se discorde de ser essa sua intenção, tem este primordial efeito de ataque às mulheres, o que caracteriza sua inconstitucionalidade à luz do direito à não-discriminação.** Afinal, uma lei é inconstitucional, por discriminatória, tanto quando tem a *intenção* de discriminar quanto quando tem como *efeito não-intencional* a discriminação. Por exemplo, o inc. V do art. 3º coloca expressamente a vida do nascituro como prioridade em relação à vida da mulher cisgênero (e do homem trans):

V - estimular a iniciativa privada e ONGs na promoção de meios para acolher, orientar e prestar assistência psicológica e social às mulheres grávidas que manifestem o desejo de abortar, priorizando sempre a manutenção da vida do nascituro;

66. Trata-se de inaceitável **inversão de valores no tema do aborto legal**, que viola o princípio constitucional da razoabilidade em seu núcleo de certeza de vedação do arbítrio (de leis arbitrárias/irracionais), pois quando o aborto é lícito, isso por definição e **natureza jurídica** significa que o direito de privacidade corporal da mulher cis e do homem trans foram colocados em primazia sobre a expectativa de direito à vida do nascituro – que não é sequer *direito*, mas mera *expectativa de direito*, por não haver nada no texto constitucional positivo nem nos debates constituintes que denote que se pretendeu atribuir personalidade jurídica ao *nascituro*, cf. adiante se demonstra na *Conclusão* desta ação.

67. Importante destacar que as medidas estipuladas nesses incisos servem exclusivamente para as hipóteses de aborto legal, uma vez que quando os abortos são ilegais não são feitos sob supervisão do Estado. Ou seja, **o Estado de Goiás está tentando constranger as mulheres que desejam realizar o procedimento de aborto legal, notório intuito objetivo (mens legis) e subjetivo mal-disfarçado (mens legislatoris) da lei impugnada**, o que é evidentemente inconstitucional, por visar impor valores pessoais de integrantes do Legislativo e mesmo da maioria da sociedade às mulheres. Algo que viola o **princípio da dignidade humana** na célebre acepção de **John Rawls**, para quem “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”.<sup>64</sup>

68. Dessa forma, a lei impugnada não cumpre com o previsto na Constituição, mas faz o exato oposto do que o texto constitucional propõe.

69. Vale ainda ressaltar que o relatório da Comissão de Constituição e Justiça foi simples e raso, se limitando a mencionar dispositivos que regulamentam a propositura de leis ordinárias, não se debruçando sobre todos os aspectos constitucionais que uma lei de tal envergadura requer

<sup>64</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, Trad.: Jussara Simões, SP: Martins Fontes, 2008, p. 4.

70. No mérito, **o objetivo da lei é dificultar o acesso às hipóteses de aborto legal**, indo de encontro à legislação federal e à decisão do STF na ADPF 54.

71. **Leis como essa são propostas em todo o país em uma tentativa organizada e deliberada de ascensão de uma espécie de totalitarismo teocrático.** Fala-se no sentido não só de leis *idênticas* à impugnada, mas de leis que, *geralmente*, visam impor o fundamentalismo religioso e o reacionarismo moral em geral. Tais como, por exemplo: leis que querem proibir o debate de gênero nas escolas, incluídas as que querem proibir a linguagem inclusiva (de gênero neutro) e, mesmo, a flexão de gênero, para combater o machismo e as opressões a pessoas LGBTI+ e não-binárias em geral; leis que querem proibir a educação sexual nas escolas, a pretexto de a limitarem à família, em franco prejuízo da proteção de meninas contra abusos sexuais diversos, ensinando-as que partes de seu corpo são íntimas e não podem ser tocadas ou sequer vistas, mesmo por familiares ou pessoas próximas etc.

72. A ideia de **controle do corpo da mulher** cisgênero faz com que situações absurdas aconteçam como o caso de um padre que impetrou *habeas corpus* em favor do feto,<sup>65</sup> fazendo com que a mulher sofresse durante toda a gestação já sabendo que a vida ali não era viável.

73. Sobre *Habeas Corpus* em favor de fetos, vale destacar o **HC 82.025**, que restou prejudicado em razão da demora no julgamento e o fim da gestação, Ministros e Ministras desta Suprema Corte rechaçaram a possibilidade do feto ser sujeito ativo de ação judicial.

74. Vale destaque o voto do **Ministro Joaquim Barbosa** quando responde o argumento do STJ de que a vida do feto estaria protegida pelo direito penal mesmo nos casos de anencefalia:

Com relação ao primeiro argumento, faço a seguinte indagação: quando, em razão de anencefalia, a vida extra-uterina do nascituro é inviável, deve o direito garantir a essa vida o mesmo grau de proteção? Entendo que não. A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio. Ora, se o feto ainda se encontra no ventre da mãe, é evidente que sua situação jurídica, penal inclusive, da das pessoas já existentes.

75. Permitir que essa lei prospere é como dizer que o Estado pode constranger mulheres, assim como pessoas, em razão de crenças morais, fizeram com uma menina de 10 anos, vítima de estupro de vulnerável, na porta de um hospital.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Cf.: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/335017/padre-que-conseguiu-hc-para-interromper-aborto-legal-indenizara-mae>>.

<sup>66</sup> <<https://veja.abril.com.br/brasil/quem-sao-os-grupos-que-tentaram-impedir-o-aborto-de-menina-de-10-anos>>

76. **Os ataques aos direitos das mulheres cisgênero têm crescido em intensidade e frequência como a recente suspensão do serviço de aborto legal na cidade de São Paulo.**<sup>67</sup>

77. Fato é que nenhum direito se reveste de caráter absoluto no ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência e doutrina mais moderna sobre a proteção jurídica ao desenvolvimento embrionário e fetal reconhece que sua proteção é gradual e não absoluta.

78. O Ministro Luís Roberto Barroso, por meio de um voto vista em caso específico, no **HC 124.306**, sem efeito erga omnes, reconheceu inclusive a possibilidade de interrupção nos 3 primeiros meses de gestação, senão vejamos a partir da tese acolhida pela Corte. “O **grau de proteção constitucional ao feto** é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire **viabilidade extrauterina**, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização” (g.n). Assim, embora a presente ação foque apenas no tema do aborto (já) legal(izado), vale pontuar que, como inclusive decidido pela C. 1ª Turma desta Suprema Corte no **HC 124.306/RJ**, ainda que se entenda que o bem jurídico que se visa proteger (a vida potencial do feto) é relevante, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.<sup>68</sup> O princípio da proporcionalidade, amplamente adotado em sistemas jurídicos ao redor do mundo, incluindo o Brasil, serve como um critério para avaliar se uma medida restritiva de um direito é justificável diante de um objetivo legítimo. As medidas restritivas impõem um ônus significativo sobre os direitos fundamentais das mulheres, sem uma justificação proporcional em termos de proteção efetiva à vida potencial do feto. Alternativamente, políticas que focam em educação, saúde reprodutiva e suporte social podem ser mais eficazes e menos invasivas para equilibrar os interesses em jogo.

79. Nesse sentido, vale a clássica doutrina de **Ronald Dworkin** que, embora em defesa de um direito fundamental ao aborto no primeiro trimestre, em defesa da decisão de *Roe v. Wade* (cuja revogação por *Dobbs*, em 2022, se deu por fundamentos que não infirmam a posição que se cita aqui, como se demonstra no parágrafos 84.1.1, 134.1 e subparágrafos, adiante, podem ser interpretados de forma dogmaticamente restrita, na **discussão específica** de inconstitucionalidade de leis que visem causar constrangimentos à mulher em seu exercício regular do direito ao aborto

<sup>67</sup> <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/01/13/hospital-referencia-que-suspendeu-aborto-legal-em-sp-realizou-a-maioria-dos-procedimentos-na-cidade-em-2023.ghtml>

<sup>68</sup> Cf. item 6 da ementa: “6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios”.

legal e seguro. Então, nesse específico contexto, por ser o desta ação, cite-se a posição do **autor**:

Quando ponho em evidência esses argumentos práticos em favor da decisão [Roe vs. Wade], não estou querendo dizer que do ponto de vista jurídico ela não é correta. Pelo contrário, acredito que ela é. É uma questão de interpretação das normas. O princípio de que **o feto não é uma pessoa constitucional** se harmoniza melhor com outras partes do nosso direito e também com nossa noção de como questões correlatas seriam decididas caso surgissem. Mesmo que o feto seja um ser humano, ele se encontra numa posição singular dos pontos de vista político e biológico, e isso por um motivo que pode ser considerado suficiente para que lhe seja negada uma participação na Constituição. **Para proteger ou promover os interesses do feto, o estado só pode agir através da mãe, e para tanto só pode empregar meios que restringiriam necessariamente a liberdade dela de uma maneira que a Constituição não poderia impor a nenhum homem ou mulher:** determinando sua dieta e outras atitudes íntimas e pessoais, por exemplo. Afora as leis antiaborto, em nosso direito existem poucos casos desse tipo de regulação da gravidez que seriam adequados se o feto fosse uma pessoa constitucional; e a Suprema Corte nunca aventou a possibilidade de que uma tal proteção fosse uma exigência constitucional. [...] [Mas] **embora o feto não seja uma pessoa constitucional, ele é uma entidade que em nossa cultura é dotada de considerável importância moral e emocional, e os estados podem reconhecer e tentar proteger essa importância, sem, porém, reduzir de modo substancial o direito constitucional da mulher sobre o uso de seu próprio corpo.** [...] O respeito instintivo das pessoas pela vida não tende a diminuir significativamente quando elas começam a considerar admissível o aborto de um óvulo recém-fertilizado, assim, como não é diminuído quando elas aceitam a contracepção. Mas a investida contra os valores instintivos é quase tão cruel quando um feto de oito meses é abortado quanto seria se um bebê de uma semana fosse assassinado. Por isso, **o interesse do estado é maior depois daquele ponto em que o feto, dada a tecnologia moderna, torna-se capaz de sobreviver fora do útero, e a proibição do aborto voluntário depois desse ponto não sobrecarrega significativamente o direito constitucional da mulher** (aqueles casos em que a ameaça à **saúde da mãe** ou ao desenvolvimento do feto só é percebida depois desse momento merecem um tratamento constitucional diferente, como a própria Corte observou em *Roe vs. Wade*). Esse direito é o direito de tomar por si mesma certas decisões fundamentais, e é atendido quando ela tem tempo suficiente, depois de constatada a gravidez, para decidir se quer ter o filho para fazer um aborto seguro e conveniente caso não queira. Compreendida dessa maneira, *Roe vs. Wade* não contrapõe os direitos da mulher aos supostos direitos rivais do feto ou de qualquer outra pessoa. Antes, identificou um esquema de regulamentação que permite que os estados atendam às suas mais prementes necessidades sem comprometer substancialmente os direitos da mulher.<sup>69</sup>

80. Note-se que o **entendimento tradicional do Direito Civil Clássico** sempre foi o de que o nascituro não é considerado uma "pessoa" e, por isso, não é sujeito de direitos, tendo uma mera expectativa de direitos, que titularizará apenas se nascer com vida. Em termos de liberdade de conformação do Legislativo democrático, cite-se o **art. 2º** estabelece que a personalidade jurídica se adquire com o *nascimento com vida*, embora *resguardados* os direitos do nascituro, algo que **sempre foi entendido pela doutrina majoritária** como significando que a lei positivou a teoria natalista, pela qual a condição de *pessoa* só se adquire com o *nascimento com vida*, embora permitindo o reconhecimento de *expectativa de direitos* ao nascituro, se e somente

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76, 79, 81, 84-88. G.n.

se vier a nascer, o que fez autores consagrados reconhecerem que a lei é incompatível com a teoria *concepcionista* (que atribui personalidade jurídica desde a concepção), embora defendendo uma corrente intermediária, pela qual o nascituro tem uma *personalidade jurídica condicional*.<sup>70</sup> Ou seja, sujeita a uma *condição suspensiva*, o que significa que não é considerado uma “pessoa” enquanto feto/nascituro, embora se resguardem seus direitos desde a concepção se e somente se vier a nascer com vida, ao passo que, se não nascer com vida, considerar-se-á que nunca foi titular de direito nenhum, já que “pessoa” não foi, na acepção técnico-jurídica do termo (pessoa) e da expressão (personalidade jurídica). Entenda-se, por óbvio, não se pretende uma *interpretação da Constituição a partir do Código Civil*, a questão é que, como a Constituição não tratou do tema, inclusive no Brasil por expressa deliberação de parlamentares constituintes de não decidir o tema (cf. parágrafo seguinte), o tema precisa ser analisado *também* à luz do **princípio da presunção da constitucionalidade das leis**, no caso, o art. 2º do Código Civil e sua opção de afirmar que a personalidade jurídica e, assim, a condição de pessoa se adquire com o nascimento com vida. E essa foi a conclusão do **Supremo Tribunal Federal** no julgamento da **ADI 3.510**, onde prevaleceu a “*posição de que ‘as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina de personalidade civil’, assentando que ‘a Constituição Federal, quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), aos ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b), ao ‘livre exercício dos direitos... individuais’ (art. 85, III) e aos ‘direitos e garantias do indivíduo-pessoa’ (art. 60, §4º, IV) estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim decidindo, entendeu a Excela Corte que os direitos subjetivos constitucionais não serviriam de fundamento para a proteção do nascituro, uma vez que, assim como em relação à proteção civil, o início da tutela constitucional ocorreria com o nascimento com vida, quando se adquire a personalidade civil’*”.<sup>71</sup>

81. Sobre a **interpretação histórica à luz da mens legislatoris**, relativamente aos debates constituintes, vale citar a doutrina de **José Afonso da Silva**, o qual, com a autoridade de quem participou dos debates constituintes, quando pontuou que entre a *posição natalista* (pessoa apenas o ser humano nascido com vida) e *concepcionista* (pessoa o ser humano desde a concepção), a Assembleia Nacional Constituinte decidiu não decidir esse tema<sup>72</sup> (daí ser incoerente sua posição afirmando que a

<sup>70</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103-104. Vejamos sua instrutiva lição: “Três teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro. A *natalista* afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é *pessoa condicional*, pois a aquisição da personalidade acha-se na dependência de *condição suspensiva*, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida; e a *concepcionista* admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes da herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida. **Malgrado a personalidade civil comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.** Este é o ‘*ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre*’, segundo a lição de **Silvio Rodrigues**, que acrescenta: ‘A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a’. Para a **Escola Positivista**, a personalidade decorre do ordenamento jurídico. A realidade é que, de acordo com o Código Civil brasileiro, a personalidade começa do nascimento com vida”. *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>71</sup> STF, **ADI 3.510**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106-107.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203.

Constituição teria garantido o direito à vida desde a concepção). Assim, **mesmo o originalismo interpretativo levado a sério** demanda concluir que a Constituição não protege a vida desde a concepção, porque “A CF não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa”, caracterizando verdadeiro *mutismo constitucional* acerca do tema.<sup>73</sup> Então, o tema fica sujeito à interpretação sistemático-teleológica do texto constitucional, sem que se possa dizer que haveria uma inquestionável predeterminação constitucional do tema, pois, segundo **Alexy**, “a solução de uma questão jurídico-constitucional só pode ser considerada como predeterminada na Constituição se não puder existir nenhuma dúvida razoável acerca da sua correção para todos aqueles que respeitem o texto constitucional e as regras de argumentação constitucional”,<sup>74</sup> o que notoriamente não é o caso sobre o tema aqui discutido, sendo que a posição mais coerente sobre os conceitos de pessoa constitucional e personalidade jurídica em sentido amplo é a que nega essa posição ao nascituro. Isso porque, sendo a *personalidade a qualidade de quem é sujeito de direitos*, por ser ela que atribui direitos e deveres à luz do Direito Objetivo, “o nascituro não tem personalidade jurídica”, porque “o nascituro é ente não dotado de personalidade”, de sorte que, inclusive consoante antigos **precedentes desta Suprema Corte**, o nascituro tem mera expectativa de direitos dos quais será titular apenas se nascer com vida, por não ter personalidade jurídica e não ser, na acepção técnico-jurídica estrita do termo, uma pessoa.<sup>75</sup> Algo que vale enquanto *teoria geral* acerca do tema em textos constitucionais positivos que não abordam explicitamente o tema do início da vida, como explica **Ronald Dworkin**, para quem, mesmo considerando o

<sup>73</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 13ª Ed., SP: RT, 2019, p. 155 e 157. Vejamos o precedente citado: “Nascituro. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo. Venda feita pelos pais à irmã do nascituro. As hipóteses previstas no CC (1916), relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido” (STF, 2ª T., RE 99.038-MG, rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.10.1983, m.v. DJU 5.10.1984). “Nascituro. Respeito a seus direitos antes do nascimento. O nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direitos, e em consequência transforma em direitos subjetivos as **expectativas de direito**, que lhe tinham sido atribuídas na fase da concepção. **Se é exato que o início da personalidade se assinala com o nascimento com vida e termina pela morte, também é exato que se reserva aos nascituros expectativa de direito que se transforma em direito logo que se realiza o evento do nascimento**” (Orozimbo Nonato, in STF, rel. Min. Laudo de Camargo – RT 182/438). G.n.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, SP: Malheiros, 2008, p. 467.

<sup>75</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 13ª Ed., SP: RT, 2019, p. 153. No mesmo sentido: GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Noção de Pessoa no Direito Brasileiro**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais. Direito Civil. Parte Geral. Pessoas e Domicílio*, V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56-58. Vale a transcrição de **doutrinadores clássicos** com mesmo pensamento: “3. **Pontes de Miranda** (*‘Tratado de Direito Privado’*, t. I, 3ª ed., pp. 153-55) identifica personalidade com capacidade de Direito, mencionando ser pessoa o titular do direito, o sujeito do direito, consistindo a personalidade na capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações, exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Daí a afirmação: **‘Capacidade de direito e personalidade são o mesmo’** (ibidem, p. 155). 4. Parece-nos proceder a observação de **Serpa Lopes**, com todas as venias a opiniões diversas dos doutos, na feliz concepção do Prof. **Caio Mário da Silva Pereira** (*‘Instituições de Direito Civil’*, v. I, 1971, p. 141), remontando a **Clóvis e Cunha Gonçalves** (nota 1), de que **a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa**, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Mais adiante, buscando apoio em **De Paige** (nota 9, p. 145), assevera ser a personalidade ‘ponto de apoio de todos os direitos e obrigações’. Outra não é a perspectiva de **Clóvis Beviláqua**, tanto nos ‘Comentários’ (v. I, ao art. 2º), quanto em sua *‘Teoria Geral do Direito Civil’* (Francisco Alves, 7ª ed., 1955, p. 63 e ss). No último, obriga-prima de doutrina geral do *‘Direito Privado brasileiro’*, ensina seu Autor (p. 53, §4º) que *‘cumpre distinguir a personalidade da capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou, com diz Teixeira de Freitas, o modo de ser geral das pessoas. Clóvis, na nota (1, p. 63, da última obra citada), respeitante à conceituação de Teixeira de Freitas da capacidade como ‘o modo de ser geral das pessoas’, diz confundir-se capacidade de direito com a própria personalidade, havendo, todavia, em suas ‘Lições de Direito Comparado’, posto de lado esse dualismo da capacidade. [...] A capacidade de direito é, pois, a aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos na vida civil. [...] 10. Com proficiência, doutrina o eminente Min. José Carlos Moreira Alvez (‘Direito Romano’, v. I, 5ª ed., p. 114) [...] com suma precisão, [...] A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade’*. Grifos nossos.

feto um ser humano, ele o seria em *posição singular*, de sorte que *mais coerente* com o sistema constitucional é entender que o feto não tem personalidade jurídica após a fecundação, mas personalidade condicional, pois o sistema constitucional trata das pessoas no contexto de seres humanos nascidos com vida.<sup>76</sup>

82. Abstraída a discussão da constitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre, objeto da ADPF 442, pendente de julgamento, uma **interpretação sistemática do Direito Objetivo Infraconstitucional** corrobora a ausência de “equivalência constitucional” entre nascituro e ser humano com personalidade jurídica, porque nascido com vida. Afinal, como bem lembra **Pontes de Miranda**, a própria criminalização do aborto com pena inferior ao homicídio já mostra que mesmo a legislação penal não “equipara” o nascituro ao ser humano nascido com vida.<sup>77</sup> Do contrário, estivesse “correto” (e não está) o argumento de senso comum antiaborto de que o aborto seria uma espécie de “homicídio” (sic), então a pena do crime de aborto seria a mesma do homicídio, o que não é nem nunca foi. Daí a peremptória posição do **autor**: “No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (=nunca foi pessoa)”, de sorte que “o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico”.<sup>78</sup> Isso significa que o ser humano só se torna “pessoa”, na acepção técnico-jurídica do termo, com o nascimento com vida, que é o elemento de sua eficácia, ou seja, a concepção só gera consequências jurídicas se o nascituro vier a nascer com vida. Esse o contexto da lição do **autor**, que, pouco antes, bem afirmou que “Pessoa é quem pode ser sujeito de direito [...] a pessoa já nasce com a titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direitos”,<sup>79</sup> que o nascituro, assim, não é, enquanto mero detentor de expectativa de direitos e não de direitos na acepção técnica do termo.

83. Essa é a interpretação que se coaduna com os **limites semânticos do art. 2º do Código Civil**, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, pelo dispositivo reconhecer como *pessoa* apenas o ser humano nascido com vida, de sorte que os proclamados “direitos do nascituro” são direitos em condição suspensiva, que se reconhecem ao nascituro-não-pessoa apenas se vier a *nascer com vida*, no

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76, 79, 81, 84-88.

<sup>77</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 227: “6. Tutela penal e ofensa à vida do homem concebido. Um dos problemas mais delicados dos nascituros é o da tutela penal contra a ofensa à vida do *conceptus sed non natus*. Todos sabem que o infanticídio é crime, que o é o aborto e a própria ofensa à vida do apenas concebido. Mas a diferença de penas indica que não se trata do mesmo crime”.

<sup>78</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 217 e 227. O autor atribui ao nascimento com vida a atribuição da eficácia do fato jurídico da concepção. Embora discorde da teoria da personalidade condicional, afirma que “Não há retroatividade [...] porque os efeitos do fato jurídico, em cujo suporte fático está a concepção (ainda sem nascimento), se produzem, sem qualquer pendência ou condicionalidade. [Daí que] o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico. O infans conceptus é suporte fático à parte; o suporte fático entra no mundo jurídico e, como fato jurídico, irradia eficácia. Com os elementos desse suporte fático, mais o nascimento com vida, compõe-se o suporte fático de que exsurge a pessoa. As noções de ficção, de substituição ou de retroatividade são, aquelas, supérfluas e essa, errada”.

<sup>79</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 215.

que tange à eficácia do fato jurídico concepção (cf. supra).<sup>80</sup> Daí o equívoco de pretender atribuir “personalidade jurídica” (a condição de “pessoa” no sentido técnico-jurídico) ao nascituro pela previsão de se resguardar seus “direitos”, pois esses direitos são garantidos por condição suspensiva apenas se o nascituro nascer com vida. E essa posição se justifica também pela lógica do **Direito Civil Constitucional**, como se percebe pela doutrina de **Paulo Lôbo** que, mesmo tendo posição peculiar nesse debate, discordando da equiparação entre personalidade jurídica (pessoa) e sujeito de direito, reconhece que ainda que se considere o nascituro como ser humano, ele não é uma pessoa humana e, assim, não é titular de direitos subjetivos constitucionais, pela **constitucionalização da (categoria jurídica) pessoa** ter ensejado o reconhecimento de direitos da pessoa humana, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e não de seres humanos que não se qualifiquem como pessoas, que são os seres humanos nascidos com vida, segundo a legislação infraconstitucional que é constitucionalmente válida por sua não-arbitrariedade e, assim, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Assim, o **autor** bem pontua que o nascituro não é titular do direito constitucional à vida, já que os direitos subjetivos constitucionais são garantidos à pessoa humana, não a um “ser humano que ainda não adquiriu a condição de pessoa” (cf. supra), para quem adota esta teoria sobre o nascituro. Posição coerente com a posição de **Robert Alexy**, no sentido de que por “‘direitos de proteção’ devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que se proteja contra intervenções de terceiros”, enquanto “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia”.<sup>81</sup> Afinal, não sendo o nascituro sujeito de direitos, não pode ser considerado titular de tais direitos. Vejamos, assim, a citada lição de **Paulo Lôbo**:

**Pessoa** é o sujeito de direito em plenitude, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos. **Todo ser humano nascido com vida é pessoa.** [...] O sistema jurídico poderia qualificar como pessoa o ser humano em desenvolvimento no ventre materno ou o embrião concebido *in vitro*. Todavia, **histórica e culturalmente, a qualidade de pessoa sempre foi conferida ao ser humano que nasceu com vida. O natimorto não é e nunca foi pessoa.** [...] **A opção do legislador brasileiro é a melhor**, principalmente se considerarmos que o conceito de sujeito de direito é mais abrangente, sem necessidade de expansão do significado de pessoa, com risco de sua caracterização. [...] O ser humano nascido com vida é pessoa física. Essa denominação é tradicional e continua adequada para os fins do direito civil. [...] O **conceito de pessoa física** foi enriquecido com a expansão do conceito de **direitos humanos**, a partir da **Declaração Universal** dos Direitos [Humanos], cujo **art. 1º** enuncia: ‘*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*’. Ainda que ‘homens’ seja entendido como gênero neutro, as declarações e convenções internacionais mais recentes optaram por **‘pessoa humana’**, denominação

<sup>80</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 215.

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, SP: Malheiros, 2008, p. 450-451. O autor cita que o Tribunal Constitucional alemão deixou “em aberto a titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro e escolhe uma solução objetiva em vez de subjetiva” (*Ibidem*, p. 452). No mesmo sentido: PIROTH, Bodo. SCHLINK, Bernard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, SP: Saraiva, 2012, p. 86: “136. “[...] o tribunal não decidiu ‘se o próprio nascituro é titular de direitos fundamentais ou se, pelo contrário, em virtude da falta de capacidade jurídica e jurídico-fundamental, é protegido no seu direito à vida ‘apenas’ pelas normas objetivas da Constituição!’”. Essa posição reforça a possibilidade de sopesamento/ponderação que permite a validade de leis sobre o aborto legal e seguro à luz dos direitos fundamentais das mulheres.

esta adotada pela **Constituição brasileira**, que estabelece, em seu **art. 1º** como principal fundamental **'a dignidade da pessoa humana'**. Assim, o conceito jurídico formal e operacional de pessoa física recebe o **influxo determinante** desse princípio fundamental. A **pessoa referida na Constituição** não se confunde com o indivíduo abstrato, pois é abrangente de suas dimensões afetivas, psicofísicas, sociais, políticas, culturais e até eletrônicas. A **constitucionalização da pessoa** transpõe a concepção do sujeito como mero centro de imputações de sujeitos e deveres. Nesse sentido é que se ressalta a transição do indivíduo para a pessoa, em processo concebido como **'repersonalização do sujeito'**. [...] O fim da escravidão e da servidão (a massa da população submetida aos senhores feudais) levou à fusão ou conjugação dos conceitos de homem, pessoa e capacidade civil, que se encontram concentrados no **ser humano, nascido com vida**. Nesse sentido, é a disposição do **art. 1º** do CC de 2002: *'Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil'*; complementada pela primeira parte do **art. 2º**: *'A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida'*. [...] No plano da teoria jurídica, **o conceito de pessoa envolve relação jurídica ou relacionamento com outras pessoas. Ninguém é pessoa sem estar em relação com alguém. É uma qualificação jurídica que constitui eficácia de fato jurídico específico**, mas sempre em razão de estar ou potencialmente poder estar em relação. [...]

**Nascituro** é o ser humano que se desenvolve no ventre feminino. [...] **Não é pessoa, nem mesmo 'pessoa por nascer'**, como pretendeu Teixeira de Freitas em seu *Esboço do Código Civil*, **pois ainda não dotado de personalidade jurídica**. Mas é sujeito de direito, pois o art. 2º do CC brasileiro dispõe que *'a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro'*. O nascituro já é ser humano e como tal sujeito de direito, ainda que não seja pessoa. É titular de direito atual e não futuro. [...] A **doutrina, que não consegue enxergar a natureza jurídica do nascituro como sujeito de direito, ou que confunde sujeito de direito e pessoa**, enreda-se em configurações que não convencem. Pontes de Miranda alude a alguns autores, que recorreram à *ideia de ficção jurídica* (ficção de já ter nascido), à *de direitos sem sujeito* (que, 'em vez de fingir o sujeito de direito, o escamoteava, o que é fingir o pior'), ou à *de herança sem dono até o nascimento*, ou à *de direitos futuros*, ou *'ade direitos com sujeito indeterminado*, ou à *de pessoa 'jurídica'* que antecederia a pessoa física, ou à *de pessoa sujeita a condição*, ou à *de representação* atribuída a curador do nascituro sem definir a existência jurídica do representado (1974, v. 1, p. 167). No Brasil, Silmara J. Chinelato e Almeida advoga a tese da personalidade do nascituro (=pessoa), 'apenas certos efeitos e certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança', o nascimento com vida seria apenas o elemento de eficácia total desses direitos (2000, p. 81); **Arnold Wald** afirma que o nascituro não é sujeito de direito porque *'há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver'* (2002, p. 118), para **Cario Mário da Silva Pereira**, *'não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito'* (2004, p. 217), confundindo pessoa e sujeito de direito. Essas explicações não se sustentam no direito brasileiro, a nosso ver.

A **Corte Europeia de Direitos Humanos**, em decisão de 8 de julho de 2004, considerou não ser desejável, sequer possível no presente momento, responder em abstrato à questão que procura saber se o nascituro é uma 'pessoa', no sentido do **art. 2º** da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual *'o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência'*. [...] Decidiu o **Supremo Tribunal Federal (RE 99.038)** que a proteção do nascituro é *'na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo'*. [...] Confunde essa decisão direito expectativo, que já existe, com expectativa de direito, o que ainda não

existe. **O nascituro é sujeito de direito expectativo (existente)**, o que o legitima a ser defendido, inclusive em juízo, por seu representante legal; é diferente da titularidade como pessoa, se nascer com vida, e de natureza diferente os direitos que advierem desse fato. Expectativa de direito é algo distinto: diz respeito a direito que ainda não se constituiu; portanto, não é ainda figura no mundo do direito, porque é suporte fático que ainda não se completou. O Código Civil também prevê situações específicas de **direitos expectativos do nascituro**: o **art. 542** prevê que a doação feita ao nascituro valerá se aceita por seu representante legal; o **art. 1.609** permite que o reconhecimento do filho possa preceder seu nascimento; o **art. 1.798** legitima à sucessão hereditária os já concebidos no momento do falecimento do autor da herança. Também se enquadra no conceito de direito expectativo o previsto no **art. 650 do CPC**, o qual estabelece que se um dos interessados na partilha decorrente de sucessão hereditária for nascituro, o quinhão que poderá lhe caber será reservado em poder do inventariante até o nascimento.

[...]

**Direito à vida. Quem nasce com vida tem direito a ela.** [...] No âmbito dos direitos da personalidade, o direito à vida diz respeito ao que nosso sistema jurídico considera como **pessoa, ou seja, o ser humano nascido com vida, que é seu termo inicial. Não se confunde, portanto, com o direito à vida em geral dos considerados seres humanos, inclusive do nascituro, que é sujeito de direito, mas ainda não pessoa, o que afasta a discussão entre as concepções natalistas e concepcionistas, que são fundadas em valores morais, religiosos ou filosóficos.** Entre a concepção e o nascimento há diversos estágios evolutivos que ensejam teorias diversas sobre o início da vida. Na **ADI 3.510**, o STF julgou constitucional o art. 5º da Lei 11.105/2005, que permite a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Na **ADPF 54**, o STF declarou possível a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. No **HC 124.306**, o STF considerou não haver crime de aborto na interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gravidez. Neste último julgado, o Tribunal considerou que a criminalização viola direitos fundamentais da mulher e o princípio da personalidade.<sup>82</sup>

84. **A relevância dessas considerações em uma ação focada no aborto legal e não no reconhecimento de um direito fundamental ao aborto no primeiro trimestre como o solicitado na ADPF 442 está em demonstrar a flagrante inconstitucionalidade da definição legal que dá primazia aos interesses do nascituro sobre os da mulher grávida, como faz a lei impugnada** (art. 3º, V). Assim, à luz da notória divergência mesmo na classe médica sobre quando se inicia a vida humana, mesmo quem adota a teoria concepcionista em termos filosóficos, que equipara a vida do feto sem atividade cerebral a uma vida humana, precisa concluir que, **à luz do Direito Objetivo e da dogmática jurídica**, a vida do nascituro simplesmente não tem o mesmo peso que a vida de ser humano nascido com vida. Assim, a **primazia** que a lei impugnada dá aos interesses do nascituro sobre os da mulher que quer efetivar **exercício regular de direito ao aborto legal e seguro** implica em inversão de valores, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais. Há uma **inversão de valores constitucionais** porque a Constituição não decidiu quando começa a vida humana ou se adquire personalidade jurídica, o que se denota por sua proteção à pessoa humana e ausência de consenso (majoritário) de parlamentares constituintes acerca do tema (cf. supra).<sup>83</sup> Há uma **inversão de valores infraconstitucionais** porque tanto as leis civis quanto penais dão expressa primazia aos interesses do ser humano nascido com vida

<sup>82</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte Geral. V. 1, 9ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 102-105, 108-109, 111 e 160.

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203.

relativamente ao nascituro, tanto que aquele tem *direitos subjetivos* e este tem, apenas, *expectativa de direitos sob condição suspensiva*, donde só se considerará titular deles com eficácia retroativa se e somente se nascer com vida. Isso, em si, significa a **violação dos princípios da razoabilidade e da isonomia** pela lei impugnada, à luz do núcleo de certeza deles relativo à vedação da **arbitrariedade legislativa**, pois é pura e simplesmente arbitrário (irracional) dar prevalência ao direito de nascituro sobre os da mulher cis ou homem trans que deseja efetivar o exercício regular de seu direito ao aborto legal. E isso em qualquer caso, pois se a pessoa tem o direito de realizar o aborto legal, é arbitrário e, por isso, inconstitucional que a lei coloque os interesses do nascituro em “primazia” sobre os da mulher cis ou homem trans em questão.

85. Mulheres e meninas em geral já têm sofrido **ataques ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro** em inúmeras situações, inviabilizando o exercício regular desse direito na prática, o que **vai piorar profundamente** se criadas “campanha(s) de conscientização”, o “dia de conscientização” e as “diretrizes da campanha de conscientização contra o aborto” (sic), como pretende a lei impugnada. Isso, em si, reforça a tese da **inconstitucionalidade total da lei impugnada**, por agravar o *Estado de Coisas Inconstitucional do Aborto Legal no Brasil*, como adiante se desenvolve nesta ação. Ao passo que, no mínimo, subsidiariamente, é preciso que esta Suprema Corte defina que **NÃO SE PODE ADMITIR a nomeação de “curador para nascituro” no contexto do aborto legal, para que se use o Judiciário como arma para implementar a ideologia antiaborto**. Isso porque, embora seja tradicional o entendimento da jurisprudência civilista de nomeação de curador para nascituro, isso foi criado no contexto de nascituro cuja mãe não pretende realizar o exercício regular de direito ao aborto legal e seguro, para proteger suas *expectativas de direitos* objeto de *condição suspensiva* (cf. supra), como nos casos de litígios ou necessidades gerais em processos de inventário. É uma profunda **deturpação teratológica** pretender a nomeação de “curador” para nascituro no contexto de tentar convencer a mulher a não efetivar o exercício regular do direito ao aborto legal. Cria-se uma **restrição inconstitucional ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro** ao se admitir que se crie um litígio com a mulher que procura pelo serviço de aborto legal e seguro. Essa “*pretensão resistida*” é exercida em nome de valores religiosos e morais conservadores em geral que não podem ser encampados pelo Estado em geral e pelo Judiciário, enquanto *Estado-Juiz*, em especial. Assim, é **absolutamente inconstitucional** a teratológica nomeação de “curador para nascituro” no contexto do exercício regular de direito ao aborto legal e seguro e isso precisa ser afirmado por essa Suprema Corte, ante os casos noticiados em que isso aconteceu (imagine-se o nível da subnotificação).

86. Daí, aliás, a **inconstitucionalidade das previsões legais** que permitem que o Estado promova eventos, mobilizações e atividades em geral para sensibilização social sobre suposto *direito do nascituro à vida* e das imputações penais notoriamente conhecidas sobre aborto ilegal, estimule a iniciativa privada em geral e ONGs em especial em um suposto “acolhimento” antiaborto e realize palestras com intuito de conscientizar as pessoas dos riscos do aborto, especialmente de crianças e adolescentes (art. 3º, I a V). Isso porque:

- (i) não há interesse público primário que isto justifique, na medida em que os **escassos recursos públicos, inclusive de pessoal e não só monetários**, precisam ser reservados para as demandas não atendidas por entidades privadas em geral. Nesse sentido, **não há carência na iniciativa privada** nas campanhas antiaborto, pois há poderosos setores financiamentos por entidades fundamentalistas que querem que seus valores religiosos pautem a interpretação do Direito Objetivo e as políticas públicas em geral, em franca contrariedade à proibição de relações de aliança ou dependência do Estado com as religiões objeto do princípio da laicidade estatal, cujas cooperações de interesse público obviamente devem se dar por *razões públicas* laicas e não por dogmas religiosos. A **carência real** está em campanhas de conscientização das mulheres ao exercício regular do direito do aborto legal e seguro e ao descabimento da pretensão de controle do corpo da mulher grávida que deseja exercer regularmente seu direito ao aborto legal e seguro. Assim, a lei impugnada perpetra nova inversão de valores que caracteriza **arbitrariedade** violadora dos princípios da razoabilidade e da isonomia, ao buscar dar *mais armas (político-jurídicas) a quem já tem melhores condições financeiras e sociais* de divulgar seus pontos de vista;
- (ii) não existe constitucionalmente e nem infraconstitucionalmente um "direito do nascituro à vida" (sic), pois a personalidade jurídica e os direitos constitucionais se adquirem com o nascimento com vida, resguardando-se os direitos do nascituro apenas na forma de expectativas de direito que gerarão titularidade de direitos de forma retroativa somente se ele vier a nascer com vida (cf. supra). Assim, inconstitucional que se promova um suposto "direito do nascituro ao nascimento com vida", porque não admitido na ordem constitucional. Sendo que, como se desenvolve adiante sobre a **inconvenionalidade** da lei impugnada, o art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos não implica em uma "proibição ao aborto" (sic), como algumas pessoas enviesadamente desejam. A uma, porque garante o direito à vida "em geral" desde a concepção e não "sempre" desde a concepção, o que demanda interpretar o dispositivo como não proibindo a aprovação de leis nacionais que legalizem o aborto, apenas impondo, por exemplo, que interrupções de gravidez praticadas *contra a vontade da mulher* (que não deseja o aborto) tenham que ser punidas penal, administrativa e civilmente pelo Estado (princípio da autonomia das instâncias, que permite penas de distintos ramos do Direito sem vedação ao *bis in idem*, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte). Sendo que essa foi a posição externada na **decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos** no caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica (2016), quando concluiu que a interpretação histórico-teleológica do dispositivo à luz das emendas rejeitadas que visavam retirar a expressão "em geral" dele significa que *é equivocado atribuir o status de "pessoa" ao embrião*, por ser dispositivo voltado à proteção e ao acolhimento da mulher grávida que deseja exercer a maternidade como parte de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e não proibir leis de aborto legal e seguro nos países americanos (itens 222

e 223, após explicação dos itens 194 a 221 da decisão). Assim, é evidente a convencionalidade de leis que legalizam o aborto, por ponderação que dê primazia aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que a Corte Interamericana reconhece protegidos pelo direito humano e fundamental à privacidade no citado precedente, inclusive à luz do direito a decidir o número de filhos(as) que se quer ter, previsto na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (parágrafos 86.2 e, especialmente, 131.1 e 131.1.1 desta peça). Assim, o dispositivo deve ser interpretado em contexto distinto daquele objeto de leis nacionais que permitam o aborto legal e seguro. Do contrário, chegaríamos à teratológica “conclusão” de “inconveniência” do aborto mesmo em casos de risco à vida da mãe e em casos de estupro, hipóteses notoriamente admitidas nos países democráticos em geral, em ponderação com o próprio direito à vida dela, no primeiro caso, e do seu direito a não ser submetida a situações que lhe causem profundo sofrimento subjetivo, no caso, pela violência sexual sofrida (equiparável à proibição de tratamentos cruéis ou degradantes à pessoa), no segundo. Por isso, *no mínimo*, sem entrar aqui no debate da ADPF 442 sobre o direito fundamental/humano ao aborto no primeiro trimestre, o dispositivo convencional deve ser interpretado sistematicamente com os direitos humanos à vida digna e à saúde da mulher, para admitir a convencionalidade de leis que legalizam o aborto.

- (iii) Sobre crianças e adolescentes, o **princípio da proporcionalidade em seus subprincípios da adequação e necessidade** tornam inconstitucionais tais medidas porque o *bem jurídico* que se quer ou deve proteger é a proteção de crianças e adolescentes contra a sexualização precoce relativa a atos sexuais contra si cometidos por pessoas adultas ou consideravelmente mais velhas (abuso de criança por adolescente consideravelmente mais velho, no caso). Por isso, as medidas legais são objetivamente *inaptas* a atender tal bem jurídico, que deve ser perseguido pelo *meio menos gravoso* ao exercício regular de direito ao aborto legal e seguro por menina grávida por estupro presumido de forma absoluta (sobre deploráveis e notórios muitos casos de gravidez de meninas com menos de 14 anos), que não podem ser impedidas de exercer tal direito, até por seus corpos não estarem plenamente preparados para a gestação. Meio menos gravoso este consistente na conscientização contra atos de abuso sexual, mediante aulas de educação sexual que lhes ensine que determinadas partes do seu corpo não podem ser tocadas de forma lasciva nem mesmo por pais, mães ou responsáveis legais,

87. Avançando um pouco mais na argumentação sobre os dispositivos constitucionais violados pela lei temos que falar sobre ofensa aos **objetivos fundamentais da República** Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais da República** Federativa do Brasil: I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária**; [...] IV - **promover o bem de todos**,

sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

88. Há **evidente ofensa aos objetivos da República** pela busca de repressão às mulheres que buscam o aborto legal. Embora de forma mal disfarçada, **a lei impugnada é uma legislação injusta e opressiva que desempara aquelas que mais necessitam em seu momento de maior vulnerabilidade.**

89. Se são objetivos da República a **promoção do bem de todas e todos sem qualquer discriminação**, por que mulheres que sofreram violência sexual, correm risco de vida ou gestam um feto anencéfalo deveriam ser obrigadas a passar pelo constrangimento de ouvir batimentos cardíacos de um feto, cuja gravidez decidem não levar a cabo?

90. Nesse sentido é crucial lembrar as hipóteses de aborto legal que são definidas no Código Penal em seu art. 128, bem como na **ADPF 54**:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

**ADPF 54. ESTADO – LAICIDADE.** O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. **FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA.** Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54 – Relator Ministro Marco Aurélio). Grifo nosso.

91. As hipóteses são explícitas e de fácil compreensão: **o aborto legal é feito quando a mulher cis ou o homem trans está no auge de sua vulnerabilidade**, quando vítima de estupro, risco de vida ou em caso de anencefalia. **Imagine-se forçar uma mulher cis ou homem trans em uma dessas situações a ouvir os batimentos cardíacos do feto? Trata-se de uma desumanidade teratológica vil e perversa, ou seja, absurdo completo, violador do princípio da dignidade humana da mulher cis ou homem trans gestante pelo sofrimento subjetivo que visa lhe impor**, e é precisamente isso que quer a lei impugnada, em seu art. 3º, inc. VI:

VI - garantir que o Estado forneça, assim que possível, o exame de ultrassom contendo os batimentos cardíacos do nascituro para a mãe; e

92. Há evidente **violação ao princípio da igualdade e não-discriminação**, afinal de contas é uma lei que tem o intuito ou, no mínimo, o efeito de oprimir mulheres cis em gestações fruto de violência, inviáveis ou que colocam sua vida em risco, que

afeta também homens trans, transfobicamente considerados como “mulheres” por pessoas que dizem se preocupar apenas com “sexo biológico” (sic), mas que usam termos (homem/mulher, masculino/feminino) relacionados apenas a gênero, conceito que dizem repudiar. Pois, se fossem falar só em sexo biológico, não poderiam falar em “homem/mulher”, mas apenas “macho/fêmea”, o que se pontua apenas para comprovar a inépcia/ignorância dessas pessoas que se rogam de supostamente pautadas na ciência, mas que se fundamentam unicamente por seus moralismos machistas e transfóbicos, neste caso. Afinal, **a partir do momento em que só pessoas de determinado sexo biológico e de determinados gêneros engravidam, então, à toda evidência, uma lei que limite o acesso ao aborto implica em uma restrição ao direito à autonomia corporal de tais pessoas**, que precisará passar nos testes da proporcionalidade e da igualdade para ter sua constitucionalidade reconhecida, o que *não* ocorre com o presente caso, como se demonstra nesta ação.

92.1. Com efeito, é mais que evidente que *qualquer* lei que limite a possibilidade do aborto legal, objeto da lei impugnada e desta ação, implica em uma **restrição aos direitos de autonomia corporal das mulheres**, na medida em que, pelo critério de gênero, como nas relações entre pessoas cisgênero só a mulher cis engravida e, conseqüentemente, pelo critério de sexo, só a fêmea engravida, uma lei que regula o aborto implica em inequívoca restrição e, conseqüentemente, discriminação à mulher/fêmea relativamente ao homem/macho. Beira a má-fé a tese de que uma lei que regula o aborto não implicaria nenhuma restrição a direitos fundamentais de autonomia corporal da mulher, pois **ainda que se diga que o intuito (a intenção) não é de discriminá-la, há um inegável efeito discriminatório desproporcional (e exclusivo) a mulheres relativamente a homens por tais leis. E bem se sabe que a discriminação indireta/não-intencional, é tão inconstitucional quanto a direta/intencional, inclusive por norma de tratado internacional em vigor no Brasil relativa a direito à não-discriminação das mulheres** (art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, internalizada pelo Decreto 89.460/1984, e, posteriormente, pelo Decreto 4.377/2002).

92.1. Em suma, **leis que permitam tentar convencer mulheres a não realizar o aborto (já) LEGAL(izado)** implicam em **restrição a direitos de autonomia corporal já reconhecidos por lei, que concretiza o direito fundamental à**

92.1.1. Cite-se que **não se aplica ao ordenamento constitucional brasileiro** a posição de *positivismo exegético* de conveniência da Suprema Corte dos EUA, em *Dobbs v. Jackson Women's Health Association* (2022), quando reafirmou que, a seu equivocado ver, leis que trazem restrições a fatos vivenciados por somente um dos sexos não implicariam, *por si*, uma *discriminação por sexo ou gênero* passível de escrutínio elevado, com presunção de inconstitucionalidade a ser superada somente pela prova de um *importante fim estatal* fortemente relacionado a tal classificação. Isso porque esse entendimento se baseia no fato de considerar inconstitucional apenas a *discriminação direta (intencional)*, a partir de precedente que concretizou lei que teria supostamente se limitado a reconhecer como ilícita a conduta baseada *“intenção discriminatória odiosa”* (“invidiously discriminatory animus”), bem como não considerou como uma *“classe”* passível de ser alvo de discriminação o grupo de *“mulheres que desejam realizar o aborto (legal)”*. A partir de densa discussão sobre o significado de precedentes antigos, a maioria do precedente em questão afirmou que

“uma intenção discriminatória baseada no sexo é algo além de efeito sexual discriminatório” (sic),<sup>84</sup> **o que prova que a Suprema Corte dos EUA rejeitou a lógica da discriminação indireta no contexto da discriminação por sexo ou gênero, o que é incompatível com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que já afirmou que o “mero” efeito discriminatório não-intencional é suficiente para configurar uma discriminação por sexo e gênero passível de ser declarada inconstitucional.** Ao passo que a maioria daquela Corte não enfrentou o fundamento notório de que a criminalização do aborto historicamente decorreu de *intenção* controle do corpo da mulher e limitação de sua vida ao âmbito doméstico, não obstante quem discorde de tal afirmação precisa enfrentar (além do ônus de enfrentar esse notório fato histórico) o fundamento do *efeito discriminatório não-intencional* de tais leis a mulheres cis e homens trans, já que, no Brasil, a **discriminação indireta** tem base de Direito Positivo e respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

92.2. Sobre limitações ao aborto em geral implicarem em discriminação sexual às mulheres, assim decidiu a C. 1ª Turma desta Suprema Corte no julgamento do **HC 124.306/RJ**,<sup>85</sup> quando bem se pontuou que “4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher,<sup>86</sup> que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante,<sup>87</sup> que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os

<sup>84</sup> Precedente: *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic* (1993). *Dobbs* cita, ainda, o precedente *Geduldig v. Aiello* (1974), quando a Corte decidiu que a exclusão de incapacidades ao trabalho decorrentes de *gravidez normal* de programa de seguro não implicaria uma discriminação por sexo ou gênero, por entender que estava relacionada ao cálculo atuarial de riscos assumidos e benefícios pagos e não a exclusão de mulheres do programa. Os votos vencidos viram discriminação sexual, pelo efeito discriminatório da lei sobre o gênero feminino, por só pessoas de sexo feminino engravidarem, e por isso submeteriam a lei em questão ao teste de escrutínio elevado, impondo a existência de um *relevante fim estatal fortemente relacionado* à classificação que exclui as incapacidades por *gravidez normal*, que afetam só o sexo feminino. Nesta ação, entende-se que a discussão sobre se uma lei tal implica ou não em discriminação sexual e/ou de gênero não pode ficar condicionada à consequência de (in)constitucionalidade da lei se chegar-se à conclusão de que ela é discriminatória às mulheres. Entende-se que a lei é discriminatória não só por *intenção* de discriminar pessoas de determinado grupo social (no caso, determinado sexo ou gênero), mas também quando tem efeito discriminatório não-intencional sobre ele. Para o que é relevante nesta ação, as decisões de *Geduldig* e *Bray* provam que a Suprema Corte dos EUA não considera haver discriminação por sexo ou gênero em leis que afetam apenas um sexo ou gênero no contexto específico de entender que o fato da regulação legal abarcar só um deles não significaria, por si, discriminação unicamente porque adota só o paradigma da discriminação *direta (intencional)* e não da discriminação indireta (não-intencional, mas com efeito discriminatório desproporcional sobre determinado grupo social), bem como por sua visão descabidamente restritiva do que configura uma “classe” de pessoas passível de ser discriminada.

<sup>85</sup> Em defesa da decisão: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Direito Fundamental ao Aborto**. JOTA, 05.12.2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-fundamental-ao-aborto-05122016>>. Também disponível em: <<https://jornalggn.com.br/artigos/o-direito-fundamental-ao-aborto-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti/>>. Acessos: 26.01.2024.

<sup>86</sup> No inteiro teor: “27. A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade”.

<sup>87</sup> No inteiro teor: “26. Em segundo lugar, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria,

efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.<sup>88</sup> 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos" (grifos nossos).<sup>89</sup>

93. Como se vê, **leis como a ora impugnada visam discriminar a vítima de um crime ou de um infortúnio**, gerando a revitimização de quem precisa de acolhimento e não de julgamento. E fala-se leis, no plural, porque vivemos um período em que, pelas facilidades da internet e de redes sociais, setores reacionários e fundamentalistas têm se articulado para apresentação de Projetos de Lei de conteúdo idêntico ou equivalente ao longo do país, então esta Suprema Corte precisará se preparar para diversas ações sobre leis de conteúdo equivalente.

---

pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher".

<sup>88</sup> No inteiro teor: "A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da igualdade de gênero. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, 'se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta' (ADPF 54-MC, j. 20.10.2004)".

<sup>89</sup> Embora reiterando que **o objeto desta ação é a declaração de inconstitucionalidade de restrições ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro**, é preciso consignar que é notório e incontestável que a própria criminalização do aborto foi historicamente criada para controlar o corpo das mulheres cisgênero, para limitá-las ao papel social de reprodução, a partir de teses geralmente fundamentalistas contrárias à laicidade estatal e à dignidade humana delas como fins em si mesmas e não meios para a consecução de outros fins ou ideologias, como a ideia cristã de "supremacia" do homem sobre a mulher e a limitação desta ao âmbito doméstico, cuidando da família daquele, enquanto "provedor". Negar que a criminalização do aborto decorre de histórico intuito de controle do corpo da mulher cisgênero beira a má-fé por tão notório e evidente é esse fato à luz de mínimos estudos acerca do tema. Ao passo que mesmo quem acolha essa teratológica tese negacionista, manifestamente violadora do princípio da boa-fé objetiva enquanto padrão de conduta impositivo à pessoa mediana, pelo paradigma da pessoa prudente, não se pode negar que há, no mínimo, um incontestável efeito discriminatório não-intencional em leis que limitam o acesso das mulheres ao aborto que deve se submeter ao escrutínio estrito dos três testes do princípio da proporcionalidade e ao teste de não-arbitrariedade do princípio da igualdade (de gêneros) para que seja considerado "constitucionalmente válido", validade esta que **não admite limitações ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro**. Daí que quem defenda a "constitucionalidade" da criminalização do aborto precisa justificar isso à luz dos testes da igualdade de gêneros e de proporcionalidade, à luz da restrição intensa que isso gera à autonomia das mulheres ao controle ao próprio corpo, algo que as decisões de Direito Constitucional Comparado que reconheceram o direito ao aborto afirmaram que não se justifica enquanto o feto não tem viabilidade de vida extrauterina (*Roe v. Wade*, 1973, e *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 1992). Algo que se aplicará, com muito mais razão, quando o feto não tem atividade cerebral apta a lhe causar dor, que gera o critério do primeiro trimestre,<sup>89</sup> pois se o fim da vida humana se dá pela morte encefálica ("morte cerebral"),<sup>89</sup> mesmo enquanto haja "vida biológica (sem atividade cerebral)", o início da vida precisa se dar da mesma forma, por analogia, sob pena de arbitrariedade violadora dos princípios da razoabilidade e da isonomia. E **invoca-se essa discussão mais geral nesta ação que se foca apenas no aborto (já) legal(izado) porque**, se a própria criminalização do aborto em geral já implica em uma restrição de direitos de liberdade das mulheres, então **com muito mais razão** uma lei que possibilita que o Estado se oponha ao exercício regular do direito ao aborto legal e seguro implica em uma **restrição a direitos de autonomia corporal da mulher** em um momento de tamanha vulnerabilidade.

94. Nesse sentido devemos citar a **Pesquisa Nacional do Aborto 2021** revela que 52% (cinquenta e dois por cento) das mulheres cis que abortaram tinham menos de 19 anos quando fizeram seu primeiro aborto, 46% (quarenta e seis por cento) tinham entre 16 e 19 anos e 6% (seis por cento) eram meninas de 12 a 14 anos, sendo que a maior parte dos abortos foram realizados por mulheres negras e indígenas.

95. Isso se dá em razão de que mulheres com esse perfil possuem, em geral, menos condições socioeconômicas de realizarem um aborto legal e seguro.

96. Já o **Anuário de Segurança Pública de 2023** (p. 58) nos mostra que 56,8% (cinquenta e seis vírgula oito por cento) das vítimas de estupro no Brasil são mulheres negras.

97. A lei impugnada agirá de maneira desproporcional discriminando ainda mais aquelas que já são a maioria de vítimas desse crime tão repugnante.

98. A lei viola o **princípio da autonomia da vontade das mulheres, imanente ao direito fundamental à liberdade geral**, tentando tolher a liberdade da mulher cis e do homem trans que, mesmo com amparo pela legislação federal, decide realizar o que lhe é garantido. A autonomia da vontade no Direito Brasileiro e o **direito à autodeterminação sobre o próprio corpo** são conceitos fundamentais que se entrelaçam e refletem a valorização da liberdade e da dignidade individual na legislação e na jurisprudência. Questões como a legalidade do aborto e o acesso a métodos contraceptivos também envolvem a interseção entre autonomia da vontade e autodeterminação sobre o corpo. Como se vê, ele é diretamente ligado, ao princípio da dignidade da pessoa humana conforme explica o **Ministro Gilmar Mendes** em seu Curso de Direito Constitucional com o agora Procurador-Geral da República, Paulo Gonet Branco:

A discussão sobe de ponto quando consideramos que o princípio da autonomia da vontade, mesmo que não conste literalmente na Constituição, acha no Texto Magno proteção para os seus aspectos essenciais. A Carta de 1988 assegura uma liberdade geral no caput do seu art. 5º e reconhece o valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CF) – dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação. Confirma-se o status constitucional do princípio da autonomia do indivíduo.

99. Já o **Ministro Alexandre de Moraes**, em sua obra Direito Constitucional, afirma sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

100. **A autonomia da vontade é indissociável da dignidade da pessoa humana**, definida pelo Ministro Roberto Barroso como “*corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na própria concepção de bem, sem influências externas indevidas*”. Isso ante o **conteúdo consensual** do princípio da dignidade humana como garantidor do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, pelas pessoas humanas serem fins em si mesmas e não meios para consecução de outros fins, por terem dignidade e não preço,<sup>90</sup> em termos de autonomia moral para reger a própria vida, na busca da própria felicidade à luz do seu ideal de vida boa em tudo que não prejudique terceiros(as),<sup>91</sup> em termos do direito fundamental à liberdade substantiva e não meramente formal.<sup>92</sup>

101. É a capacidade de exercer o preceito fundamental da cidadania sem quaisquer discriminações ou opressões, seja pelo Estado ou entre particulares, está ligada à própria Cidadania enquanto possibilidade de viver com dignidade.

102. Seguindo adiante, por óbvio, viola o princípio do **direito fundamental à saúde**, previsto expressamente no *caput* do art. 6º da CF, assim como os arts. 196 a 198. Com efeito, **a restrição ao direito ao aborto seguro e legal visa restringir o direito à saúde**, pois não há como dissociar uma coisa da outra, especialmente nos casos de

---

<sup>90</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad.: Leopoldo Holzbach. SP: Martin Claret, 2002, p. 58-59 e 65. Daí John Rawls corretamente afirmar que nem mesmo o bem comum da maioria pode justificar o sacrifício dos direitos fundamentais de uma minoria, de sorte que “*o direito à felicidade é o direito de planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências legítimas, considerando, nesta tarefa, ainda que minimamente, chances de êxito*” (cf. LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**, SP: Almedina Brasil, 2017 p. 291) – não que o estado vá julgar o que é racional ou não, mas apenas evitar que a “*dimensão subjetiva de bem-estar individual*” possa legitimar a opressão a terceiros e minorias. Cf. Segundo RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, Trad.: Jussara Simões, SP: Martins Fontes, 2008, p. 4: “*Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar*”.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. “**Here, there and everywhere**”. Human Dignity in contemporary law and in the transnational discourse, p. 70-71. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1945741>>. Acesso: 08 jan. 2012. Posteriormente, o texto foi traduzido: BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial, 4ª Reimpr., BH: Forum, 2014; LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**, SP: Almedina Brasil, 2017, p. 23, 293-321 e 325-334; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121-122; SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões de Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 21-22; **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2.ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37.

<sup>92</sup> Fundante de todo o Direito Privado, o conteúdo *jurídico* do **direito fundamental à liberdade** não se refere à possibilidade de fazer *quaisquer* coisas, ao contrário do que o senso comum (inclusive teórico da comunidade jurídica) quer fazer crer. Não é qualquer lei que proíba condutas ou imponha requisitos para sua prática que “*limita juridicamente*” o direito à liberdade. Isso porque o sentido *liberal* de liberdade se refere à possibilidade de se fazer o que se quiser desde que não se prejudiquem terceiros(as); contrapõe-se ao sentido *comunitarista*, que de maneira sintética pode ser definido como permitindo a prática de condutas compatíveis com os valores sociais (comunitários) hegemônicos. Logo, não há limitação da *liberdade jurídica* (do liberalismo) de alguém por uma lei que lhe impede de praticar conduta que gera prejuízo a terceiros(as). Consagrado desde as Revoluções Liberais e suas Declarações de Direito, consagrou-se com sua positivação no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pós-Revolução Francesa. Esse é o conteúdo do direito à *liberdade substantiva*, sendo que o direito à *liberdade formal* está na segunda parte do mesmo dispositivo histórico e no dispositivo seguinte: restrições de direitos só se admitem por lei – e lei que se baseie na necessária proteção dos direitos de outras pessoas, retomando, aqui, o caráter substantivo do direito de liberdade. Veja-se a íntegra do dispositivo (abstraindo-se sua menção a *direitos naturais*, para entendê-la como direitos em geral): “*Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei; Art. 5º. A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene*”.

anencefalia ou de risco para a gestante. Nesse sentido, vale citar o julgamento do **RE 241.630/RS** (Rel. Min. Celso de Mello):

o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.

103. Importante aqui trazer o **conceito de saúde** da Organização Mundial da Saúde como *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”*. O conceito da OMS é relevante por mostrar que a saúde incorpora também o bem estar mental e social, a **Lei Maria da Penha**, por exemplo, em seu **art. 7º, II** estabelece o que seria a violência psicológica, assim vejamos:

**II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;**

104. **Uma mulher cis em condições de vulnerabilidade (hipóteses de aborto legal) ser obrigada a ouvir os batimentos do feto corresponde inequivocamente, de maneira cristalina, ao que é definido como violência psicológica**, é uma ofensa à saúde mental que pode caracterizar tortura, o que também se aplica a homens trans, como veremos adiante.

105. Temos ainda que abordar o princípio do direito ao planejamento familiar, previsto no **art. 226, §7º da CF**:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, **vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas**. (Grifos nossos).

106. O **direito ao planejamento familiar** constitui direito fundamental, estando fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, embora esta ação se limite ao aborto legal e não à descriminalização do aborto como um todo e não obstante a proteção de mulheres se dê por fundamentos que transcendem a ótica

familista, **estabelecer restrições ao direito ao aborto legal é como dizer que a mulher cis ou o homem trans não é sujeito de direito passível de exercício regular de direito pela via do aborto legal, mas uma criatura abjeta que deve ser tutelada pelo Estado, pelo marido, pelas instituições religiosas etc.** Obviamente, o aborto legal não é usado como "método contraceptivo" como se fosse um pílula anticoncepcional, como pessoas ideólogas anti-aborto querem fazer crer, mas também se enquadra no âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental ao planejamento familiar. Segundo **Maria Berenice Dias:**

**Imposições outras limitam a liberdade feminina.** A situação de submissão que o modelo patriarcal da família ainda impõe à mulher não lhe permite negar-se ao contato sexual. Persiste ainda a infundada crença de que o chamado débito conjugal faz parte dos deveres do casamento. A vedação de origem religiosa ao uso de métodos contraceptivos submete a mulher à prática sexual sem que possa exigir o uso da popular camisinha. Diante de todas essas restrições, imperativo é reconhecer que a gravidez não é uma escolha, havendo a necessidade de admitir-se sua interrupção. Atentando a essa realidade é que **a Constituição (art 226, § 7º), ao proclamar como bem maior a dignidade humana e garantir o direito à liberdade, subtraiu o aborto da esfera da antijuridicidade.** No momento em que é admitido o planejamento familiar e proclamada a paternidade responsável, não é possível excluir qualquer método contraceptivo para manter a família dentro do limite pretendido. Assim, **frente a norma constitucional, que autoriza o planejamento familiar, somente se pode concluir que a prática do aborto restou excluída do rol dos ilícitos penais.** Mesmo que não se aceite a interrupção da gestação como meio de controlar a natalidade, inquestionável é que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem e, somente se for respeitado o direito ao aborto, a decisão sobre o planejamento familiar se tornará efetivamente livre. O preceito constitucional foi além. Atribuiu ao Estado o dever de assegurar os meios necessários para que a família possa decidir sobre sua extensão: **compete ao Estado propiciar recursos educativos e científicos para o exercício desse direito. Isso significa fornecer informações sobre métodos preventivos e disponibilizar meios contraceptivos. Não só distribuir camisinha, pílula anticoncepcional, pílula do dia seguinte, colocar DIU e realizar laqueadura. Também deve proceder à interrupção da gestação por médico habilitado e pela rede pública de saúde.** Ainda que não deva o aborto ser utilizado como método de controle da natalidade, não se pode afrontar a liberdade da mulher de optar pelo número de filhos que deseja ter. Portanto, além de não poder proibir a interrupção da gravidez, o Estado tem o dever de proporcionar recursos para sua prática, assegurando os meios para sua realização de forma segura. Em face da falta de recepção pelo novo sistema jurídico, perdeu o aborto seu caráter ilícito não só nas hipóteses em que é possível sua prática. A questão deixou de ser penal. Tornou-se uma grande questão social pois a clandestinidade em que é realizado põe em risco a vida de milhões de mulheres.<sup>93</sup>

107. O estipulado pela lei em comento representa tortura, tratamento desumano e degradante, o que viola o **art. 5º, III da CF:**

<sup>93</sup> DIAS, Maria Berenice. **Direito Fundamental ao Aborto.** In: IBDFAM, 03.10.2005. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/583/Direito+fundamental+ao+aborto>>. Acesso: 16.01.2024. Grifos nossos.

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **III** - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

108. Fato é que na interpretação *criminal*, por força do princípio da reserva legal, **tortura** é o que está definido na legislação, mas o tratamento aqui descrito, por mais que não caracterize crime, representa o significado da expressão em searas não-penais. E como estamos falando de **proteção da dignidade de mulheres**, absolutamente cabível a invocação da analogia *in bonam partem*, para protegê-las(os) de práticas que sejam análogas à tortura, como a do desumano, nefasto e teratológico dispositivo que visa mostrar à mulher gestante imagem de ultrassom do feto (inc. VI do art. 3º da Lei impugnada).

109. **Fazer com que uma mulher cis ou homem trans em estado de vulnerabilidade passe pelo constrangimento descrito nos incisos V e VI da lei impugnada equivale à tortura, podendo causar dores físicas e/ou mentais que podem gerar traumas irreparáveis**. Imagine-se, ainda, se for uma menina vítima de estupro de vulnerável, para se entender o caráter de *lesa-humanidade* da lei em questão.

110. Impossível seria redigir uma peça sobre essa natureza sem citar o **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**, documento de extrema importância para que os julgamentos usem, parafraseando a sempre Conselheira do Conselho Nacional de Justiça Ivana Farina, as lentes que permitem que possamos enxergar os desafios enfrentados pelas mulheres na sociedade brasileira. Do mesmo modo, impossível o Supremo Tribunal Federal redigir um acórdão sem levar em conta esta perspectiva que, por sua relevância constitucional e internacional dos direitos humanos, é vinculante

111. O grupo de trabalho do protocolo teve início em fevereiro de 2021 sob a liderança da Dra. Ivana Farina, e contou com a participação de gabaritados profissionais de vários setores do Direito, sendo que seus trabalhos foram concluídos em 19 de outubro daquele ano.

112. Ocorre que, durante a vigência do grupo de trabalho, no dia 7 de setembro de 2021, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Marcia Barbosa vs. Brasil, tendo a sentença estipulado várias medidas a serem adotadas, incluindo as que se encontram estabelecidas, respectivamente, nos itens 9 e 11 que:

9. O Estado criará e implementará um plano de formação, capacitação e sensibilização continuada para as forças policiais responsáveis pela investigação e para operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, nos termos do parágrafo 196 da presente Sentença.

[...]

11. O Estado adotará e implementará um protocolo nacional para a investigação de feminicídios, nos termos dos parágrafos 201 e 202 da presente Sentença.

113. Avançando no tempo, no dia 25 de outubro de 2021, a então presidenta da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Elizabeth Odio Benito, participou da mesa de abertura do 5º Encontro Nacional de juízes e juízas negras, ocasião em que recebeu cópia do protocolo de julgamento sob perspectiva de gênero do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

114. Importante ressaltar, entretanto, que a publicação da sentença só ocorreu em dezembro daquele ano, ou seja, o Brasil cumpriu a determinação da criação do protocolo antes mesmo de surtirem os efeitos da sentença e foi além, estabeleceu um protocolo mais amplo que o determinado pela Corte IDH.

115. Em fevereiro de 2022 o protocolo recebeu caráter de recomendação após votação no pleno do CNJ, sendo que em março de 2023 se transformou na resolução 492/2023 com caráter vinculante ao Poder Judiciário.

116. Sentimos a necessidade de contextualizar a história do protocolo para demonstrar a necessidade de sua aplicação em casos de controle concentrado. Passamos agora a trazer as especificidades do documento para o caso em comento.

117. A primeira parte do protocolo estabelece conceituações sobre a questão de gênero, dentre eles merecem destaque a violência psicológica e a violência institucional, assim vejamos:

**Violência psicológica:** Intimidação, ameaças de violência física à vítima, a pessoas a ela relacionadas e ao próprio abusador, gaslighting, isolamento, cárcere privado, ataques à autoestima, ofensas, exposição em redes sociais, revista vexatória. A Lei n. 14.188/2021 alterou o Código Penal para criminalizar esse tipo de violência no art. 147-B". **Violência Institucional:** Violências praticadas por instituições, como empresas (ignorar ou minimizar denúncias de assédio sexual), instituições de ensino (permitir atividades sexistas, como trotes e/ou músicas machistas), Poder Judiciário (expor ou permitir a exposição e levar em consideração a vida sexual pregressa de uma vítima de estupro, taxar uma mulher de vingativa ou ressentida em disputas envolvendo alienação parental ou divórcio).

118. Além disso traz orientações sobre o tratamento dado às mulheres levando em consideração suas interseccionalidades, ou seja, os marcadores sociais que perpassam a questão de gênero, como demonstrado anteriormente quando citamos a Pesquisa Nacional do Aborto (par. 94) e o anuário de segurança pública, fazem com que mulheres negras, indígenas ou com outros marcadores sociais estejam mais propensas a sofrerem violência sexual ou realizarem abortos.

119. Importante ressaltar ainda que o protocolo tem um tópico específico sobre a questão do aborto, que traz a seguinte orientação: *"Nos crimes de aborto e infanticídio, porque a autoria pode ser, no mais das vezes, atribuída à mulher, magistradas e magistrados devem estar especialmente atentos à influência que os estereótipos podem afetar os argumentos da acusação e da defesa e os fundamentos da decisão."*

120. Sobre **estereótipos e estigmas**, ratifica-se a doutrina de **Adilson José Moreira**:<sup>94</sup>

59/93

Estigmas são responsáveis pela transformação de certos grupos em castas sociais, um processo que impede o reconhecimento deles como pessoas que devem ter a mesma consideração e respeito. Práticas discriminatórias decorrem de divisões de status cultural entre membros de grupos sociais, distinções que legitimam práticas discriminatórias em todas as outras áreas. Por esse motivo, um dos objetivos centrais desse ramo do Direito deve ser a criação de uma realidade na qual as pessoas possam viver livres de estigmas.

121. Dessa maneira, entendemos que a lei se baseia em falsas premissas e estereótipos concebidos por parcela da sociedade de que a função da mulher é tão somente parir, o que por tudo exposto nessa peça não deve prosperar.

### INCONVENCIONALIDADE DA LEI IMPUGNADA

122. Inicialmente, pontue-se a **competência do STF para o controle de convencionalidade**, à luz do disposto no art. 5º, §2º, c.c art. 102, III, “d”, da CF/88. Afinal, considerando que os direitos e as garantias fundamentais constantes do texto constitucional não excluem outros(as) decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, §2º, consagrador de nosso *bloco de constitucionalidade* que abarca referidos tratados) e considerando que cabe recurso extraordinário ao STF quando haja decisão estatal que negue vigência a norma oriunda de tratado internacional (entendendo-se dessa forma a atécnica menção a declaração de inconstitucionalidade de tratado, já que o que teria inconstitucionalidade declarada seria o Decreto Federal que o internaliza), tem-se a competência de nossa Suprema Corte para realizar o controle de convencionalidade no Brasil. Isso, obviamente, sem prejuízo de denúncias do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos se mesmo decisão do Supremo Tribunal Federal não gerar pleno respeito a direitos humanos convencionalmente obrigatórios no Brasil, pelo parâmetro (*standard*) do **princípio in dubio pro dignitate**, segundo o qual, no conflito entre normas de Direito Interno e Internacional de Direitos Humanos, deve ser aplicada a mais protetiva à pessoa humana.<sup>95</sup>

123. Ressalte-se que essa competência constitucional do STF não evita, por exemplo, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos seja buscada, caso mesmo com decisão do STF não houver pleno respeito aos direitos humanos convencionalmente obrigatórios ao país.

124. A lei impugnada viola a determinação de **não admissão de restrições, tal como positivado pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos**

<sup>94</sup> MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**, São Paulo: ContraCorrente, 2020.

<sup>95</sup> NEME, Eliana Franco. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A Hierarquia Normativa (Constitucional) dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. O Caso Brasileiro e uma Proposta de Teoria Geral. In: Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1.2015:Barcelona, ES). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Org. José Querino Tavares Neto, Valesca Raizer Borges Moschen. – Barcelona : Ediciones Laborum, 2015, p. 339-358. Disponível em: <<https://observalei.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/05/CONPEDI-BARCELONA.pdf>>. Acesso: 15.08.2023.



**Humanos** em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais ("Protocolo de São Salvador"), internalizado no Brasil pelo **Decreto Federal n.º 3.321/1999**, *in verbis*:

60/93

### **Artigo 3 Obrigação de não discriminação**

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

### **Artigo 4 Não-admissão de restrições**

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

### **Artigo 5 Alcance das restrições e limitações**

Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.

125. Como se vê, por ser uma lei que viola o dever convencional de não-restrição a direitos e garantias asseguradas por tratados internacionais de direitos humanos, **a lei impugnada ofende o próprio princípio da proibição do retrocesso**, uma vez que o aborto legal é garantido por legislação federal brasileira e por decisão da Suprema Corte, não podendo ser restringida por lei estadual. O que gera a **inconstitucionalidade formal** supra denunciada e inconstitucionalidade material também por este fundamento (art. 5º, §2º, da CF/88 c.c art. 5º do Protocolo de São Salvador, internalizado pelo Decreto Federal 3.321/1999. Assim, a lei impugnada viola o **princípio da proibição do retrocesso**, já que o aborto legal é garantido há anos sem tais limitações.

126. Sobre o tema, faz-se necessário citar decisão do STF no **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 639.337/SP**:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – **O princípio da proibição do retrocesso impede**, em tema de direitos fundamentais de caráter social, **que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive**. – **A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos** a prestações positivas do Estado (**como o direito à educação, o direito à saúde** ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total

ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (STF, AgRE 639.337/SP – Rel. Min. Celso de Mello)

127. Desse modo, a inconvenção gera inconstitucionalidade já que tratados internacionais na temática de Direitos Humanos à luz do **art. 5º, §2º, da CF/88**, segundo a melhor doutrina, quando ratificados incorporam o ordenamento jurídico brasileiro com força constitucional. Isso porque, à luz do nosso *Direito Constitucional Positivo*, essa inconvenção gera uma **inconstitucionalidade**, na medida em que, segundo a melhor doutrina, **os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos têm status constitucional**, pelo art. 5º, §2º, da CF/88 afirmar que os direitos fundamentais de nossa Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país, donde os reconheceu *também* como direitos *constitucionais*, até mesmo pela igualdade ontológica da natureza jurídica de direitos *fundamentais* (constitucionais) e *humanos* (convencionais, por previstos em tratados e convenções internacionais). Assim, inequívoco o cabimento do controle de constitucionalidade sob esta perspectiva, requerendo-se a superação do entendimento desta Suprema Corte que ainda não acolheu essa hierarquia constitucional dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos, embora à luz do princípio *in dubio pro dignitate* (cf. item 60, supra).

128. **Subsidiariamente**, não acolhida a tese da hierarquia constitucional supra referida, a inconvenção aqui denunciada gera a invalidade da lei impugnada pelo **status supralegal**, embora infraconstitucional, dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos, consoante entendimento ainda vigente nesta Suprema Corte, mas que se considera, com todas as *venias*, equivocado pela fundamentação apresentada no item anterior, que se entende que não foi infirmada pela fundamentação de tais precedentes. Mas seja como for a questão da hierarquia normativa dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos, vale lembrar que o parâmetro para interpretação dos direitos humanos na ordem nacional é o do **princípio in dubio pro dignitate, inclusive expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos** (art. 29), o que significa que a hierarquia normativa entre direitos constitucionais e convencionais não é *formal e rígida*, no sentido de sempre ser de determinada forma, mas *material e flexível*, no sentido de que, **no conflito entre direito humano/convencional e direito fundamental/constitucional, prevalecerá aquele que melhor protege as pessoas**, sem dar prevalência a um ou outro apenas pelo documento normativo em que formalizado.<sup>96</sup>

129. Sendo assim, quando alguma lei federal, estadual, etc, viola tratados de matéria constitucional ratificados há inconvenção que pode ser discutida pela Suprema Corte brasileira. Isso porque, ainda que os tratados não tivessem status constitucional, quando incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro estariam em choque com a legislação estadual, fazendo com que a lei impugnada não pudesse prosperar.

<sup>96</sup> NEME, Eliana Franco, VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A Hierarquia Normativa (Constitucional) dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. O Caso Brasileiro e uma Proposta de Teoria Geral. In: Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1.2015:Barcelona, ES). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Org. José Querino Tavares Neto, Valesca Raizer Borges Moschen. – Barcelona : Ediciones Laborum, 2015, p. 339-358. Disponível em: <<https://observalei.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/05/CONPEDI-BARCELONA.pdf>>. Acesso: 15.08.2023.

130. O **art. 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos fala expressamente no sentido da proibição da limitação de direitos, assim vejamos:

#### ARTIGO 29

Normas de Interpretação

**Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:** a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) **limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;**

131. Não é possível tratar da questão dos direitos das mulheres sem citar a **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, ratificada pelo Brasil por força do Decreto Federal 1.973/96, merecendo destaque em seu texto o art. 2º que trata da violência contra a mulher:

#### Artigo 2º

**Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.**

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

**c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.**

#### Artigo 3

Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

131.1. Nesse sentido, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4**, consagra o direito à vida, "em geral, desde o momento da concepção" (sic), cláusula condicional e não-absoluta que, todavia, tem sido interpretado por alguns como uma "proibição" ao aborto por quem não considera este "em geral", que é fundamental no dispositivo. Por isso, o dispositivo requer uma análise mais profunda e contextualizada, pois **o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem interpretado este artigo de maneira a considerar os direitos das mulheres, incluindo o direito à saúde, à integridade física e psicológica e à autonomia corporal.** A jurisprudência relevante do Sistema Interamericano enfatiza a **necessidade de balancear a proteção da vida com outros direitos humanos fundamentais. Isso inclui reconhecer que o acesso ao aborto legal e seguro, em determinadas circunstâncias, é parte integrante dos direitos das mulheres à saúde e à vida digna.** Portanto, uma interpretação rígida

do artigo 4 que proíbe completamente o aborto falha em considerar a complexidade e o equilíbrio necessários entre os diferentes direitos envolvidos. Além disso, o **princípio da aplicação da norma mais benéfica (*in dubio pro dignitate*)**, amplamente reconhecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelece que, em caso de conflito entre normas, deve-se aplicar aquela que é mais favorável à pessoa afetada. Este princípio é fundamental para garantir o mais alto padrão de proteção aos direitos humanos e tem implicações significativas na interpretação do direito ao aborto. No contexto da Convenção Americana, isso significa que, mesmo diante de normativas que possam parecer restritivas ao aborto, deve-se **priorizar a interpretação que melhor protege os direitos das mulheres**, até porque o nascituro/feto não é “pessoa” na acepção técnico-jurídica do termo, segundo a doutrina hegemônica acerca do tema e, no âmbito nacional, pelo art. 2º do Código Civil (cf. parágrafo 93, item “iii”), que deve ser visto como a *norma mais benéfica* em favor da pessoa, de sorte que mesmo quem discorde da exegese convencional aqui defendida, no mínimo, precisa se submeter ao princípio da aplicação da norma mais benéfica à pessoa, cujo conceito da legislação nacional infraconstitucional é mais protetivo às mulheres cis e aos homens trans no que concerne a seus direitos de autonomia e privacidade corporal (direito ao próprio corpo).

131.1.1. Essa exegese foi adotada pela **decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica (2016)**, quando concluiu que a interpretação histórico-teleológica do dispositivo à luz das emendas rejeitadas que visavam retirar a expressão “em geral” dele significa que é *equivocado atribuir o status de “pessoa” ao embrião*, por ser dispositivo voltado à proteção e ao acolhimento da mulher grávida que deseja exercer a maternidade como parte de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e não proibir leis de aborto legal e seguro nos países americanos (itens 222 e 223, após explicação dos itens 194 a 221 da decisão). Assim, é evidente a convencionalidade de leis que legalizam o aborto, por ponderação que dê primazia aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que a Corte Interamericana reconhece protegidos pelo direito humano e fundamental à privacidade no citado precedente, inclusive à luz do direito a decidir o número de filhos(as) que se quer ter, previsto na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Vejamos **trechos fundamentais da decisão** sobre o tema:

145. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual somente protege o direito à vida familiar em seu artigo 8, **a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar**. A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana está estreitamente relacionado com o direito reconhecido no artigo 17 da mesma. **O artigo 17 da Convenção Americana reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa e na sociedade em geral**. A Corte já afirmou que o direito de proteção à família leva, entre outras obrigações, a favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar. É um direito tão básico da Convenção Americana que não pode ser derogado, ainda que as circunstâncias sejam extremas. **O artigo 17.2 da Convenção Americana protege o direito a fundar uma família, o qual está amplamente consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos**. Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família.

146. Em segundo lugar, **o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva**, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O **direito à autonomia reprodutiva** está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito 'de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos'. **Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.** Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos.

[...]

163. **A Comissão afirmou que 'o artigo 4.1 da Convenção p[oderia] ser interpretado no sentido de conceder uma faculdade ao Estado de regulamentar a proteção da vida desde o momento da concepção, mas não necessariamente um mandato para conceder esta proteção'.** Argumentou que este artigo '**não estabelec[ia] um direito absoluto ou categórico em relação às etapas pré-natais da vida**' e que existia '**um reconhecimento internacional e comparado do conceito de proteção gradual e incremental da vida na etapa pré-natal**'. Acrescentou que '**a interpretação do artigo 4.1 da Convenção indica que o exercício de uma faculdade concebida por este instrumento internacional não está isento de escrutínio [da Corte] quando interfere com o exercício de outros direitos estabelecidos no mesmo, tais como, no presente caso, os direitos à vida privada, familiar, autonomia e a fundar uma família**'. [...] 166. O representante May alegou que '**o artigo 4.1 [da Convenção Americana não] contempla [...] dentro de seu conteúdo ou ratio legis o embrião**' e que os tratados internacionais de direitos humanos não contêm '**uma referência expressa da qual se possa deduzir que um embrião ou um pré-embrião são vida humana, menos ainda que seja pessoa humana ou ser humano**' [...]

[...]

172. **Até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que o presente caso suscita em relação ao direito à vida.** Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes atribuíveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em virtude deste papel fundamental designado na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito. Além disso, a Corte afirmou que o direito à vida pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa) e que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) de todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição. Isso inclui adotar as medidas necessárias para criar um contexto normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e proteger o direito a que não se impeça o acesso às condições que garantam uma vida digna. [...] 176. No presente caso, a Corte observa que o **conceito de 'pessoa'** é um termo jurídico que se analisa em muitos dos sistemas jurídicos internos dos Estados Parte. Entretanto, para os propósitos da **interpretação do artigo 4.1**, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à '**concepção**' e ao '**ser humano**', termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica. 177. O Tribunal constata que a Sala Constitucional optou por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começa a vida (par. 73 supra). A partir disso, a Sala Constitucional entendeu que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do

direito à vida (par. 73 supra). 178. A esse respeito, no presente caso as partes também enviaram como prova um conjunto de artigos científicos e de pareceres periciais que a seguir serão utilizados para **determinar o alcance da interpretação literal dos termos 'concepção', 'pessoa' e 'ser humano'. Além disso, a Corte se referirá ao significado literal da expressão 'em geral' estabelecida no artigo 4.1 da Convenção.**

[...]

185. Por outro lado, **em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida.** Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham. [...] 187. Nesse sentido, **a Corte entende que o termo 'concepção' não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece.** Prova do anterior, é que somente é possível estabelecer se foi produzida ou não uma gravidez uma vez que se implantou o óvulo fecundado no útero, ao se produzir o hormônio denominado 'Gonodotropina Coriônica', que somente é detectável na mulher que tem um embrião unido a ela. Antes disso, é impossível determinar se no interior do corpo ocorreu a união entre o óvulo e um espermatozoide e se esta união se perdeu antes da implantação. Além disso, já foi afirmado que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação (par. 181 supra). Ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação. 188. Por outro lado, **em relação à expressão 'em geral', o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola afirma que significa 'em comum, geralmente' ou 'sem especificar nem individualizar nenhuma coisa'.** Segundo a estrutura da **segunda frase do artigo 4.1 da Convenção, o termo 'em geral' está relacionado com a expressão 'a partir da concepção'. A interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular. Os demais métodos de interpretação permitirão entender o sentido de uma norma que contempla exceções. 189. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal entende o termo 'concepção' desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana. Além disso, **a expressão 'em geral' permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções.****

## C.2) Interpretação sistemática e histórica

191. A Corte ressalta que, segundo o **argumento sistemático**, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser determinados em função do sistema jurídico ao qual pertencem. Nesse sentido, o Tribunal considerou que *'ao dar interpretação a um tratado não somente são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)'*, isto é, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. [...] 193. Por outro lado, segundo o **artigo 32 da Convenção de Viena**, os meios

complementares de interpretação, em especial os trabalhos preparatórios do tratado, são utilizáveis para confirmar o sentido resultante daquela interpretação ou quando esta deixe ambíguo ou obscuro o sentido ou conduza a um resultado manifestamente absurdo ou não razoável. O anterior implica que costumam ser utilizados somente de forma subsidiária, depois de haver utilizado os métodos de interpretação consagrados no artigo 31 da Convenção de Viena, com o objetivo de confirmar o sentido que se encontrou ou para estabelecer se subsiste uma ambiguidade na interpretação ou se a aplicação é absurda ou não razoável. Entretanto, no presente caso, **a Corte considera relevante para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se consta que tal foi a intenção das partes**. Portanto, a interpretação do texto do artigo 4.1 da Convenção se relaciona diretamente com o significado que os Estados Parte da Convenção Americana pretendiam atribuir. [...] 199. A Corte observa que vários países, entre estes Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, estabeleciam no direito interno exceções à penalização do aborto em casos de perigo para a vida da mulher, grave perigo para a saúde da mulher, abortos eugênicos, ou em casos de estupro. 200. Tendo em consideração estes antecedentes da Declaração Americana, a Corte considera que os trabalhos preparatórios não oferecem uma resposta definitiva sobre o ponto em controvérsia. [...] **204. Para conciliar as diferentes opiniões sobre a formulação ‘desde o momento da concepção’**, suscitadas desde a IX Conferência Internacional Americana de Bogotá em 1948, à raiz das legislações dos Estados americanos que permitiam o aborto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos revisou o artigo 2 (direito à vida) e **decidiu introduzir, antes da formulação ‘desde o momento da concepção’, as palavras ‘em geral’**. Esse arranjo deu origem ao novo texto do artigo 2.1, que afirmava: *‘Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção’*.

[...] [Relata várias propostas, rejeitadas, defendendo a exclusão da expressão “em geral”, para se proteger sempre, e não “em geral”, a vida desde a concepção. Por exemplo: “208. A delegação do Brasil justificou sua proposta de eliminação considerando que ‘[e]sta cláusula final é vaga e, por isso, não terá eficácia para impedir que os Estados Partes na futura convenção incluam em suas leis internas os mais variados casos de aborto’. Alegou que ‘[e]sta cláusula pod[ia] provocar dúvidas que dificultar[iam] não somente a aceitação deste artigo, como sua aplicação, se prevalecesse [esta] redação’, e concluiu que ‘[m]elhor ser[i]a, assim, que [fosse] eliminada a cláusula ‘em geral desde o momento da concepção’, pois e[ra] matéria que dev[ia] ser deixada à legislação de cada país’]

**211. Finalmente, por voto da maioria, a conferência adotou o texto preliminar submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 322 o qual continua até o presente como texto do artigo 4.1 da Convenção Americana.** 212. No momento de ratificar a Convenção, somente o México fez uma declaração interpretativa, esclarecendo que, *‘em relação ao parágrafo 1 do Artigo 4, considera que a expressão ‘em geral’ [...] não constitui obrigação de adotar ou manter em vigor legislação que proteja a vida ‘a partir do momento da concepção’ já que esta matéria pertence ao domínio reservado dos Estados’*. [...] 220. Por outro lado, a Corte constata que a **Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso Baby Boy Vs. Estados Unidos da América, rejeitou o pedido dos peticionários para declarar duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, 335 que legalizaram o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal, como violatórias da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Em relação à interpretação do artigo I da Declaração Americana, **a Comissão rejeitou o argumento dos peticionários segundo o qual ‘o artigo I da Declaração incorporou a**

**noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção**, considerando que a Nona Conferência Internacional Americana, ao aprovar a Declaração Americana, *'enfrentou esta questão e decidiu não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio'*. Em relação à **interpretação da Convenção Americana**, a Comissão afirmou que **a proteção do direito à vida não é absoluta**. Considerou que *'[a] adição da frase `em geral, desde o momento da concepção` não significa que quem formulou a Convenção tivesse a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula `em geral, desde o momento da concepção` são substancialmente diferentes da cláusula mais curta `desde o momento da concepção`, que aparecia repetida muitas vezes no documento dos petionários'*. 221. **A Corte conclui que os trabalhos preparatórios indicam que não prosperaram as propostas de eliminar a expressão "e, em geral, desde o momento da concepção", nem as propostas das delegações que pediam eliminar somente as palavras "em geral"**.

### iii) Interpretação sistemática da Convenção Americana e da Declaração Americana

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

223. **Portanto, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião.**

131.1.2. Isso significa que **o direito fundamental à vida também se submete à ponderação de direitos fundamentais, para fins da validade das leis de aborto legal e seguro à luz do art. 4º da CADH**, mesmo quem adota a posição de que o nascituro teria "direito à vida" (o que contraria a posição da Corte IDH, cf. transcrição que se acabou de fazer), seja como direito subjetivo (o que contraria o entendimento clássico sobre o conceito de "pessoa" e "personalidade jurídica", cf. parágrafos 79 a 94), seja como decorrência da ordem constitucional objetiva. Nesse sentido, a doutrina alemã de **Lothar Michael e Martin Morlok**, que também adotam o conceito de **proteção escalonada** ao direito à vida relativamente à vida do feto para admitir a validade de leis de aborto legal, à luz do princípio da proporcionalidade, senão vejamos:

157. A **vida humana** é o pressuposto físico de todos os direitos fundamentais, inclusive da dignidade humana. [...] 158. O art. 2º, n. 2, frase 1, da Lei Fundamental é um **direito de defesa relativo**: embora a vida tenha um valor particularmente elevado, presta-se a confusões designar este valor superlativo como 'valor máximo'. É que, de maneira diferente do que sucede com a dignidade humana, a vida encontra-se, nos termos expressos do art. 2º, n. 2, frase 1, da Lei Fundamental, sob a reserva de lei. **A sua proteção não é absoluta. A vida e, com mais razão, a saúde são** – como todos os direitos

fundamentais materiais, com exceção do art. 1º, n. 1, da Lei Fundamental [princípio da dignidade da pessoa humana] – **por princípio susceptíveis de ponderação. As abordagens que postulam uma protecção absoluta da vida, em particular as que têm um fundamento religioso, não são aceites por um direito constitucional ideologicamente neutro. A vida pré-natal pode perfeitamente ser sujeita a um conceito de protecção escalonado, isto é, está aberta para avaliações diferenciadas, cuja margem de acção diminui quanto mais se aproximar o processo do parto.** Por esta razão, a dignidade humana não deveria ser invocada quando da interpretação e aplicação do direito à vida, porque senão ela é atraída pela força da necessidade de ponderação do art. 2º, n. 2, frase 1, da Lei Fundamental [ponderabilidade dos direitos fundamentais à luz dos direitos de terceiros/as e da ordem constitucional como um todo]. **Isto é válido** – em oposição à jurisprudência muito criticada do Tribunal Constitucional Federal – **para a problemática do aborto**, assim como para a área da engenharia genérica e para a questão da morte de pessoas para fins preventivos. **No fim das contas, o Tribunal Constitucional Federal chega, com razão, à conclusão de quem nem às práticas de aborto, nem a morte deliberada de ocupantes inocentes de um avião sequestrado – isto é, para fins de salvamento da comunidade e da ordem jurídica e de liberdade do Estado – estão per se excluídas do ponto de vista jurídico-constitucional. Deste modo, tem de se submeter o art. 2º, n. 2, frase 1, da Lei Fundamental à doutrina geral dos limites, isto é, ao princípio da proporcionalidade** (-> n. m. 605 e s). 159. O art. 2º, n. 2, frase 1, da Lei Fundamental implica, além disso, um direito absoluto à igualdade: a vida e a saúde de todas as pessoas nascidas não são contáveis, mas são independentes da situação e rigorosamente equivalentes. Por isso, não se pode pesar vida por vida. [...] embora o direito à vida não seja à prova de ponderação em comparação com outros valores, é-o em comparação ao direito à vida de qualquer outra pessoa. Por detrás disto, esconde-se – no sentido de uma relação de fundamentação – o conteúdo essencial igualitário da dignidade humana [...]. Com tal interpretação [...] não é, porém, necessário o recurso dogmático ao [princípio da dignidade da pessoa humana] para se chegar à conclusão de que a morte deliberada de poucas pessoas não se pode legitimar com o salvamento de muitas, nem com o argumento de que a sua vida já estaria entregue à morte numa determinada situação. [...] **O fim da protecção do [direito à vida] como direito fundamental é, no fundo, não a vida como valor intrínseco, nem a integridade física objectiva, mas a autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo. O chamado dever de protecção objectivo serve para esta protecção da autonomia.** É que há uma presunção inicial de que as pessoas estão presas à vida e que não lhes são indiferentes ingerências na sua inviolabilidade física determinadas por influências externas. Independentemente da localização dogmática do prejuízo, sua protecção jurídico-constitucional pressupõe que ela assenta na vontade livre.<sup>97</sup>

131.1.3. Assim, **o art. 4º da CADH deve ser interpretado como não proibindo a aprovação de leis nacionais que legalizem o aborto, apenas impondo, por exemplo, que interrupções de gravidez praticadas contra a vontade da mulher (que não deseja o aborto) tenham que ser punidas penal, administrativa e civilmente pelo Estado (princípio da autonomia das instâncias, que permite penas de distintos ramos do Direito sem vedação ao *bis in idem*, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte).** Assim, o dispositivo deve ser interpretado em contexto distinto daquele objeto de leis nacionais que permitam o aborto legal e seguro. Do contrário, chegaríamos à teratológica “conclusão” de “inconvencionalidade” do aborto mesmo em casos de risco à vida da mãe e em casos de estupro, hipóteses notoriamente admitidas nos países

<sup>97</sup> MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais.** Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170-173. Grifos nossos.

democráticos em geral, em ponderação com o próprio direito à vida dela, no primeiro caso, e do seu direito a não ser submetida a situações que lhe causem profundo sofrimento subjetivo, no caso, pela violência sexual sofrida (equiparável à proibição de tratamentos cruéis ou degradantes à pessoa), no segundo. Por isso, *no mínimo*, sem entrar aqui no debate da ADPF 442 sobre o direito fundamental/humano ao aborto no primeiro trimestre, o dispositivo convencional deve ser interpretado sistematicamente com os direitos humanos à vida digna e à saúde da mulher, para fins de admitir a convencionalidade de leis que legalizam o aborto.

131.1.4. Essa posição reforça a ideia de que a proteção integral da saúde, da autonomia e dos direitos reprodutivos das mulheres não deve ser vista como contrária ao espírito da Convenção, mas como uma aplicação necessária e coerente de seus princípios fundamentais. Trata-se de interpretação alinhada com a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e com o princípio da norma mais benéfica à pessoa humana, sendo o controle de convencionalidade um poder-dever desta Suprema Corte, inclusive nos termos da Recomendação CNJ n.º 123.

131.2. Imprescindível inserir-se a questão da sistemática global de proteção aos direitos humanos a violação à **Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes**, que, em seu art. 1º, na definição do que é considerada **tortura**, preconiza a questão da imposição de dor física ou psicológica seja por **crudelidade, intimidação, punição, informação ou simplesmente pelo prazer de intimidar**. Nesse sentido, incontestemente que a lei impugnada traz um **caráter punitivo-vingativo e até sádico em desfavor da mulher que deseja efetivar seu exercício regular de direito ao aborto legal**, em um ato de crueldade persecutória contra às mulheres, primeiramente porque são mulheres e estão exercendo a autonomia da interrupção gestacional dentro da previsão legal. Afinal, a imposição de tal escuta degradante tem o **intuito ou, no mínimo, o efeito de punir o direito de escolha das mulheres ao exercício regular do direito ao aborto legal**, secundarizando as dores femininas, as liberdades e autonomias do ente feminino por mera disposição de ferir e causar sofrimento às mulheres coagindo-as à preservação de uma gestação que pode ser interrompida. A manutenção da presente legislação é ato de institucionalização da violência de gênero, além de afrontar com os princípios da dignidade humana e e em total desacordo com o respeito ao princípio da autonomia da vontade. Configura-se, assim, **afronta ao art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como do art. 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos**, ambos instrumentos que também coíbem tratamentos desumanos e degradantes pela lei impugnada, que deverá ser invalidada também por este fundamento, de controle de convencionalidade.

132. Dessa forma, entendemos que é também inconvenção e, portanto, inconstitucional a lei.

### ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO ABORTO LEGAL (ADPF 989)

133. Roga-se a esta Suprema Corte que entenda que a Lei impugnada tem um intuito muito específico, que é **aprofundar o estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil**, como muito bem pontuado na petição inicial da ADPF 989 pela

**SBB** – Sociedade Brasileira de Bioética, pela **ABRASCO** – Associação Brasileira de Saúde Coletiva, pelo **CEBES** – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde e pela Associação da **REDE UNIDA**. Estado de coisas inconstitucional este consistente no fato de que *pouquíssimos hospitais e profissionais* se disponibilizam a realizar o *aborto legal* no Brasil, de forma *territorialmente desigual*, com somente 16.1% dos hospitais atendendo as *legítimas expectativas* que uma mulher cisgênero ou homem trans tem quando deseja realizar o *aborto legal*, com atendimento por profissionais de saúde com *postura não-acolhedora* e mesmo *desconhecimento* tanto sobre a legislação quanto sobre os procedimentos do *aborto legal*, a pretexto de suposta *ausência de condições técnicas* para atendimento da mulher cis ou homem trans que deseja realizar o *aborto legal*. Bem como por decisões judiciais pautadas em moralismos diversos, que inviabilizam o direito ao aborto legal a pretexto de proteção do feto ou mesmo de criança ou adolescente estuprada, como no horrendo caso em que Juíza *afastou menina de sua família e a deixou em evidente cárcere privado* para que não pudesse realizar seu direito ao *aborto legal* até o feto chegar a um período de gestação no qual muitos hospitais (de forma inconstitucional, porque a lei não autoriza a distinção) não realizam o *aborto legal* a pretexto de, nessa fase, não ser “tecnicamente” (sic) mais *aborto*, pelo nível de desenvolvimento do feto – um entendimento teratológico que inviabilizaria o direito ao *aborto legal* até em casos de risco de vida da mulher cis ou homem trans gestante, vale destacar. E neste caso, Juíza e Promotora ficaram, por moralismos pessoais, tentando convencer a criança em questão a manter a gravidez, aumentando profundamente o estado de vulnerabilidade material e hipossuficiente processual no qual se encontrava (cf. itens 3 a 7 do 1º tópico da petição inicial da ADPF 989, que trazem estudos que comprovam tais constatações objetivas).

134. **O estado de coisas inconstitucional não se afasta por termos alguns poucos atos normativos infralegais e algumas poucas estruturas formalmente vocacionadas à efetivação do direito ao aborto legal, dada sua flagrante e notória inefetividade – notória a quem estuda minimamente o tema e não se limita a comentá-lo por solipsismos pessoais.** Com efeito, embora tenhamos a cobertura do *aborto legal* pelo SUS – Sistema Único de Saúde à luz da Portaria 2.561/2020 do Ministério da Saúde, a uma, a própria exigência descabida (por desnecessária) de obstetra e anestesista e critérios de credenciamento na *equipe mínima* para realização do *aborto legal* inviabiliza sua realização na prática, pela notória falta de estrutura dos hospitais públicos do país em geral para o tema. A outra, o informe “Atenção médica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento”,<sup>98</sup> também do Ministério da Saúde, cria uma “distinção” normativa que deixa em desamparo mulheres com mais de 22 (vinte e duas) semanas de gestão para o *aborto legal*, especialmente quando vítimas de violência sexual. Situação que, notoriamente, gera situação difícil em que a mulher cis ou homem trans vítima de violência fica com medo de condenação moral pela violência sexual sofrida e lhe faz demorar para exercer seu direito ao *aborto legal*. “Regulamentação” (*rectius*, restrição) que, na prática, inova no ordenamento jurídico, criando norma primária inconstitucional, por não autorizada em lei, e não norma secundária regulamentadora de lei existente. Posições estas que

<sup>98</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento**. Secretaria de Atenção Primária à Saúde, Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Brasília : Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_prevencao\\_avaliacao\\_conduta\\_abortamento\\_1edrev.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_prevencao_avaliacao_conduta_abortamento_1edrev.pdf) Acesso em 27 jun. 2022.

contrariam posição da **ONU** – Organização das Nações Unidas, que aponta como isso inviabiliza o aborto legal na prática (itens 11 e 12 do 1º tópico da inicial da ADPF 989).

135. **Obviamente, não se pretende sintetizar toda a ADPF 989 nesta nova ação, não obstante se ratifiquem e prequestionem aqui todos os seus fundamentos. O ponto que se quer fazer é que a lei impugnada colabora com o estado de coisas inconstitucional sobre o aborto legal no Brasil, na medida em que tem o evidente intuito de dificultar a prática do aborto legal, inclusive pela desumana e análoga à tortura prática de mostrar à mulher cis ou ao homem trans o ultrassom de seu feto, numa tentativa de defender a ideológica tese de que o feto já seria uma *vida humana*, o que é altamente controverso em todas as ciências (biológicas, humanas – Filosofia, Direito etc), que em si viola o princípio da dignidade da pessoa humana da mulher cis ou do homem trans que deseja realizar o aborto legal, pelo profundo sofrimento subjetivo que a lei quer causar com tal procedimento nefasto e teratológico.**

136. Como se sabe e reconhecido por esta Suprema Corte em históricos precedentes, o **estado de coisas inconstitucional (ECI)** é uma categoria dogmática de origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, para casos de “reiterada e constante violação de direitos fundamentais que afetam uma multidão de pessoas, cuja solução requer a intervenção de diferentes entidades para fazer face a problemas estruturais”.<sup>99</sup> Na síntese de **Georges Abboud**, o ECI se configura quando tais violações reiteradas e sistemáticas de direitos fundamentais:

(1) afetam um grande número de pessoas que alegam, diretamente ou por meio de entidades representativas, violações aos seus direitos; (2) envolvem vários braços do Estado responsáveis pelas falhas sistemáticas em políticas públicas; e (3) envolvem uma solução complexa, ou seja, o juiz da causa determina que as várias entidades públicas atuem coordenadamente para a proteção de toda a população (e não somente dos demandantes).<sup>100</sup>

137. Assim, como bem pontuado pela petição inicial da ADPF 989, em seu item 3 (“O Estado de Coisas Inconstitucional no caso do Aborto Legal”), **configura-se estado de coisas inconstitucional no aborto legal no Brasil porque “a [in]efetividade do direito à saúde e da dignidade de mulheres que necessitem de valer da interrupção voluntária de gestação nas hipóteses previstas pela lei é afetada pela atuação deliberada do Estado em se omitir quando deveria agir, ou agir contrariamente ao modo adequado à promoção do acesso ao abortamento seguro”**. A leitura de todo o referido item 3 é fundamental e seu conteúdo fica, aqui, integralmente ratificado e prequestionado. No mesmo sentido, a advertência da renomada antropóloga e pesquisadora **Débora Diniz**, na triste constatação de que **“nem o aborto legal é garantido no Brasil”**, evidenciando o estado de coisas inconstitucional acerca do tema:

Vá ao dicionário: drone é verbo e substantivo em língua inglesa. Zumbir, falar algo com monotonia. Mas também um pequeno avião, parecido com aqueles de brinquedo mandados para lá e para cá com um controle remoto. [...] Não sei navegar barcos ou

<sup>99</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia ST-025, de 22/01/2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Apud ADPF 989, petição inicial.

<sup>100</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, cit., nº 3.19.4.1, p. 702. Apud ADPF 989, petição inicial.

pilotar objetos voadores, mas sei fazer **pesquisa**. **A mais recente delas, financiada pela Secretaria de Política para as Mulheres (SPM), contou os serviços de aborto legal no país, e depois esmiuçou as exigências de cada serviço para que uma mulher tenha acesso ao aborto. A surpresa foi triste:** o dado oficial divulgado por ministérios era de que havia 62 serviços cadastrados como de referência para o aborto legal no país. Fomos mais otimistas, recontamos, começamos com 68. De um em um, fizemos **perguntas básicas – atende aborto legal?** Quantas mulheres já atendeu? Que documentos são exigidos para o procedimento? **Dos 68, ficamos com 37. Isso mesmo, 31 não faziam aborto, nunca existiram como serviço de aborto legal,** alguns nos benzeram por tamanha ofensa. [...] **Tristemente, encontramos muitos serviços confusos quanto ao que fazem com o poder do jaleco branco:** seriam eles cuidadores da saúde ou legisladores? Ou pior: policiais investigadores da verdade do estupro? **Em desordem, listo a criatividade para impedir o acesso ao aborto legal, e vejam o quanto um drone poderia ser mais eficiente para a política pública brasileira:** dos 37 serviços, em 35 não há equipe específica, sendo o atendimento feito por quem estiver no plantão; em 2 só se atende gestação até 14 semanas; em 2 a mulher conversa com o advogado do hospital; em 3 ela se consulta com psiquiatra; em 2 não há anticoncepção de emergência; em 4 não há profilaxia para DST/aids; em 5 a mulher precisa antes ir à polícia e retornar ao serviço com um boletim de ocorrência policial; em 3, precisa ir ao Instituto Médico Legal; **em 3, deve ir ao Judiciário e retornar acompanhada de um alvará judicial; em 4 é avaliada por comitê de ética institucional.** E, em sete estados, só mesmo um drone para cuidar das mulheres, pois não há serviço de referência ativo. **Se drone é aviãozinho e zumbido, o aborto legal no Brasil precisa de algo parecido, só mais barulhento. Zumbir é pouco, precisamos gritar: nem o aborto legal é garantido no país.** Uma resposta possível e confortante é acreditar que as mulheres acessariam o aborto legal fora dos serviços de referência, ou seja, que esse conjunto de barreiras para o acesso não impediria que as mulheres abortassem legalmente no Brasil. Difícil acreditar nessa tese, pois se nas instituições de referência, onde as equipes estariam sensibilizadas a entender o aborto legal como uma necessidade de saúde, encontramos esse quadro trágico, imagine nos sete estados onde sequer há serviços de referência para o aborto legal. Honestamente, quem se habilita a iniciar o drone do aborto legal no Brasil?<sup>101</sup>

138. Por outro lado, não obstante as críticas doutrinárias à cisão conceitual entre *regulamentação* e *restrição*, já que toda *regulamentação* implica, no mínimo, em uma *procedimentalização* da forma de exercício *regular* de um direito que já impõe à pessoa uma burocracia que não tinha antes (daí ser equiparada a uma *restrição*, ainda que leve, por essa parte da doutrina), **fato é que uma lei que pretende regulamentar o aborto legal não pode criar obstáculos ao exercício regular desse direito, sendo que a lei impugnada cria um óbice que visa, na prática, impedir a mulher cis ou o homem trans de exercer seu direito ao aborto legal.**

139. Nesse sentido, se não for acolhida a melhor fundamentação pautada no princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios, na forma como brilhantemente desenvolvidos pelo E. Tribunal de Justiça de Alagoas (parágrafos 7.1 e 143: ADI/TJAL 0800234-78.2024.8.02.0000, j. 18.01.2024, com referendo plenário em 25.01.2024), vale citar o precedente ***Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey***, de 1992, da Suprema Corte dos EUA e sua lógica dogmática da ***inconstitucionalidade de leis que criam ônus indevidos (“undue burdens”) ao exercício regular do direito ao***

<sup>101</sup> DINIZ, Débora. **O zumbido do direito ao aborto legal, por Debora Diniz.** Agência Patrícia Galvão, 11 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Artigos/ArtigoOzumbidododireitoaoabortolegalDeboraDiniz140715.pdf>>. Acesso: 28 jan. 2024.

**aborto legal (cf. par. 140.1).** Antes de se explicar o precedente, cite-se que a revogação deste precedente pela enviesada supermaioria superconservadora da atual composição daquela Corte é irrelevante aqui, porque tal revogação não afirma que não haveria inconstitucionalidade de restrição a direitos fundamentais se constatado um *ônus indevido* ao exercício regular deles, que é o que se invoca neste momento. **A equivocada superação de Roe (1973) e Casey (1992) se deu por extremamente peculiar lógica conservadora de aferição de direitos fundamentais não-textualmente positivados que não se aplica no Brasil para o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, pela diferença fundamental do texto constitucional norte-americano (9ª Emenda) com nosso direito constitucional positivo (CF, art. 5º, §2º).**

139.1. Isso porque, em **Dobbs v. Jackson Women's Health Association (2022)**, a Suprema Corte dos EUA decidiu que o direito ao aborto não seria um *direito diretamente constitucional*, mas dependeria de lei que o preveja expressamente (enquanto *direito legal/infraconstitucional*) porque, no seu enviesado ver, ele não decorreria de nenhum direito fundamental constitucionalmente previsto nem do princípio do devido processo legal substantivo. Ocorre que a Corte chegou a essa concepção por conta da extremamente conservadora forma de identificação de direitos fundamentais implícitos, que, na letra da Constituição Federal daquele país, são aqueles "*retidos pelo povo*", a despeito de não-expressamente positivados, de sorte que só reconhece como tais aqueles *profundamente arraigados nas tradições da Nação*.<sup>102</sup> **O critério não se aplica no Brasil por diversas razões:**

139.1.1. **Em primeiro lugar**, há uma evidente diferença de redações entre os textos normativos constitucionais que inviabiliza a interpretação da mesma forma, já que o **art. 5º, §2º, da CF/88** aduz que os direitos e garantias expressos em nossa Constituição não excluem outros *decorrentes do regime político, dos princípios e dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país* e não apenas aqueles "*retidos pelo povo*" (cf. 9ª Emenda da CF/EUA), ou seja, que já possuíam antes do advento da atual Constituição Federal. Por isso, **os fundamentos determinantes de Dobbs não se aplicam ao Brasil**, porque todo o esforço ideológico da maioria superconservadora da Suprema Corte dos EUA se deu para *negar* que o aborto seria, ainda que *prima facie*, abarcado pelo direito fundamental à privacidade porque entendeu este a partir da lógica de *regras* (os direitos concretos que seus precedentes reconheceram enquanto exteriorizações de uma privacidade constitucionalmente protegida) e não enquanto decorrentes de um *princípio geral* de proteção à privacidade das pessoas. Em sentido oposto, o **art. 5º, X, da CF/88** protege a *intimidade e a privacidade* de forma *principiológica* e não na forma de regras aplicáveis por silogismo, de sorte que como a proibição ou limitação ao aborto implica, incontestavelmente, uma interferência estatal na autonomia corporal da mulher, evidentemente que, *prima facie*, o direito ao aborto encontra-se abarcado pelo direito fundamental à privacidade, entendido como princípio e não como regra. O tema ficará melhor compreendido nos par. 139.1.2.1 e 139.1.2.2, infra.

139.1.2. **Em segundo lugar**, a posição de *Dobbs* parte de uma concepção de puro *Direito Costumeyro* (costume como fonte do Direito), típica da tradição do

<sup>102</sup> 9ª Emenda da Constituição dos EUA: "A enumeração na Constituição, de certos direitos, não deverá ser interpretada para negar ou menosprezar outros retidos pelo povo"

*Common Law*, que não tem o peso que lá tem em países como o Brasil, pautados pela tradição do *Civil Law*, que tem **até mesmo na conservadora tese positivista de identificação de princípios gerais de Direito por indução daqueles positivados**,<sup>103</sup> que reconhece direitos distintos daqueles positivados na forma de regras em razão do princípio que é imanente e inspira tal regra. E o reconhecimento de direitos por concretização principiológica jurisprudencial implica em *Direito Positivo*, enquanto afirmado por autoridade competente do Estado, interpretando as fontes do *Direito* daquele país. Uma lógica rejeitada pela maioria ultraconservadora de *Dobbs*, que só vê como direitos implícitos aqueles exercitados especificamente, numa lógica de regras aplicáveis por silogismo e não por princípios subjacentes a estes direitos concretamente reconhecidos.

139.1.2.1. A lógica positivista de identificação de princípios gerais de Direito por indução de regras positivadas<sup>104</sup> justifica o reconhecimento de que o **direito fundamental à privacidade** abarca, ao menos *prima facie*, o direito ao aborto enquanto direito de autonomia corporal das mulheres, como se denota, curiosamente, da explicação do não-positivista **Ronald Dworkin**, quando extrai essa conclusão a partir da indução das regras extraídas dos precedentes de direitos de privacidade da Suprema Corte dos EUA sobre direito à não-criminalização de métodos contraceptivos entre pessoas casadas (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e não-casadas (*Eisenstadt v. Baird*, 1972) e à não-criminalização do casamento dito inter-racial pelo critério biológico-fenotípico, entre pessoas brancas e não-brancas (*Loving v. Virginia*, 1967), que **consagram um princípio geral e abstrato de privacidade e não meras “regras-incomunicáveis-entre-si” de privacidade**, por ser aquela a única forma de reconhecer alguma coerência entre os precedentes, ao menos no Direito como conjunto de princípios e regras e não meras regras aplicáveis por silogismo. Vejamos a bela lição do autor acerca do tema, que demonstram, aliás, que a decisão de *Dobbs* é **flagrantemente errada** (“*egregiously wrong*”)<sup>105</sup> à luz de dogmática não-anacrônica de identificação de direitos fundamentais implícitos, donde não deve ser seguida:

<sup>103</sup> FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais de Direito**, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108-109: “Entre os escritores que adotam orientação positivista, relativamente aos Princípios Gerais de Direito, distinguimos os nomes de Campos Batalha, Oscar Tenório, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues. Exceção feita deste último mestre cuja exposição sobre a matéria é das mais breves, nota-se nesses autores uma preocupação acentuada no sentido de rechaçar, em tudo e por tudo, qualquer ideia ligada ao Direito Natural, espécie de explosão retardada daquele *horreur du Droit Naturel*, que Gêni assinalava no Direito Científico do século XIX. Com efeito, o primeiro dos autores dedica nada menos que sete páginas a esse trabalho demolidor, para o qual invoca a autoridade de Barnes e Becker, de Kelsen, de De Page e até de Brethe de la Gressaye e Laborde-Coste. Na parte construtiva, entretanto, limita-se a dizer que ‘os princípios gerais de Direito são (...), em primeiro lugar, os que derivam das normas particulares do ordenamento jurídico, por via de indução, e, em segundo lugar, o que se harmonizam com os valores de determinada cultura e em determinado tempo (ideais políticas, sociais e jurídicas vigentes. Além desses, há os princípios gerais de Direito reconhecido pelas Nações civilizadas [sic], substractum comum a todos os povos ou a alguns deles em determinado momento histórico’”.

<sup>104</sup> FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais de Direito**, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108-109.

<sup>105</sup> Trata-se de critério afirmado pela supermaioria conservadora da Suprema Corte dos EUA como fundamento para superar precedentes, o que ela tem feito de forma exagerada e descabida, daí sendo muito criticada por seu flagrante menosprezo ao princípio da vinculação a precedentes (princípio do *stare decisis*), que marca a tradição da *Common Law*. Cite-se, exemplificativamente: STONE, Geoffrey F. **The Roberts Court, Stare Decisis, and the Future of Constitutional Law**. In: Chicago Unbound: University of Chicago Law School, 82 Tulane Law School (2008), p. 1.533-1.559. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2723&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2723&context=journal_articles)>. O autor cita como os *Justices Roberts* e *Alito* prometeram profundo respeito ao princípio de vinculação a precedentes (*stare decisis*), mas, na prática, o desconsideraram por uma série de distinções inconsistentes, sem base dogmática (“princípios controladores” – “*no principled basis*”, como se diz na dogmática local e no texto – p. 1.338) e têm promovido um *ativismo conservador* por intermédio da jurisdição constitucional. Eis alguns trechos centrais do texto (cf. páginas citadas): “*The first part of my thesis this afternoon is this: The current majority of the Supreme Court, and particularly Chief Justice John Roberts and Justice Samuel Alito, are failing not only to preserve and protect fundamental constitutional values but also to fulfill their judicial responsibilities in a manner that is analytically rigorous, closely reasoned,*

As **decisões anteriores da Corte sobre a privacidade** só podem **justificar-se** a partir do **pressuposto** de que **as decisões que afetam o casamento e a procriação são tão importantes, tão íntimas e pessoais, tão determinantes para o desenvolvimento da personalidade** e o sentido de responsabilidade moral e tão estreitamente ligadas às convicções éticas e religiosas protegidas pela Primeira Emenda, **que as pessoas têm de ter o direito de tomar essas decisões por si mesmas, consultando a própria consciência, em vez de deixar que a sociedade lhes imponha a sua decisão coletiva. A decisão a respeito do aborto é pelo menos tão íntima quanto qualquer outra que a Corte já protegeu.** De certo modo é ainda mais íntima, pois envolve o controle da mulher sobre o próprio corpo e não somente sobre seus relacionamentos com outras pessoas; e a Constituição reconhece de diversas maneiras a intimidade especial da ligação de uma pessoa com sua própria integridade física. [...] **Portanto, parece bem forte o argumento do precedente em favor de Roe vs. Wade: os precedentes estabelecidos pela Suprema Corte consolidaram um direito constitucional do cidadão ao controle sobre a sua participação na procriação; e, se o feto não é uma pessoa constitucional, esse direito naturalmente se aplica também ao aborto.** [...] Nossa tradição jurídica dá uma resposta muito diferente, menos metafórica e menos superficial, à questão de como os dispositivos constitucionais abstratos devem ser interpretados. Os juízes devem buscar identificar os princípios latentes na Constituição como um todo e nas decisões judiciais passadas que aplicaram a linguagem abstrata da Constituição, a fim de reafirmar os mesmos princípios em outras áreas e assim tornar o direito cada vez mais coerente. Desse modo, **os princípios que serviram de base para se justificar direitos para um grupo ou numa determinada situação são estendidos na medida do possível a todas as outras pessoas a quem igualmente poderiam ser aplicados.** Esse processo de jurisprudência foi usado em Roe vs. Wade para se afirmar que **os princípios latentes nas decisões anteriores sobre esterilização, família e contracepção devem aplicar-se igualmente ao caso do aborto.** Também essas decisões anteriores podem ser defendidas da mesma maneira: como elementos de um projeto maior da Corte, empreendido desde o começo do século para a identificação e a imposição dos princípios implícitos no que a Corte chamava de **'conceito de liberdade ordenada'**, ou seja, os princípios que devem ser reconhecidos por uma sociedade verdadeiramente comprometida com a liberdade e a dignidade individuais. **O direito de controle sobre a própria participação na procriação encontra corroboração nesse projeto geral, e o mesmo se pode dizer das decisões específicas que**

---

*and intellectually candid. These are strong words. This is not a talk for the faint-of-heart. At the core of my thesis is the principle of stare decisis. The doctrine of precedent is, of course, central to our legal system.<sup>2</sup> It is based not on the assumption that prior judges are smarter than their successors but on the need for consistency, efficiency, predictability, and the need not to over politicize the judicial process and thereby undermine its credibility. [...] Disappointingly, it is apparent to me that John Roberts's and Samuel Alito's actions during the 2006 Term speak much louder than their words to Congress. In case after case, Roberts and Alito abandoned the principle of stare decisis, and did so in a particularly insidious manner, indeed, in a manner that brought forth the scorn not only of the so-called "liberals" on the Court, but even of Justices Scalia and Thomas. Their technique, which was perfectly anticipated and ridiculed by Karl Llewellyn, is to purport to respect a precedent while in fact cynically interpreting it into oblivion.<sup>23</sup> Every first-year law student knows the tactic: "Appellant argues that Smith v Jones governs the case before us. But Smith v Jones arose out of an event that occurred on Main Street. The event in this case occurred on State Street. We do not overrule Smith v Jones, but we limit it to events that occur on Main Street." Although this is a parody of the technique of distinguishing a precedent, it captures the spirit of the Roberts/Alito concept of the judicial craft. [...] The sad truth is that Roberts and Alito seem to have been driven by nothing more than their own desire to reach results they personally prefer: they do not like abortion, they don't like speech that mocks Jesus, they don't like laws that regulate corporate speech, they don't like affirmative action, and they do like faith-based initiatives. If ever such phrases as "result-oriented" and "ideologically driven" ring true, it is in the conduct of Justices Roberts and Alito during the 2006 Term. It was among the most disheartening judicial performances I have ever witnessed. [...] The third approach – "conservative activism" – sounds like an oxymoron, and it should. But it is in fact the dominant form of jurisprudence on the Supreme Court today. As we have seen, it is conservative activism that explains the Court's decisions invalidating regulations of commercial advertising, invalidating campaign finance regulations, invalidating affirmative action programs, invalidating the use of race to increase integration, invalidating zoning laws, invalidating laws prohibiting the Boy Scouts from discriminating against gays and lesbians, and invalidating federal laws dealing with the environment, handguns, domestic violence, and age discrimination. Conservative activism offers the worst of both worlds. It undermines the decisions of democratic majorities, not to protect the rights of minorities, or the powerless, or the oppressed, or the disenfranchised, or the dispossessed, or the poor, or the downtrodden, or the accused, but to protect the interests of whites, corporations, the wealthy, the privileged, and the powerful. Like the Lochner era of which it is the constitutional and moral descendent, modern-day conservative judicial activism is a perversion of the values that the Constitution is designed to protect and, more specifically, of the values the Constitution relies on the Court to protect. [...]". Ibidem, p. 1.534, 1.537-1.538, 1.543, 1557-1558.*

protegem a privacidade, pois esse direito é importantíssimo para a liberdade moral, social e econômica das mulheres.<sup>106</sup>

139.1.2.2. **Ou seja**, mesmo na identificação de costumes como práticas profundamente arraigadas nas tradições da Nação, a lógica da supermaioria ultraconservadora da Suprema Corte dos EUA ideologicamente interpreta esses costumes da forma mais estrita possível (como regras, aplicáveis por silogismo) e não como princípios. Assim, embora o **direito fundamental à privacidade tenha sido reconhecido como fundamento principiológico que justifica a série de direitos concretos, na forma de regras aplicáveis por silogismo**, referida maioria aduz que se referiram a casos concretos não relacionados a aborto, **recusando-se a ver que a proteção das pessoas contra** a criminalização do uso de métodos anticoncepcionais (*Griswold e Eisenstadt*) e contra a criminalização do chamado casamento inter-racial (*Loving*) se deu por conta de um *princípio* de proteção à privacidade. Foi por isso que a supermaioria moralmente conservadora da Suprema Corte dos EUA não viu o aborto como, ao menos *prima facie*, protegido pelo direito fundamental à privacidade, como as composições mais moderadas (sempre de maioria do Partido Republicano!) entenderam em *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey* (1992). **Como se vê, a atual supermaioria da Suprema Corte dos EUA viola até a lógica positivista de identificação de princípios gerais do Direito**, pois por esta, de regras específicas se extrai um princípio maior,<sup>107</sup> que é precisamente o que é recusado por essa supermaioria moralmente ultraconservadora e mesmo reacionária (pois o índice de revogação de precedentes, em franco menosprezo ao princípio do *stare decisis*, nunca foi tão grande como na última década nos EUA). Da mesma forma que os votos vencidos da então minoria conservadora em direitos sexuais em *Obergefell v. Hodges* (2015), quando a maioria identificou quatro tradições que, entendidas principiologicamente, abarcam o casamento civil homoafetivo (o casamento civil como direito fundamental, o direito de autonomia de definir a pessoa com quem quer se casar, a proteção de filhos/as criados/as pelo casal, todas situações que abarcam casais homoafetivos), enquanto a minoria conservadora quis interpretar tais tradições apenas na forma de regras aplicáveis por silogismo, recusando-se a ver um princípio geral e abstrato nelas.

139.1.3. **Em terceiro lugar**, mesmo dentro da lógica do Direito Costumeiro, não se aplica aqui o altamente conservador critério de juristas conservadores(as) dos EUA de identificar como direitos fundamentais implícitos apenas aqueles profundamente arraigados nas tradições da Nação. Embora possa haver polêmica sobre o tempo necessário para configuração do *aspecto objetivo* do costume enquanto prática reiterada por longo lapso temporal. ao lado do *aspecto subjetivo* relativo à crença da sua obrigatoriedade (sem a qual teremos “usos”, não costumes), *nunca se exigiu* na doutrina e jurisprudência brasileiras que esse costume esteja *profundamente arraigado nas tradições da Nação ou da comunidade local* respectiva, apenas que seja ali praticado por longo lapso temporal com convicção de sua obrigatoriedade. **E, aqui, não se invoca o costume ou as tradições da Nação para justificar o direito fundamental ao aborto no primeiro trimestre (ADPF 442) e especialmente o direito fundamental ao**

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76, 79, 81, 84-88. G.n.

<sup>107</sup> FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais de Direito**, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108-109.

**exercício do aborto legal e seguro, já regulado por lei federal.** Invocam-se os princípios constitucionais da dignidade humana e da privacidade corporal em termos de autonomia da mulher ao próprio corpo, à não-discriminação por sexo e gênero da mulher relativamente ao homem nas relações entre pessoas cisgênero e de proporcionalidade do meio restritivo (necessidade) à luz do que está concretamente em jogo (proporcionalidade em sentido estrito), consoante desenvolvido ao longo de toda esta ação. Daí a absoluta inaplicabilidade do precedente *Dobbs* (2022) à luz do Direito Constitucional Brasileiro.

140. Fixada a inaplicabilidade do precedente de *Dobbs* (2022) no Brasil, voltemos à lógica dogmática da inconstitucionalidade de leis que não sobrevivam ao *teste do ônus indevido*, estabelecido em *Casey* (1992), que obviamente deve ser analisado sob a lógica do princípio da proporcionalidade, consoante dogmática geral dos direitos fundamentais. **À toda evidência, configura um desumano e teratológico ônus indevido mostrar foto do ultrassom do feto à mulher cis ou ao homem trans que deseja realizar o aborto legal, sem falar que essa postura parte de uma presunção pautada na mais pura e simples ignorância de pensar que uma mulher cis ou um homem trans que se dispõe a procurar atendimento de saúde para realizar o aborto legal já não refletiu sobre tudo isso.** Bem como **restrição desproporcional**, pelos subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por não se poder promover a proteção da vida potencial do feto/nascituro por meio que visa causar constrangimento e sofrimento subjetivo à mulher que deseja invocar seu exercício regular de direito ao aborto legal, pela verdadeira maldade pautada em vingança ideológica ou imprudência gravíssima (verdadeiro *dolo eventual*) por ser isto que este nefasto "meio" objetivamente perpetra. **Com efeito**, o intuito *objetivo* da lei e mesmo *subjetivo* de quem a aprovou foi o de *constranger* a mulher cis ou o homem trans que deseja realizar o aborto legal a não realiza-lo. Quer-se fazer a pessoa se emocionar e chorar, para deixá-la em situação de ainda maior vulnerabilidade social do que a que já se encontra (por praticar um ato que considerável parte da sociedade considera "imoral" e indevidamente a julgará se souber que o realizou), como uma forma de **implementar a ideologia antiaborto legal** das pessoas que defendem esse tipo de lei.

140.1. Esta ação defende que **configura um ônus indevido toda conduta que não se limita a acolher a mulher que manifesta desejo de efetivar exercício regular de seu direito ao aborto legal e seguro**, na qual o(a) profissional da saúde (médico/a, enfermeiro/a etc), do Sistema Único de Saúde ou da iniciativa privada, se limita a confirmar se ela deseja realizar o aborto legal com base na sua autonomia da vontade e não por pressões alheias e se ela está ciente de como o procedimento será feito (as possibilidades da realização do procedimento em seu corpo) e o período de recuperação. Afinal, permitir que o(a) profissional da saúde ou quem quer que seja faça *militância antiaborto*, para tentar convencer a mulher a não realiza-lo, implica em **imposição de sofrimento, angústia e/ou constrangimento que devem ser entendidos como ônus indevidos, porque, ao contrário do que o senso comum acredita**, a mulher que procura o exercício regular de seu direito ao aborto legal e seguro já fez todas as ponderações morais sobre o tema, já que o aborto não é realizado de forma irresponsável como os setores ideológicos antiaborto querem fazer crer. O fato de a maioria das mulheres que procura o serviço de aborto (legal ou clandestino) serem religiosas e estarem em um relacionamento (cf. parágrafos 141 e 142) deixa isso ainda mais evidente a qualquer pessoa que se digne a estudar

minimamente o tema. Assim, a **posição da lei impugnada** e de quem defende algo equivalente, de tentativa de convencer a mulher a não realizar o aborto, implica em efetiva **desconsideração da extrema vulnerabilidade social e jurídica** na qual ela se encontra, já angustiada com os julgamentos e repúdios morais que sofrerá se pessoas que não são de sua íntima confiança souberem que praticou o aborto legal e seguro e pelas ponderações morais que já realizou ao tomar a decisão para tanto. Por isso a **posição aqui defendida de se configurar como ônus indevido e, assim, inconstitucional qualquer conduta que não se limite a** acolher a mulher que deseja realizar o aborto legal e seguro, confirmar se trata-se de ato de sua autonomia da vontade e não coação (moral ou jurídica) de terceiros(as) e explicar os procedimentos disponíveis para tanto e o período e cuidados de recuperação.

140.2. A inconstitucionalidade da imposição de ônus indevidos para o exercício regular do direito ao aborto legal e seguro é coerente com a lição de **Robert Alexy**, para quem entre os “direitos dos cidadãos, contra o Estado” encontram-se os “direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito”, que “o Estado não afete determinadas características ou situações do titular dos direitos” e, ainda, “direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular dos direitos”. Algo que abarca direito a que o **Estado não impeça ou dificulte** o exercício regular de direitos constitucionalmente garantidos, inclusive no contexto de “ampliação dos requisitos subjetivos” ou das “condições estabelecidas pelas normas do instituto jurídico” para o exercício regular do direito em questão e de “uma relação fática entre a ação dificultadora e seu êxito”. Bem como o “direito à não-eliminação de posições jurídicas”.<sup>108</sup> Afinal, há **inequívoco intuito ou, ao menos, efeito de dificultar o acesso das mulheres ao aborto legal e seguro** pela lei impugnada, o que não se pode aceitar em razão do contexto de vulnerabilidade social e jurídica no qual ela se encontra (cf. par. 62, 88, 91-92, 104, 109, 133 e, **especialmente**, 143).

141. Tanto as mulheres que desejam realizar o aborto legal já fazem todas as ponderações morais que a lei quer realizar com as nefastas medidas inibitórias que propõe que realizem que **pesquisa sobre o perfil das mulheres que abortam no Brasil já comprovou o equívoco de vários mitos de senso comum que embasam a lei impugnada**. Com efeito, o estudo “Aborto e saúde pública: 20 anos de estudos no Brasil”, fruto de levantamento de mais de dois mil estudos, artigos e publicações sobre o tema, comprovou que: **(i)** a esmagadora maioria dos casos de aborto legal não se dá por decorrência de “comportamentos sexuais ocasionais, taxados de promíscuos”, que correspondem a apenas 2,5% dos casos; **(ii)** o aborto legal não é utilizado como “solução para a gravidez indesejada”, pois a maioria (70%) das mulheres cis que o realizam são casadas ou mantêm união estável ou namoro e já têm filhos(as); **(iii)** a maioria das mulheres cis que realizam o aborto têm entre 20 e 29 anos; **(iv)** as mulheres cis que realizam o aborto são, em sua esmagadora maioria, religiosas: em sua maior parte, elas “se declararam católicas, com 51% a 82% de prevalência nos estudos analíticos, seguidas pela que professam a fé espírita, com 4,5% a 19,2%. Em último lugar, as evangélicas, com números entre 2,6% e 12,2%”;<sup>109</sup>

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, SP: Malheiros, 2008, p. 196-200.

<sup>109</sup> **Estudo mostra perfil das mulheres que praticam aborto no Brasil**. In: Canção Nova, 01.01.2014. Disponível em: <<https://noticias.cancaonova.com/brasil/estudo-mostra-perfil-das-mulheres-que-praticam-aborto-no-brasil/>>. Acesso: 16.01.2024.

142. Como se vê, são mulheres religiosas e comprometidas as que mais realizam o aborto no Brasil, o que contraria o senso comum de serem mulheres irresponsáveis e amorais as que o realizariam – e isso é suficiente para infirmar a inepta presunção ignorante da lei impugnada, ao assumir que as mulheres que desejam realizar o aborto legal não teriam pensado suficientemente no tema. Sendo que a postura do Estado de fazer campanha ideológica contra o aborto legal a pessoa que deseja realiza-lo implica em efetivo ônus indevido, pois a mulher cis ou o homem trans procura o serviço de aborto legal só após profunda reflexão e já com notório medo de julgamentos morais da sociedade em geral e mesmo da equipe médica e de enfermagem que irá realizar seu atendimento, ante ser notório que moralismos diversos impedem as pessoas de terem a imparcialidade necessária para cumprir suas obrigações profissionais à luz da técnica e da ética profissional. E isso inclusive no Direito, com Juízes(as) e Promotores(as) que tomam atitudes visando impedir a realização do aborto legal mesmo em crianças (pessoas com menos de 12 anos) e adolescentes menores de 14 anos, hipótese na qual a lei presume o estupro mediante presunção absoluta (art. 217-A do Código Penal).<sup>110</sup>

#### **PARADIGMÁTICA DECISÃO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS.** **Inconstitucionalidade formal e material de lei análoga à aqui impugnada**

143. Imprescindível citar e louvar paradigmática decisão do **Plenário do E. Tribunal de Justiça de Alagoas** (ADI/TJAL 0800234-78.2024.8.02.0000, j. 18.01.2024, com referendo plenário em 25.01.2024) que, por **unanimidade**, manteve suspensão cautelar monocrática de lei local de conteúdo equivalente ao da lei impugnada tanto por motivos de **inconstitucionalidade formal e material**. Vale transcrever as sínteses do E.

<sup>110</sup> Sobre ser absoluta a presunção de violência de ato sexual de pessoa com menos de 14 anos de idade: STJ, REsp 1.480.881/PI, 3ª Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10.0920115. Tese: "Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime". Ementa: "1. A **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça** assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era **absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor** (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). [...] 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. **No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.** 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população". Grifos nossos.



TJAL acerca da R. Decisão Monocrática e do V. Acórdão Plenário, com **transcrição do inteiro teor** que realiza com perfeição o **juízo de ponderação constitucional** que dá prevalência ao direito fundamental da mulher ao próprio corpo para fins de realização do aborto legal e seguro, com **demonstração de ausência de interesse público primário e absoluta inconstitucionalidade da postura do Estado de promover interesses ideológicos antiaborto contra mulheres em situação de tamanha vulnerabilidade social e jurídica**, em fundamentos que esta ação ratifica integralmente:

80/93

#### **Notícia do E. TJAL acerca da R. Decisão Monocrática<sup>111</sup>**

A Justiça de Alagoas determinou a imediata suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 7.492, de 19 de dezembro de 2023, de Maceió. A Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual, com pedido liminar, foi ajuizada pela Defensoria Pública de Alagoas, sob a alegação de vício formal e material. A decisão é do **desembargador Fábio Ferrario**, relator do processo, que destaca a demonstração da probabilidade do direito, ante a **inconstitucionalidade formal e material** da referida norma. O relator determinou ainda que a decisão seja apreciada pelo Pleno do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL), na próxima pauta do órgão colegiado. **Aborto legal.** A referida lei dispõe que “os estabelecimentos da rede municipal de saúde ficam obrigados a orientar e esclarecer às gestantes sobre os riscos e as consequências do abortamento nos casos permitidos pela lei, quando estas optarem pelo procedimento na rede pública”. Nos autos, **o desembargador relator destaca que a referida legislação desconsidera o estado de vulnerabilidade da mulher que tem direito ao aborto legal.**

***“A Lei Municipal nº 7.492/2023 desconsidera completamente a situação de fragilidade e vulnerabilidade em que se encontra uma mulher que está prestes a realizar um aborto. A decisão por realizar este ato, sem sombra de dúvidas, não é fácil, assim como é extremamente delicada a conjuntura vivenciada pela mulher que a permitem abortar de forma legal”.*** O relator destaca ainda a necessidade de aplicação do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero** lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). ***“No referido protocolo, são apresentados conceitos e orientações para que o Poder Judiciário não seja mais uma instituição a reforçar desigualdades estruturais e históricas contra a mulher”.*** Nos autos, o relator enfatiza ainda que a lei desrespeita o **princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.** ***“Ao invés de serem acolhidas, por imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, por melhor que tenha sido a intenção legislativa, termino que, em verdade, ressuscita uma culpabilização perpetrada contra essas mulheres que optaram por interromper a vida intrauterina, em decorrência de uma dolorosa e inesperada circunstância”.***

#### **Inteiro Teor:**

Infere-se que, para verificar se o Município possui competência para legislar sobre determinada matéria, é imprescindível analisar se existe um peculiar interesse local e se este interesse é preponderante. Por outro lado, no âmbito das competências concorrentes, poderá apenas complementar a legislação federal e estadual, no que couber. Verifica-se que o diploma normativo questionado, além de criar uma despesa e uma obrigação para os estabelecimentos municipais de saúde, estabelece diversas condicionantes obrigatórias para que a mulher possa realizar um aborto legal que, como se sabe, é juridicamente permitido nas hipóteses de gravidez com risco à vida da gestante (art. 128, inciso I, CP), gravidez resultante de

<sup>111</sup> PODER JUDICIÁRIO DE ALAGOAS. **Justiça determina suspensão de lei municipal que dificulta acesso ao aborto legal.** 23.01.2024. Disponível: <<https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia&not=22301>>. Acesso: 27.01.24. G.n.

estupro (art. 128, inciso II, CP) e anencefalia fetal (ADPF 54). **De uma simples leitura da lei em comento, fica evidente a ausência de peculiar e restrito interesse local, na medida em que a matéria atinente ao aborto não se limita à realidade das mulheres maceioenses, tampouco existe uma situação fática específica e particular que justifique o tratamento do referido tema de maneira diferente pelo Município de Maceió, ou seja, submetendo as mulheres maceioenses, de forma desarrazoada, a uma realidade diversa e limitadora das demais do país, no que pertine à valia das suas decisões mais íntimas.** Na própria justificativa de proposta legislativa (fls. 46/470) é possível constatar que são elencadas fundamentações gerais sobre os possíveis efeitos colaterais do aborto. Dita legislação representa uma **burla ao sistema constitucional de repartição de competências**, instituindo, em verdade, uma norma geral, sem a existência de nenhum interesse predominantemente local. Na esteira do quanto acima assinalado, já por esse prisma, salta aos olhos a necessidade de suspender a eficácia da norma ante a manifesta inconstitucionalidade verificada sob a vigia do viés formal, em razão da violação à regra de competência legislativa, prevista no artigo 12, incisos XI e XII, da Constituição do Estado de Alagoas.

Mas não é só! Há mais e mais! Da alegação de **inconstitucionalidade material**. [...] Dessa forma, para ser materialmente constitucional, a lei tem que estar em consonância com a disciplina, valores, espírito e propósitos insertos na Carta do Estado, devendo-se pautar pela **regra da proporcionalidade, não podendo, por isso mesmo, exceder o limite do necessário à tutela dos fins almejados pela norma constitucional, nem representar uma proteção insuficiente**. Na situação em análise, o requerente defende que a lei desrespeita diretamente o art. 2º, caput e inciso I, e o art. 186, ambos da Constituição Estadual, que preveem o dever de o Estado (em sentido amplo) assegurar a **dignidade da pessoa humana**, mediante a preservação dos direitos invioláveis a ela inerentes, bem como o **direito à saúde**. É possível, então, afirmar que a dignidade da pessoa humana compreende os seguintes elementos: o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Ademais, como afirmado, o autor sustentou a ocorrência de **violação ao direito à saúde**. É relevante destacar que a garantia fundamental à saúde está prevista como direito de todos, dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Mencionado direito se encontra inevitavelmente **associado à preservação de outros bens constitucionalmente relevantes, como a vida e a dignidade da pessoa humana** (este último, inclusive, alçado como um dos pilares que fundamentam a República Federativa do Brasil). Em virtude de sua relação com estes outros direitos, a saúde integra o núcleo duro dos direitos humanos, pois é a partir de sua garantia que surge a possibilidade de se usufruir dos outros direitos fundamentais. Pode-se “identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde”. [...]

**Partindo destas premissas, observa-se que a texto normativo impugnado nestes autos obriga a gestante a que foi permitido realizar o aborto legal seja pelo risco de vida à mãe, estupro ou feto com anencefalia a se submeter aos seguintes procedimentos:** a) verem, através de ilustrações, o desenvolvimento do feto semana a semana; b) visualizarem, por meio de vídeos e imagens, os métodos cirúrgicos utilizados para executar o procedimento abortivo; c) serem informadas sobre todos os possíveis efeitos colaterais físicos e psíquicos decorrentes do abortamento (perfuração do útero, ruptura do colo uterino, histerectomia,

hemorragia uterina, inflamação pélvica, infertilidade, gravidez ectópica, parto futuro prematuro, infecção por curetagem mal realizada, aborto incompleto, comportamento autopunitivo, transtorno alimentar, embolia pulmonar, insuficiência cardíaca, sentimentos de remorso e culpa, depressão e oscilações de ânimo e choro desmotivado, medos e pesadelos). [...] Inclusive, vale ressaltar que o **Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, com o objetivo de incentivar a formação de uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres. No referido protocolo, são apresentados conceitos e orientações para que o Poder Judiciário não seja mais uma instituição a reforçar desigualdades estruturais e históricas contra a mulher.** [...]

**A Lei Municipal nº 7.492/2023 desconsidera completamente a situação de fragilidade e vulnerabilidade em que se encontra uma mulher que está prestes a realizar um aborto.** A decisão por realizar este ato, sem sombra de dúvidas, não é fácil, assim como é extremamente delicada a conjuntura vivenciada pela mulher que a permitem abortar de forma legal. **A mulher não escolhe ser estuprada, não escolhe correr risco de vida em sua gravidez e não escolhe ter um feto com anencefalia. Todas essas situações são extremas, e bastante dolorosas, sendo obrigatório, por isso mesmo, ao Estado em sentido lato, a criação e implantação de políticas públicas destinadas a suavizar e protege-las desse sofrimento e suas inegáveis sequelas. A partir do momento em que o Estado (em sentido amplo) obriga que essas mulheres, sobretudo as menores, assistam a vídeos que mostram o procedimento abortivo e sejam avisadas de maneira incisiva sobre absolutamente todos os possíveis efeitos colaterais da prática, aumenta-se o sofrimento psicológico e emocional da mulher, violando seu direito fundamental à saúde e, no caso daquelas que sofreram violência sexual, o Município termina por atuar como agente de revitimização, praticando uma segunda e verdadeira violência institucional.**

Além disso, há uma **indevida e profunda interferência na autonomia da mulher importante vertente da dignidade da pessoa humana**, já que o ente público passa a coagi-la, de maneira violenta, mas aparentemente legítima e pretensamente sutil, sob o crivo de uma lei municipal, a não realizar o aborto, mesmo nas hipóteses em que ordenamento jurídico permite. Em outros termos, **sob o equivocado pretexto de esclarecer e orientar, a lei municipal comete e reforça violências contra a mulher. Ao invés de serem acolhidas, por imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, por melhor que tenha sido a intenção legislativa, termino que, em verdade, ressuscita uma culpabilização perpetrada contra essas mulheres que optaram por interromper a vida intrauterina, em decorrência de uma dolorosa e inesperada circunstância.** É dizer: o Estado, que deveria acolher essas pessoas oferecendo-lhes a mais completa assistência em saúde, termina, ao fim e ao cabo, por aumentar seu sofrimento psíquico e emocional. Nesta seara, correto afirmar, até por lógica e bom senso, que **a partir da decisão livre e soberana da mulher, somente o estado que deve estar sujeito a obrigações de ampará-la. A ela, de livre opção e consciência, nenhuma obrigação pode ser imposta!** Em relação especificamente ao **direito à saúde**, os aspectos biológicos da mulher envolvem uma especial atenção ao **atendimento humanizado**. Nesse sentido, destaca-se a previsão da **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4.377/2002, tendo, portanto, força supralegal. I. A seguir: 'Artigo 12 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições

de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância'. **Comumente a mulher não é ouvida, suas queixas e preocupações são ignoradas por aqueles que deveriam fornecer um ambiente acolhedor e saudável, e há a perda de sua capacidade de autodeterminação e decisão. Quando à mulher é negado o atendimento de qualidade na gestação, trata-se de uma hipótese de violência obstétrica, que não se restringe ao momento do parto, podendo ocorrer, ainda, em situações de abortamento:** 'Outro tema contemporâneo envolvendo os direitos humanos sexuais e reprodutivos das mulheres diz respeito à violência obstétrica, que se caracteriza pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, por meio do tratamento desumanizado, abuso da medicação e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. Esse fenômeno pode ocorrer durante três momentos distintos, quais sejam, a gestação, no momento do parto ou, ainda, em situações de abortamento'. Importante consignar que o primeiro caso sobre mortalidade materna decidido por um órgão internacional de direitos humanos envolveu o Brasil, sendo também a primeira responsabilização do Brasil no sistema convencional contencioso quase judicial da ONU e a primeira e única do país emitida por um órgão do sistema global de proteção dos direitos humanos. No **caso Alyne Pimentel Teixeira vs Brasil**, o CEDAW (Comitê da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres) recomendou ao Brasil o seguinte: '1. Sobre o autor e a família da senhora da Silva Pimentel Teixeira: Prestar reparação adequada, incluindo indenização financeira, ao autor e à filha da senhora da Silva Pimentel Teixeira proporcional à gravidade das violações contra ela. 2. Disposições gerais: a) Assegurar o direito das mulheres à maternidade segura e ao acesso à assistência médica emergencial adequada, a preços acessíveis, de acordo com a recomendação geral ns 24 (1999) sobre as mulheres e a saúde; b) Proporcionar formação profissional adequada para os trabalhadores da área de saúde, especialmente sobre os direitos reprodutivos das mulheres à saúde, incluindo tratamento médico de qualidade durante a gravidez e o parto, bem como assistência obstétrica emergencial adequada; c) Assegurar o acesso a medidas eficazes nos casos em que os direitos das mulheres à saúde reprodutiva tenham sido violados e prover a formação de pessoal do Poder Judiciário e responsável pela aplicação da lei; d) Assegurar que as instalações de assistência médica privada satisfaçam as normas nacionais e internacionais em saúde reprodutiva; e) Assegurar que as sanções adequadas sejam impostas a profissionais de saúde que violem os direitos de saúde reprodutiva das mulheres; e f) Reduzir as mortes maternas evitáveis através da implementação do Acordo Nacional pela Redução da Mortalidade Materna aos níveis estadual e municipal, inclusive através da criação de comitês de mortalidade materna em lugares onde tais comitês ainda não existem, de acordo com as recomendações em suas observações finais para com o Brasil, adotadas em 15 de agosto de 2007'; [...]. (sem grifos no original).

**Essa responsabilidade direta estatal significa um dever no âmbito dos três Poderes.** Especificamente no que diz respeito ao Poder Judiciário, cabe ao órgão julgador apreciar as questões que lhes são submetidas a partir dessa **perspectiva de vulnerabilidade da mulher gestante e de violações sistemáticas ao direito à saúde**

**das mulheres no Brasil.** Sobre o tema de direitos reprodutivos, a doutrinadora **Flávia Piovesan** explana que ele possui dupla vertente: a) diz respeito a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, para vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo; b) impõe um dever estatal, que deverá criar e implementar políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Veja-se: 'Sob a **perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica de direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos** aponta a duas vertentes diversas e complementares. De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o **livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência**. Eis um terreno em que é **fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade o que envolve o direito de decidir livre e responsabilmente acerca da reprodução**, do número de filhos e do intervalo entre seus nascimentos. Trata-se de **direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e não violência**. Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, 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 reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito de receber educação sexual. Portanto, aqui se requer a interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva. Vale dizer, a plena observância dos direitos reprodutivos impõe ao Estado um duplo papel. De um lado, demanda políticas públicas voltadas a assegurar a toda e qualquer pessoa um elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, o que implica garantir acesso a informações, meios, recursos, dentre outras medidas. Por outro lado, **exige a omissão do Estado em área reservada à decisão livre e responsável dos indivíduos acerca de sua vida sexual e reprodutiva, de forma a vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo**'. (sem grifos no original) É oportuno destacar que o direito à autodeterminação das mulheres foi amplamente analisado pelo **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, no julgamento da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, que concluiu pela inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo pode ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Segue ementa do julgado: [...] **Comumente a mulher não é ouvida, suas queixas e preocupações são ignoradas por aqueles que deveriam fornecer um ambiente acolhedor e saudável, e há a perda de sua capacidade de autodeterminação e decisão. Quando à mulher é negado o atendimento de qualidade na gestação, trata-se de uma hipótese de violência obstétrica, que não se restringe ao momento do parto, podendo ocorrer, ainda, em situações de abortamento. A mulher deve ser tratada como autêntico sujeito de direitos, e não como objeto de interesses políticos ou ideológicos. Para que seus direitos sejam garantidos, em sua completude, faz imprescindível que lhe seja conferido o direito à autodeterminação.** Logo, de consequência, é terminantemente ilegítimo que a escolha seja feita previamente pelo ente público, obrigando-se a ver imagens que só farão aumentar o sofrimento vivenciado pela mulher, que, repise-se, já se encontra em uma situação de total vulnerabilidade pela fatalidade a que foi acometida. **E, num momento de tanta fragilidade, o**

**Estado não poderá toma para si o poder de decidir sobre o que a mulher verá antes de realizar um aborto em casos que são permitidos pela legislação brasileira. É um direito que ela de soberana vontade optou em exercer, de forma que nenhum obstáculo, por mais sutil que seja, poderá ser imposto!** Assim, diante de todos os fundamentos anteriormente apresentados, resta evidenciada a inconstitucionalidade material da lei objeto da presente ação, haja vista que o poder estatal atua como verdadeiro agente causador de um segundo e maior sofrimento psicológico e emocional, ao invés de acolher e cuidar daquelas que necessitam do serviço público. Além disso, a legislação viola a dignidade da pessoa humana, sob as seguintes vertentes: valor intrínseco da pessoa, pois o Estado se utiliza da mulher como instrumentos em proveito de interesses alheios a ela; igualdade, já que é fonte de discriminação; autonomia, na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, pois suprime da mulher o seu direito de escolha livre. *(grifos nossos)*

### **Matéria do E. TJAL sobre a Decisão do Plenário**<sup>112</sup>

**"Vê-se ofensa à Constituição estadual, que determina ao Município de Maceió a competência única para legislar sobre assuntos locais. Só isso já seria suficiente para sustar o ato de forma cautelar"**, afirmou o desembargador. Para Ferrario, a lei acentua o sofrimento psicológico e emocional da mulher que optou por fazer o aborto legal, permitido em casos de estupro, risco à vida da gestante e quando o feto é anencéfalo. **"O diploma normativo retira autonomia da mulher e o poder de autodeterminação. Desrespeita ainda a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde"**. Ainda segundo o relator, o ente público acaba atuando como agente de revitimização, praticando **"verdadeira violência institucional"**. A concessão da liminar atendeu pedido feito pela Defensoria Pública de Alagoas. **"O Tribunal de Justiça pôs uma pá de cal em toda essa polêmica. Reconheceu, acolhendo o pedido da Defensoria Pública, que a lei é totalmente inconstitucional. A sua matéria fere a dignidade de todas as mulheres"**, afirmou o defensor público-geral de Alagoas, Carlos Eduardo Monteiro. O defensor reforçou que, com a decisão tomada pelo Pleno, a lei segue suspensa. **"Ainda será julgado o mérito. Hoje foi apreciada pelo Tribunal a liminar, então a lei não surte efeito no Município de Maceió"**. **Manifestações**. O advogado Igor Franco, representando a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/AL), parabenizou o desembargador Fábio Ferrario pela decisão, a qual considerou **"corajosa, complexa e profunda"**. Para o advogado, **a lei municipal impunha a cosmovisão de mundo de uma maioria sobre uma minoria vitimizada. "O Judiciário surge como última barreira contra ferir a dignidade humana das pessoas"**. Para o desembargador Tutmés Airan, coordenador de Direitos Humanos do TJAL, a lei 7.492/23 precisa ser excluída do ordenamento jurídico. **"Ela faz muito mal à sociedade. Faz com que a mulher, que eventualmente pense em escolher pelo abortamento dentro das hipóteses legais, não o pratique ou o pratique com enorme dificuldade É uma espécie de vingança legislativa municipal"**. O desembargador Carlos Cavalcanti reforçou que a lei municipal trouxe à tona **"uma postura equivocada e fundamentalista"**. O juiz convocado Alberto Jorge considerou o voto do relator substancioso. **"Fez correlações importantes e adentrou profundamente no tema"**. O desembargador Otávio Praxedes parabenizou a Defensoria Pública de Alagoas, que provocou o Judiciário na análise de julgamento da questão. **"A Câmara não tinha competência para legislar e aprovar uma lei dessa magnitude"**, disse.

## **CONCLUSÕES**

<sup>112</sup> PODER JUDICIÁRIO DE ALAGOAS. **Pleno do TJAL mantém suspensa lei municipal que dificulta o acesso ao aborto legal**. 23.01.2024. Disponível: <<https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia&not=22313>>. Acesso: 27.01.24. G.n.

144. **Pela fundamentação acima**, roga-se que esta Suprema Corte declare a:

**(i) INCONSTITUCIONALIDADE TOTAL** da Lei impugnada, porque criada no evidente intuito objetivo e subjetivo-disfarçado de aumentar o *estado de coisas inconstitucional do aborto legal* no Brasil, pelo atendimento do aborto legal e seguro já ser escasso no Brasil e sofrer profundas resistências sociais, inclusive por protestos que visam ou têm o efeito de constranger tanto profissionais de saúde de exercer sua profissão e principalmente mulheres de exercerem seu *direito de decidir* pela prática do aborto legal e seguro (cf. supra). Afinal, embora diga que visa reduzir abortos clandestinos e explicar as consequências dos abortos ilegais, essa medida é **desnecessária e, assim, violadora do princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade)**. Desnecessidade objetivamente aferível não só da presunção legal de ciência de todas as leis, mas por ser fato notório que as pessoas sabem, de fato e não só por presunção legal, que o aborto fora das hipóteses legais e de anencefalia são hipóteses consideradas como crime, sendo toda pessoa ciente da pena de reclusão para tais casos. De sorte que o que precisa de políticas públicas de informação é o aborto legal, não a prevenção do aborto ilegal, visto que já há forte repúdio social ao aborto no moralismo hegemônico, que torna a intervenção estatal pretendida pela lei em questão desnecessária e mesmo inócua.

145. **Subsidiariamente**, caso não declarada a inconstitucionalidade total da lei impugnada, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade, roga-se que esta Suprema Corte declare a:

**(ii) INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. I DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque há uma surreal inversão de valores ao querer educar crianças e adolescentes sobre os “riscos do abortamento” quando o **princípio da proporcionalidade, em seu subprincípio da necessidade**, impõe como meio menos gravoso ao direito ao aborto legal objetivamente aferível a educação sexual nas escolas, no sentido específico de educar crianças e adolescentes sobre que partes de seus corpos não podem deixar que pessoas adultas toquem ou mesmo olhem, sobre cautelas a serem tomadas para que não sejam vítimas de abusos sexuais de pessoas adultas e mais velhas em geral e sobre os riscos do sexo inseguro (sem preservativo), tanto para fins de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis como, inclusive, para evitar a *gravidez indesejada*. Ou seja, ao invés de se preocupar em impor moralismos contra o aborto legal, que é o evidente intuito objetivo (*mens legis*) e subjetivo mal-disfarçado (*mens legislatoris*) do dispositivo impugnado, deve se preocupar em educar crianças e adolescentes para que não sofram abusos sexuais e evitem a gravidez indesejada, não sobre “riscos do abortamento”. **Até porque** se criança ou adolescente vier a fazer um aborto legal, será com a presença de pais, mães ou responsáveis e, *à toda evidência, acompanhamento médico especializado* que explicará, à luz da saúde concreta da pessoa (e não de forma apriorística/metafísica como quer o dispositivo impugnado), quais supostos e eventuais “riscos” o aborto legal e *sua não realização* podem (eventualmente) causar – pois especialmente crianças, enquanto pessoas (meninas cis ou meninos trans) com menos de 14 anos, e mesmo adolescentes **notoriamente** incorrem em maior probabilidade de *gravidez de risco* se levada a termo, por não terem o corpo biologicamente amadurecido para tanto, o que setores reacionários e fundamentalistas contra o aborto legal *mesmo de meninas cis e meninos trans menores de 14 anos* convenientemente ignoram ou menosprezam;

**(iii) INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. III DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque ao visar “*estimular a sensibilização da população acerca dos direitos do nascituro, do direito à vida e das imputações penais no caso de aborto ilegal*”, trata o nascituro como se pessoa fosse, na acepção técnico-jurídica do termo, enquanto ente humano detentor de *personalidade jurídica* (cf. infra) e, para piorar, “titular” de interesses “superiores” aos da mulher ou homem trans que deseja realizar o *aborto legal*. Para além de nascituro sem viabilidade de vida extrauterina não ter interesses superiores aos da mulher cis ou homem trans que deseja realizar o aborto, vale lembrar que nada na Constituição em seu texto objetivo nem nos debates constituintes (cf. infra) denota nem minimamente que teria se pretendido atribuir personalidade jurídica ao feto (cf. supra e infra). Algo que também não ocorre na legislação infraconstitucional, já que o art. 2º do Código Civil estabelece textualmente que a personalidade jurídica se estabelece do nascimento com vida, *resguardados os direitos do nascituro*, o que significa, por hermenêutica infraconstitucional e mesmo de Direito Civil-Constitucional, que o nascituro é possuidor de *personalidade condicional e meras expectativas de direito* e não titular de direitos, à luz da doutrina majoritária (cf. supra e infra). Uma opção legislativa e conclusão interpretativa que não são arbitrárias e, por isso, não podem ser consideradas inconstitucionais na não-consideração do nascituro como “pessoa” na acepção técnico-jurídica do termo (cf. supra e infra).

**(iii.1)** Sobre o primeiro ponto, nada no texto objetivo da Constituição Federal de 1988, que não trata do tema, nem nos debates constituintes de nossa Assembleia Nacional Constituinte denota que o *nascituro (o feto)* teria sido considerado “pessoa” para fins constitucionais, como bem demonstra a doutrina de **José Afonso da Silva**, com a autoridade de quem participou dos debates constituintes (embora, incoerentemente, defendendo a vida desde a concepção), quando pontuou que entre a posição *natalista* (pessoa apenas o ser humano nascido com vida) e *concepcionista* (pessoa o ser humano desde a concepção), a Assembleia Nacional Constituinte decidiu não decidir esse tema.<sup>113</sup> Assim, **mesmo o originalismo interpretativo levado a sério** demanda concluir que a Constituição não protege a vida desde a concepção, porque “*A CF não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa*”, caracterizando verdadeiro *mutismo constitucional* acerca do tema.<sup>114</sup> Isso porque, sendo a *personalidade a qualidade de quem é sujeito de direitos*, por ser ela que atribui direitos e deveres à luz do Direito Objetivo, “*o nascituro não tem personalidade jurídica*”, porque “*o nascituro é ente não dotado de personalidade*”, de sorte que, inclusive consoante antigos **precedentes desta Suprema Corte**, o nascituro tem mera *expectativa de direitos* dos quais será titular apenas se nascer com vida, precisamente por não ter personalidade jurídica e

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203.

<sup>114</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 13ª Ed., SP: RT, 2019, p. 155 e 157. Vejamos o precedente citado: “*Nascituro. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo. Venda feita pelos pais à irmã do nascituro. As hipóteses previstas no CC (1916), relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido*’ (STF, 2ª T., RE 99.038-MG, rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.10.1983, m.v., DJU 5.10.1984). ‘*Nascituro. Respeito a seus direitos antes do nascimento. O nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direitos, e em consequência transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito, que lhe tinham sido atribuídas na fase da concepção. ‘Se é exato que o início da personalidade se assinala com o nascimento com vida e termina pela morte, também é exato que se reserva aos nascituros expectativa de direito que se transforma em direito logo que se realiza o evento do nascimento*’ (Orozimbo Nonato, in STF, rel. Min. Laudo de Camargo – RT 182/438)”. G.n.

não ser, na acepção técnico-jurídica estrita do termo, uma pessoa.<sup>115</sup> Algo que vale enquanto *teoria geral* acerca do tema em textos constitucionais positivos que não abordam explicitamente o tema do início da vida, como bem explica **Dworkin**, para quem, mesmo considerando o feto um ser humano, ele o seria em *posição singular*, de sorte que *mais coerente* com o sistema constitucional é entender que o feto não tem personalidade jurídica após a fecundação, mas personalidade condicional, já que o sistema constitucional trata das pessoas no contexto dos seres humanos nascidos com vida.<sup>116</sup>

(iii.2) Por isso, lembrando-se que não pode se interpretar a Constituição a partir da lei, prevalece na doutrina hegemônica<sup>117</sup> que o **art. 2º do Código Civil** não garante o direito à vida desde a concepção, pois quando *resguarda os direitos do nascituro*, adota a teoria da personalidade condicional, que significa que se o *feto nascer com vida*, adquirirá personalidade jurídica e terá seus direitos garantidos retroativamente desde a concepção, mas isso é muito diferente de se dizer que seria uma “pessoa humana, com personalidade jurídica”, desde a concepção, que terá *eficácia jurídica* apenas com o nascimento com vida. “A *distinção entre personalidade e capacidade de direito é hoje doutrinariamente incorporada ao acervo da ciência jurídica, pelo menos no que toca aos autores mais atualizados*”.<sup>118</sup> Pois, se o fosse, um aborto espontâneo ou legal teria feito o feto *receber herança e outros direitos*, que transmitiria automaticamente à única pessoa que é sua herdeira (sua mãe-mulher cis ou pai-

<sup>115</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 13ª Ed., SP: RT, 2019, p. 153. No mesmo sentido: GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Noção de Pessoa no Direito Brasileiro**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais. Direito Civil. Parte Geral. Pessoas e Domicílio*, V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56-58. Vale a transcrição de **doutrinadores clássicos** com mesmo pensamento: “3. **Pontes de Miranda** (*‘Tratado de Direito Privado’*, t. I, 3ª ed., pp. 153-55) *identifica personalidade com capacidade de Direito, mencionando ser pessoa o titular do direito, o sujeito do direito, consistindo a personalidade na capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações, exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Daí a afirmação: ‘Capacidade de direito e personalidade são o mesmo’* (ibidem, p. 155). 4. Parece-nos proceder a observação de **Serpa Lopes**, com todas as venias a opiniões diversas dos doutos, na feliz concepção do Prof. **Caio Mário da Silva Pereira** (*‘Instituições de Direito Civil’*, v. I, 1971, p. 141), remontando a **Clóvis e Cunha Gonçalves** (nota 1), de que *a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa*, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Mais adiante, buscando apoio em **De Paige** (nota 9, p. 145), assevera ser a personalidade ‘ponto de apoio de todos os direitos e obrigações’. Outra não é a perspectiva de **Clóvis Beviláqua**, tanto nos ‘Comentários’ (v. I, ao art. 2º), quanto em sua *‘Teoria Geral do Direito Civil’* (Francisco Alves, 7ª ed., 1955, p. 63 e ss). No último, obriga-prima de doutrina geral do *Direito Privado brasileiro*, ensina sue Autor (p. 53, §4º) que *‘cumpre distinguir a personalidade da capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou, com diz Teixeira de Freitas, o modo de ser geral das pessoas. Clóvis, na nota (1, p. 63, da última obra citada), respeitante à conceituação de Teixeira de Freitas da capacidade como ‘o modo de ser geral das pessoas’, diz confundir-se capacidade de direito com a própria personalidade, havendo, todavia, em suas ‘Lições de Direito Comparado’, posto de lado esse dualismo da capacidade. [...] A capacidade de direito é, pois, a aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos na vida civil. [...] 10. Com proficiência, doutrina o eminente Min. José Carlos Moreira Alvez (‘Direito Romano’, v. I, 5ª ed., p. 114) [...] com suma precisão, [...] A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade’*. Grifos nossos.

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76, 79, 81, 84-88.

<sup>117</sup> Mesmo quem discorda disso atesta que a doutrina majoritária aborda tal posição. Por exemplo, citando a posição de Teixeira de Freitas em seu famoso *Esboço* (“*Anteprojeito*”) de *Código Civil não adotado pelo Brasil* (logo, posição “*de lege ferenda*” e não *legalmente consagrada*), José Lamartine Corrêa de Oliveira atesta que a tese doutrinária do festejado civilista de *pessoa de existência ideal*, como “*entes que apresentarem sinais característicos da humanidade*” serem considerados “*pessoas*” na acepção técnico-jurídica do termo “*o elenco de pessoas de existência ideal do ‘Esboço’ não corresponde ao hoje normalmente admitido*”. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Teoria das Pessoas no ‘Esboço’ de Teixeira de Freitas**. *Superação e Permanência*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais. Direito Civil. Parte Geral. Pessoas e Domicílio*, V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

<sup>118</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Teoria das Pessoas no ‘Esboço’ de Teixeira de Freitas**. *Superação e Permanência*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais. Direito Civil. Parte Geral. Pessoas e Domicílio*, V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

homem trans, que lhe carregava em gestação interrompida por aborto espontâneo ou legal), o que *notoriamente* não é o que ocorre, considerando-se o feto como juridicamente inexistente por isso, algo que seria juridicamente impossível se ele fosse considerado “pessoa”, pois isso lhe outorgaria direito de herança pelo *princípio de saisine* (transmissão automática da herança a herdeiros/as com a morte) e tornaria sua mãe/genitora cis ou pai/genitor trans titular do patrimônio que “herdou” após sua morte ainda no útero;

**(iv) INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. IV DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque os abortos clandestinos são realizadas por mulheres (cisgênero e homens trans) que estão em situação de desespero e alta vulnerabilidade social, ao ponto de procurarem serviços clandestinos de segurança duvidosa quando não têm alto poderio aquisitivo para realizá-lo em países onde o aborto é lícito ou em clínicas clandestinas caríssimas, o que reforça a **discriminação indireta a mulheres cis e homens trans pobres, geralmente negras(os)**, por efeito discriminatório desproporcional a elas e elas, já que mulheres cis e homens trans de alto poderio aquisitivo podem recorrer a tais clínicas seguras, embora clandestinas. De sorte que o dispositivo legal servirá apenas para **aumentar a seletividade penal e sancionatória não-penal e social-moral em geral** contra mulheres cis e homens trans pobres e negras(os), o que configura fato notório que não demanda comprovação (art. 374, I, do CPC) a qualquer pessoa que estuda *minimamente* o tema;

**(v) INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. V DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque trata o aborto legal, um *direito garantido por lei federal*, como algo ilegal e a ser evitado, ao visar que o Estado incentive a iniciativa privada a conceder “*assistência psicológica*” a mulheres cis e homens trans que desejem abortar, o que *obviamente* se dá no contexto do aborto legal, já que o dispositivo não criaria tal regulamentação para hipóteses de aborto ilegal. De sorte que há, até mesmo, *inconstitucionalidade formal*, porque visa limitar em norma estadual direito garantido por lei federal que é de competência constitucional federal, de sorte que viola o *princípio federativo*, porque o tema não é de interesse local (mas nacional) e porque mesmo sobre interesses locais, leis estaduais e municipais não podem contrariar o conteúdo de lei federal constitucionalmente válida;

**(vi) AINDA A INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. V DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque não cabe ao Estado incentivar a iniciativa privada a realizar campanhas em prol de políticas públicas, na medida em que elas poderão, se desejarem, realizá-las independente de auxílio estatal, ao passo que *já há inúmeras entidades já fazem campanhas antiaborto*, tornando objetivamente desnecessária a intervenção estatal nessa seara. E isso por violação do **princípio da supremacia do interesse público primário**, que notoriamente diverge do interesse público *secundário* do(a) administrador(a) público(a) e de parlamentares em geral, pois os **escassos recursos públicos, não só financeiros, mas de pessoal**, precisam ser investidos em campos onde a iniciativa privada não atua e não naqueles onde ela tem forte atuação que torna desnecessário incentivo estatal;

**(vii) AINDA A INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. V DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque uma lei determinar conscientização sobre *direitos do nascituro* (sic), ainda mais no contexto de *prioridade* (inc. V) implica em **atécnica inversão de**

**valores** que considera como “pessoa” (na acepção técnica, distinta de ser humano) um ente que, ainda que tenha vida biológica, não tem vida *humana* e não foi assim considerado pela Constituição (cf. item “iii”, supra), ao menos enquanto não desenvolvida atividade cerebral, critério legal para o fim da vida (pela *morte encefálica*),<sup>119</sup> que, por analogia, deve ser o critério para o início da vida, mas mesmo quando feto tem atividade cerebral, o direito ao aborto legal não pode ser obstado, pela prioridade legal constitucionalmente válida do direito da mulher cis ou do homem trans interromper a gravidez nas hipóteses de aborto legal. Afinal, é da própria **natureza jurídica** do direito ao aborto legal que o direito à privacidade corporal da mulher prevalece sobre a expectativa de direito à vida do feto. Isso é assim em todos os lugares do mundo onde o aborto é um direito reconhecido por lei ou decisão da jurisdição constitucional com base nos direitos fundamentais de não-discriminação por sexo e gênero, de privacidade corporal e de proporcionalidade das mulheres (cf. STF, HC 124.306, 1º T., Rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 09.08.2016), razão pela qual **lei estadual ou municipal não pode contrariar a hierarquia axiológica de direito garantido por lei federal**, no caso o direito ao aborto legal e a prioridade do interesse da mulher cis ou do homem trans a realiza-lo sobre a expectativa de vida do nascituro;

**(viii) INCONSTITUCIONALIDADE DO DESUMANO E TERATOLÓGICO INC. VI DO ART. 3º DA LEI IMPUGNADA**, porque mostrar uma imagem do ultrassom de feto a mulher cisgênero ou homem trans que já superou todas as barreiras do moralismo social para realizar o aborto legal caracteriza **situação análoga à tortura psicológica**, porque tem o intuito ou efeito específico de causar sofrimento subjetivo na mulher cis ou homem trans para que ela ou ele, por emotismo, seja convencida(o) a não realizar aquilo que já decidiu, com muito custo emocional, realizar (o aborto legal). Como se vê, o dispositivo legal tem o intuito ou efeito de aumentar a vulnerabilidade social da mulher cis ou homem trans e, para piorar, o faz a partir de pressuposto ignorante, de que pessoa procurou o aborto legal sem ponderar profundamente se o deseja, já que nenhuma mulher cis ou homem trans realiza o aborto legal como se fosse algo “banal”, mas por considerar que está em situação de tamanho desespero e vulnerabilidade que o aborto é a alternativa que melhor atende suas circunstâncias pessoais;

**(ix) INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE TODA A LEI IMPUGNADA, NAQUILO QUE NÃO FOR DECLARADO INCONSTITUCIONAL**, em especial dos arts. 1º, *caput* e parágrafo único, 2º e 3º, *caput* e *incs.* II, VII, parágrafo único e eventuais outros incisos que (equivocadamente) não tenham sido declarados inconstitucionais nos termos *supra*, para que **sejam considerados constitucionais apenas se interpretados de acordo com o princípio da laicidade estatal e da dignidade da pessoa humana de mulheres cisgênero e homens transgênero que desejem realizar aborto**, no sentido de que a “*campanha de conscientização*”, o “*dia de conscientização*” e as “*diretrizes da campanha de conscientização contra o aborto*” (*sic*) que desejam criar sejam pautados em **estudos científicos sérios, que atendam a normas técnicas estatísticas de coleta de dados e a lógica da Medicina Baseada em Evidências e não meros valores morais ou religiosos aprioristicamente anti-aborto**. Isso porque embora Estado Laico não seja Estado Ateu, o Estado Ateu é inimigo das religiões, enquanto o Estado Laico

<sup>119</sup> Art. 3º da Lei 9.434/1997, regulamentado(a) inicialmente pela Resolução CFM 1.480/1997, atualizada pela Resolução CFM 1.826/2007 e 2.173/2017: critério da “morte encefálica” como autorizando a remoção dos órgãos, mesmo com “vida biológica” remanescente.

é aquele em que se garante a mais ampla liberdade de crença e descrença e no qual fundamentações religiosas não podem influir no conteúdo de políticas públicas e decisões jurídicas do país, porque isso configuraria relação de dependência ou aliança com religiões constitucionalmente vedada (art. 19, I, da CF/88). Ao passo que as colaborações de interesse público constitucionalmente admitidas com entidades religiosas devem se basear em valores políticos e princípios constitucionais que adotem a lógica da *razão pública* passíveis de aceitação racional por todas as pessoas (mesmo que, de fato, discordem, mas com as quais possam potencialmente concordar), o que não ocorre com metanarrativas religiosas ou morais sem respaldo no Direito Laico que não aceitam questionamento de seus dogmas para a implementação de políticas públicas.

146. **Em suma sobre o pedido principal**, entende-se que a lei impugnada é **integralmente inconstitucional**, porque desnecessária aos fins a que se destina, porque se pauta em pressupostos ignorantes contrariados pelo mundo real e porque tem o intuito ou, pelo menos (e certamente), terá o efeito de aumentar o **estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil**, combatido pela ADPF 989 (que aqui se reitera integralmente, cf. supra) e que precisa ser superado tanto pelos Poderes Políticos do Estado brasileiro, quanto pela Jurisdição Constitucional, dentro dos respectivos âmbitos de competência (cf. ADPF 989). É o que desde já se requer de forma principal.

147. **Em uma síntese sobre os pedidos subsidiários**, entende-se que a lei impugnada deve ser declarada **parcialmente inconstitucional e receber interpretação conforme a Constituição naquilo que não for expurgado**, para que a “campanha de conscientização”, o “dia de conscientização” e as “diretrizes da campanha de conscientização contra o aborto” (sic) que desejam criar não sejam pautadas em fundamentalismo religioso ou moralismos (religiosos ou não) diversos, mas apenas em estudos sérios que analisem o *mundo real* da prática do aborto no Brasil e no mundo, pelos rigorosos critérios da Medicina Baseada em Evidências, que atestem as mortes geradas no mundo pela criminalização do aborto, por sua seletividade e efeito discriminatório em mulheres cis e homens trans pobres, geralmente negras(os), o perfil real das pessoas que o praticam, suas razões reais e demais dados apurados cientificamente. Sem admitir que meros moralismos ou fundamentalismos apriorísticos antiaborto sejam utilizados contrariando as evidências do mundo real, como querem as pessoas religiosas que dizem tentar conciliar fé e razão, pois o fazem condicionando o uso da razão apenas naquilo que não questione seus dogmas, o que é, por definição, profundamente anticientífico.

## DA TUTELA DE URGÊNCIA

148. A concessão da tutela de urgência depende do preenchimento de dois requisitos básicos, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O primeiro deles representa a **fumaça do bom Direito**, que pode ser verificada pelos seguintes pontos, todos exaustivamente fundamentados nesta ação:

- a)** A lei foi sancionada pelo governo de Goiás sem interesse local que a justifique; **b)** A lei visa restringir o aborto legal constringendo as mulheres que o buscarem; **c)** A lei ofende os objetivos da República; **d)** A lei viola o princípio da dignidade da pessoa humana; **e)** A lei ofende o direito à saúde; **f)** A lei viola o princípio da proibição do

retrocesso; **g)** A lei viola o princípio do direito ao planejamento familiar; **h)** A lei viola o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos; **i)** A lei viola a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher; **j)** A lei se baseia em pânico moral.

149. Já o segundo requisito representa o **perigo da demora** na concessão de uma decisão pode causar para toda a população de mulheres que podem engravidar em Goiás a serem submetidas a tratamento desumano e cruel.

150. Sendo assim, enquanto a lei estiver em vigor danos irreparáveis poderão ser causados àquelas que sofrerem violência sexual, gestarem fetos com anencefalia ou correrem risco de vida. Isso não pode ocorrer, pois o Estado existe para estabelecer uma relação de equilíbrio e segurança entre as pessoas que o compõe enquanto suas cidadãs, não para gerar qualquer tipo de opressão, especialmente não quando falamos de grupos que já se encontram em situação de vulnerabilidade. Caso a lei continue em vigor mulheres cisgênero e os homens transgênero que correm risco de vida, foram vítimas de violência sexual ou têm gestação de feto com anencefalia serão constrangidas(os) no Estado de Goiás, inviabilizando seu direito ao aborto legal, consoante amplamente explicado.

## DOS PEDIDOS

151. Ante o exposto, requer-se, preliminarmente, o reconhecimento da **legitimidade ativa** da Impetrante como *entidade de classe*, enquanto *entidade de defesa de direitos fundamentais*, consoante firmado pelo Plenário desta Suprema Corte na **ADI 5.422**, que ratificou a tese da **ADPF 527-MC** e tem o respaldo da Procuradoria-Geral da República no **Parecer** à ADI 7429, e, no mérito, requer-se:

**a)** A concessão de **MEDIDA CAUTELAR monocrática, inaudita altera pars e ad referendum do Plenário, no prazo legal, para suspender a eficácia de toda a Lei 22.537, de 11 de janeiro de 2024, do Estado de Goiás**, em razão das inconstitucionalidades formais e materiais elencadas na peça e do risco de constranger mulheres cis e homens trans que correm risco de vida a seguirem com uma gestação prejudicial a sua saúde, por ser uma **lei que reforça o estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil e viola o princípio da proporcionalidade, em seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – cf. par. 143: TJAL, ADI n. 0800234-78.2024.8.02.0000, j; 18 e 25.1.24)**, por haver meio menos gravoso objetivamente aferível para promover o que ela pretende e, na ponderação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, nas hipóteses de aborto legal o direito à privacidade corporal, à não-discriminação por sexo e gênero e de proporcionalidade de mulheres cis e homens trans gestantes há de ter prevalência, por isso ser da essência do direito ao aborto legal (cf. “Conclusões”);

**b)** Em caso de realização de julgamento colegiado para julgamento e/ou referendo da medida cautelar, seja concedido tempo de **sustentação oral** no julgamento cautelar, sem prejuízo daquela a ser realizada no julgamento de mérito;

**c)** A notificação do Governo de Goiás para que apresente **Informações** necessárias, bem como a notificação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, para ofertarem **Pareceres**, no prazo legal para o rito das cautelares;



d) Seja a ação **JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE**, para declarar totalmente inconstitucional a **LEI 22.537, de 11.01.2024 do Estado de Goiás**, consoante razões sintetizadas no item “b” destes Pedidos e no tópico “*Conclusões*”, supra, principalmente (mas não exclusivamente) porque desnecessária aos fins a que se destina, porque se pauta em pressupostos ignorantes contrariados pelo mundo real e porque tem o intuito ou, pelo menos (e certamente), terá o efeito de aumentar o **estado de coisas inconstitucional do aborto legal no Brasil**, combatido pela ADPF 989 (que aqui se ratifica) e que precisa ser superado tanto pelos Poderes Políticos quanto pela Jurisdição Constitucional, dentro de suas competências;

e) **SUBSIDIARIAMENTE**, caso não declarada totalmente inconstitucional a lei impugnada, no que não se acredita e se aventa pelo princípio da eventualidade, requer-se a declaração de **inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, no mínimo, do art. 3º, inc. I, III, IV, V e VI**, pelas razões sintetizadas no parágrafo 145 e seus subitens, e se atribua **interpretação conforme a Constituição** ao restante da lei, para que a “*campanha de conscientização*”, o “*dia de conscientização*” e as “*diretrizes da campanha de conscientização contra o aborto*” que desejam criar seja(m) considerada(s) constitucional(is) apenas se não forem pautadas em fundamentalismo religioso ou moralismos (religiosos ou não), mas apenas em estudos sérios que analisem o *mundo real* da prática do aborto no Brasil e no mundo, pelos rigorosos critérios da Medicina Baseada em Evidências, que atestem as mortes geradas no mundo pela criminalização do aborto, por sua seletividade e efeito discriminatório em mulheres cis e homens trans pobres, geralmente negras(os), o perfil real das pessoas que o praticam, suas razões reais e demais dados apurados cientificamente e não por teses apriorísticas antiaborto sem respaldo no mundo real.

Termos em que,<sup>120</sup>

Pedem e Esperam Deferimento.

De Goiânia e São Paulo para Brasília, 31 de janeiro de 2024.

(assinado digitalmente)

<b>Manoela Gonçalves Silva</b> <sup>121</sup> OAB-GO 6.963	<b>Alice Bianchini</b> <sup>122</sup> OAB-SP 387.876	<b>Sônia Maria Carneiro Caetano Fernandes</b> <sup>123</sup> OAB-GO 14.248
<b>Amanda Souto Baliza</b> <sup>124</sup> OAB-GO 36.578	<b>Paulo R. Iotti Vecchiatti</b> <sup>125</sup> OAB/SP 242.668	<b>Carolina Valença Ferraz</b> <sup>126</sup> OAB/PE 1.058

<sup>120</sup> Ação elaborada a pedido da Presidência da ABMCJ à advogada Amanda Souto Baliza, que elaborou a *minuta* inicial, com desenvolvimento de *todos* os princípios constitucionais aqui trabalhados, sem a qual esta ação não seria possível. Ela chamou o advogado Paulo Iotti, que ampliou a fundamentação dos referidos princípios e elaborou os tópicos sobre *Bases Constitucionais, Estado de Coisas Inconstitucional do Aborto Legal no Brasil e Conclusões*. A ação foi enriquecida com relevantes orientações e contribuições das advogadas Alice Bianchini, Carolina Valença Ferraz e outra advogada feminista que pediu para não ter o nome citado, contando todas as teses com o aval da Presidente, da Vice-Presidente nacionais da ABMCJ, além da Presidente da ABMCJ/GO.

<sup>121</sup> Presidente Nacional da ABMCJ – Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas.

<sup>122</sup> Vice-Presidente Nacional da ABMCJ – Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas. Conselheira de Notório Saber do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM. Coordenadora da Pós-Graduação Direito das Mulheres <[www.meucurso.com.br](http://www.meucurso.com.br)>. Foi Conselheira Federal da OAB por SP e Vice-Presidente da Comissão Nacional da Mulher Advogada – CNMA, ambos entre 2019-2021.

<sup>123</sup> Presidente da Associação das Mulheres de Carreira Jurídica da Comissão do Estado de Goiás – ABMCJGO. Presidente da Comissão de Mediação e Conciliação da OAB-GO. Especialista em Direito Processual Civil pela UFG – Universidade Federal de Goiás.

<sup>124</sup> Coordenadora da Comissão de Diversidade Humana da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas em Goiás. Coordenadora Jurídica da Aliança Nacional LGBTI e da ABRAFH – Associação Brasileira de Famílias HomoTransAfetivas.

<sup>125</sup> Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie. Advogado de direitos humanos e Professor Universitário. Diretor-Presidente do GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero.

<sup>126</sup> Coordenadora do Grupo Frida de Gênero e Diversidade; Pesquisadora da Cátedra D. Helder Câmara Unesco/Unicap; Advogada Ativista em Direitos Humanos e Direito Antidiscriminatório.