

“QUAL O BEM MAIOR A SER PROTEGIDO, O SOFRIMENTO TEMPORAL DA GESTANTE OU A VIDA DO NASCITURO?”: ABORTO EM RAZÃO DE MALFORMAÇÃO FETAL GRAVE

Fabiane Simioni - Paula Pinhal de Carlos - Vanessa Ramos da Silva

INTRODUÇÃO

A reescrita foi desenvolvida no âmbito dos Grupos de Pesquisa Efetividade dos Direitos e Poder Judiciário, vinculado ao programa de pós-graduação em direito da Universidade La Salle (Canoas/RS) e do INDERI (Interseccionalidades e Decolonialidade nas Relações Internacionais), vinculado ao curso de Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande (Santa Vitória do Palmar/RS). Participaram do projeto estudantes de graduação e de pós-graduação das duas instituições de ensino, como também da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo/RS), durante o ano de 2022.

O projeto, a partir do qual resultou essa reescrita, teve como principal foco metodológico a promoção de um diálogo sobre justiça reprodutiva em decisões judiciais. Optamos por uma justiça reprodutiva como bússola para nos guiar nesse processo, porque a ideia de uma justiça social, em sentido amplo, não nos oferece ferramentas suficientes para um tipo de análise mais complexa, na qual as relações entre raça, sexo, sexualidade, classe e geopolítica estejam imbricadas (CURIEL, 2020), consubstanciadas (LUGONES, 2014) ou interseccionadas (COLLINS, 2019; COLLINS; BILGE, 2021). A justiça reprodutiva deriva da comunidade epistêmica que reivindica a ampliação das formas de reconhecimento do direito à saúde, à igualdade e à segurança materna, para além da sua dimensão individual,

abordando os aspectos estruturais, sociais e econômicos correlatos. Ativistas e intelectuais com origem nos movimentos transnacionais de mulheres negras impulsionaram a ideia de justiça reprodutiva, mesmo antes do uso corrente deste termo em pesquisas acadêmicas.

O termo ‘justiça reprodutiva’ foi apresentado pela primeira vez na Conferência Internacional para População e Desenvolvimento, realizada em Cairo (1994). A acadêmica e ativista afro-estadunidense Loretta Ross (2017), uma das primeiras intérpretes desse conceito, explica que o termo surgiu com o objetivo de reunir as experiências vividas por um grupo de mulheres negras operárias que lutavam pela escuta dos seus direitos reiteradamente ignorados, inclusive dentro do movimento feminista, o qual priorizava as demandas das mulheres brancas. Para a autora, “justiça reprodutiva é o completo bem-estar, físico, mental, espiritual, político, social e econômico das mulheres e meninas, como base na plena conquista e proteção dos direitos humanos das mulheres” (ROSS, 2006, p. 14).

Partimos de uma metodologia feminista cujo escopo primário é produzir uma reflexividade situada e enunciada que investe seu esforço para “levar a sério” as experiências de injustiça contra as mulheres e pessoas feminizadas, em um sentido plural e politicamente situado. Para tanto, apostamos em uma reflexão que exige a compreensão de como diferentes matrizes de dominação (COLLINS, 2019) se expressam em estruturas, ideologias e aspectos interpessoais e produzem, em última análise, diferentes formas de organização sistemática de violações aos direitos humanos das mulheres, em especial pelo sistema de justiça.

Outro aspecto que merece ser explicitado, porque influenciou na tomada de decisões para o projeto, diz respeito aos limites da nossa análise. Compartilhamos a impressão de que depois da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada pelo Su-

premo Tribunal Federal, em 12 de abril de 2012, a jurisprudência nacional tenderia a acomodar casos assemelhados com base naquele importante precedente. Entretanto, como verificamos em pesquisa realizada entre os anos de 2018 e 2020 (SILVA, 2020), não só os casos continuavam a chegar no sistema de justiça, como as decisões, em uma proporção jamais imaginada, se colocavam contrárias aos argumentos daquele precedente do STF. As mulheres que solicitavam a interrupção da gravidez por malformação fetal continuavam reféns da violência epistêmica de julgamentos marcados por estereótipos sobre a tomada de decisão de não se tornar necessária ou obrigatoriamente uma mãe.

A construção da compulsoriedade da maternidade, nesses casos, é o aspecto central sobre o qual as agentes do sistema de justiça apoiam seus pressupostos morais e religiosos para organizar justificativas jurídico-formais para a negação do acesso ao procedimento do aborto. A desconsideração do aspecto volitivo da maternidade constitui, per se, uma violação aos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Nenhuma mulher deveria ser “condenada” a levar uma gestação a termo em razão da anulação da sua condição de sujeito de direitos, em nome da conservação de ideais familistas, racistas e nacionalistas⁴¹⁷. Essa forma específica de divisão sexual

417 De acordo com Anzaldúa (1987) e Mohanty (2020), a família e a maternidade são aspectos centrais nos discursos nacionalistas que defendem a pureza da “raça” e a hegemonia de grupos dominantes. Esses discursos destacam a importância de manter a linhagem familiar ou preservar a “pureza” da nação, frequentemente idealizando um certo tipo de maternidade. Da mesma forma, enfatizam a necessidade de controlar a reprodução e a vida familiar, a fim de manter a homogeneidade cultural e étnica do país ou grupo nacional. Essa conexão entre família, maternidade e nacionalismo engendra políticas de exclusão de grupos subalternizados, como mulheres que não desejam ou não podem ter filhos, famílias que não se encaixam nos estereótipos tradicionais (monoparentais, chefiadas por mulheres etc.) ou grupos étnicos que são considerados “estranhos” à nação.

do trabalho (produtivo x reprodutivo) impõe às mulheres e pessoas feminizadas iniquidades decorrentes de concepções culturalmente convencionadas do feminino. Nesse sentido, sabemos que mulheres racializadas sofrem de modo desproporcional os efeitos do imbricamento entre as matrizes de dominação de raça, gênero, classe social e sexualidade quando submetidas ao regime de constrangimento de um padrão essencialista de maternidade e mulheridade⁴¹⁸ pressupostos pelos agentes de justiça, em especial no contexto brasileiro⁴¹⁹. Entretanto, no caso dessa reescrita, não tivemos condições de problematizar os impactos específicos de diferentes matrizes de dominação nesse caso, em especial, em razão dos limites de informações sobre os sujeitos envolvidos na decisão em exame.

O exercício da reescrita da decisão judicial exigiu desconstruir e ressignificar a decisão original, com o objetivo de elaborar e produzir uma outra resposta para o caso concreto eleito, qual seja, o aborto por malformação fetal. Assim, estudantes, professoras e pesquisadoras foram desafiadas a ocupar o lugar de juízes e juízas e redigir decisões alternativas, de acordo com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021). O Protocolo (2021) é um guia para que os julgamentos realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a

418 Usamos o termo “mulheridade” na tentativa de contrastar com a universalidade (patriarcal, branca, eurocêntrica e heteronormativada) da categoria “mulheres”. Nesse sentido, mulheridade se apresenta como uma categoria complexa e fluida, moldada e influenciada por distintos elementos. Reivindicamos aqui a possibilidade de desessencializar a feminilidade e de performar o feminino em diferentes corpos, práticas e representações sociais.

419 A título exemplificativo citamos os casos Alyne da Silva Pimentel, Janaína Aparecida Quirino e coletivo de Mães de Acari. Em todos esses casos, por serem mulheres negras e periféricas, o projeto voluntário de maternidade foi negado por diferentes agentes sociais e instituições.

concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos. Assim, esse instrumento serviu de ferramenta para orientar o processo de eleição da decisão, bem como a reescrita em si. Importante ressaltar que o próprio Protocolo (2021) é também um produto da comunidade epistêmica que defende a abordagem interseccional nas práticas de justiça, no Brasil.

A decisão eleita para a reescrita reúne elementos importantes para discutir dois problemas frequentes no sistema de justiça brasileiro:

1. a ausência de uma legislação doméstica que garanta segurança jurídica para os pedidos de interrupção da gravidez decorrente de malformação fetal grave - ou seja, que inviabiliza a vida extrauterina;
2. a ausência de uma perspectiva de gênero no julgamento de casos que envolvem os direitos humanos das mulheres.

A decisão objeto da reescrita é uma sentença de 1º grau, proferida em 13 de novembro de 2017, em uma comarca do estado do Rio Grande do Sul. A sentença decorre de um pedido de autorização judicial para aborto de feto diagnosticado com complexo de OEIS, em que há malformações em vários órgãos.

O Ministério Público emitiu parecer favorável à interrupção da gestação. Em seguida, o juiz do caso indeferiu a expedição do alvará, questionando “qual o bem maior a ser protegido, o sofrimento temporal de alguns dias, semanas ou meses da gestante ou a vida do nascituro”. Em resposta a sua indagação, o juiz afirma que “as malformações físicas do feito podem não regredir e este vir a falecer em seguida ao seu nascimento (quem saberá!), mas isso não quer necessariamente dizer que a criança, que está para nascer, não tem direito à vida, ainda que por alguns segundos.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Esses e outros argumentos nos levaram a optar pela reescrita dessa decisão, justamente porque reitera uma série de estereótipos vinculados aos direitos humanos das mulheres, uma vez que (i) a interrupção da gravidez é considerada uma violação do direito à vida do nascituro e, nesse contexto, a vida da pessoa gestante, bem como sua dignidade e autonomia, são desconsiderados; (ii) a gestante é compreendida como a pessoa que tem um papel reprodutivo que se sobrepõe ao seu valor como indivíduo, de forma que a maternidade é considerada como um dever compulsório; (iii) os argumentos utilizados para indeferir o aborto, nesse caso, ignoram os direitos reprodutivos conquistados pelos movimentos de mulheres e feministas, em especial o direito ao aborto em caso de anencefalia, já decidido pelo STF no julgamento da ADPF nº 54 desde 2012.

Esse trabalho apresenta uma breve contextualização do caso concreto; o inteiro teor da sentença objeto da reescrita; uma breve descrição quanto aos métodos e à abordagem do caso e, por fim, a nossa proposta de uma decisão juridicamente orientada pelo Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (BRASIL, 2021) e pela perspectiva feminista dos direitos humanos das mulheres.

Podemos destacar que um dos aprendizados desse projeto interinstitucional é o de que o trabalho coletivo entre estudantes e pesquisadoras possibilitou um olhar sensível para a complexidade das experiências sobre o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, em especial, aqueles relativos à integridade, à saúde e à segurança na gestação, especialmente em condições de extrema vulnerabilidade de saúde física e mental. O resultado alcançado é uma reescrita com perspectiva de gênero que tem o potencial para superar os limites da simples subsunção do caso a uma arquitetura legal pré-estabelecida, na medida em que usando outras ferramentas, obtivemos um resultado que leva seriamente em consideração as questões relativas à constru-

ção social da maternidade e aos direitos correlatos. A reescrita buscou incorporar a perspectiva feminista e considerar os desafios específicos enfrentados pelas mulheres e pessoas que gestam buscando garantir uma proteção mais abrangente e efetiva dos seus direitos.

CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

Trata-se de um pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez de feto com complexo de OEIS, ajuizado em uma comarca do Rio Grande do Sul, em 10 de novembro de 2017, por Paulo e Maria (nomes fictícios). O caso, portanto, ocorreu após a decisão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em 12 de abril de 2012, tratando de semelhante circunstância.

Com 20 semanas de gestação, Maria recebeu o mesmo resultado em duas ecografias obstétricas: complexo de OEIS. Segundo o relatório médico, “o gravíssimo caso obstétrico” resultaria em óbito intra-uterino (fl. 09 do processo).

O Complexo de OEIS é um conjunto de malformações congênitas, que incluem defeitos na espinha, onfalocele (não fechamento da linha do umbigo, o que deixa o aparelho gastrointestinal exposto), ânus imperfurado e extrofia de bexiga (PEREIRA *et al.*, 2018).

Confirmado o diagnóstico, Maria, junto com o seu companheiro Paulo, ingressou com o pedido de autorização junto à vara do júri, quando Maria contava com 20 semanas e 4 dias de gestação. Instruíram a demanda com os resultados dos exames, relatório médico em hospital de referência em saúde materno-infantil, com a indicação de interrupção da gravidez.

O Ministério Público se manifestou pela concessão da autorização.

O juiz do caso indeferiu o pedido em 13 de novembro de 2017.

A sentença objeto dessa reescrita, cujo teor integral se encontra em seguida, se fundamenta em quatro argumentos:

1. o Código Penal brasileiro não autoriza o aborto;
2. as exceções (hipóteses de excludente de antijuridicidade) elencadas no Código Penal para a prática do aborto não alcançam o caso de malformação fetal;
3. o pedido formulado na inicial é juridicamente impossível;
4. se trata de aborto eugênico.

DECISÃO INTEGRAL

Vistos.

Maria, qualificada nos autos, através de advogado constituído, requer alvará judicial para interrupção da gravidez, alegando que está com aproximadamente 20 semanas de gravidez de feto que apresenta “provavelmente uma síndrome de banda amniótica ou complexo OEIS”. Ainda, o exame realizado indica que “as alterações anatômicas descritas nos exames são de alta letalidade intra-útero ou pós-natal”.

Junta documentos.

O feito foi inicialmente distribuído ao Foro Regional da comarca.

Requer a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, o qual já restou concedido à fl. 29 dos autos.

O Ministério Público manifestou-se pela declinação de competência para o Tribunal do Júri, bem como, no mérito, pelo deferimento do requerimento, fls. 27/28.

O Juízo, acolhendo o parecer ministerial, declinou da competência, sendo o presente feito redistribuído a este 1º Juizado, da 2ª Vara do Tribunal do Júri, desta comarca.

É o relatório.

Decido.

No Mérito:

No âmbito do Código Penal, a matéria sobre o aborto é regulada no Título I, nos Crimes contra a Pessoa, mais especificamente no Capítulo I dos Crimes contra a Vida e art. 124 e seguintes do referido Código.

Há no art. 128 os casos de excludente de antijuridicidade: I) quando o aborto é praticado por médico e não há outro meio de salvar a vida da gestante, e neste caso o árbitro, o que avalia a situação e verifica a necessidade é o médico e não é preciso autorização judicial. Esta não é exigida pela norma não incriminadora, segundo Mirabete; e II) quando a gravidez resultar de estupro.

As duas formas têm o consentimento da gestante ou de seu representante legal como imprescindível.

O caso em tela não se ajusta a nenhum dos casos previstos na norma jurídica como legais.

A interrupção da gravidez requerida tem por objeto extirpar a vida de uma criança em formação para nascer, na vigésima semana de gestação, ou seja, aproximadamente 5 meses de gravidez, para evitar um período de gestação atribulado, ou resultar em nascimento de criança com desenvolvimento comprometido.

Para decidir-se tal questão, tem-se que verificar quais os bens que se quer ver protegidos com a prática abortiva, e quais os bens por ela atingidos.

Sobre isso, assim se manifestou o ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, em parecer junto ao Supremo Tribunal Federal, parte do qual permito-me transcrever: “Os artigos 124 e 126 do CP tipificam, criminalmente, o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (124) e o aborto provocado por terceiro (126). Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam.”

O art. 128 do CP, como já referido, define os casos do aborto impunível. Todavia as alegações da inicial não se coadunam com nenhum destes casos previstos no artigo 128 do CP. E casos diversos dos previstos no artigo 128 do CP, enquadram-se nos artigos 124 e 126, ambos do CP, que são sempre criminosos. O artigo 128 do CP traduz-se em norma excepcional, não admite interpretação analógico, não pode ser ampliada para delimitar o aborto.

O art. 5º da Constituição Federal preceitua: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida”. Este é o primeiro dos direitos fundamentais. Se há processo de gestação, e neste caso há, existe vida intrauterina. O eminente parecerista supracitado, assim se referiu quando emitiu parecer sobre um caso de anencefalia: “No caso da anencefalia há o normal desenvolvimento físico do feto: formam-se os olhos, nariz, ouvidos, boca e mãos, enfim, o que lhe permite sentir, e também os braços, pernas, pés, pulmões, veias, sangue que corre e coração”.

O art. 2º do Código Civil prescreve: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O art. 41 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê expressamente: “toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção. A Convenção sobre Direitos da Criança reconhece no seu artigo primeiro o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido”. O preâmbulo desta Convenção é claro: “a criança, por falta de maturidade física e mental, necessita de proteção legal, tanto antes, como depois do nascimento”.

A legislação nacional e internacional traz em seu bojo o conceito de que há vida desde a concepção.

Aurélio Buarque de Holanda define “nascituro” como o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo.

O bebê com malformações provavelmente nascerá, poderá viver alguns segundos, minutos, horas, dias, meses, não se pode definir para o futuro.

Cláudio Fonteles, em seu parecer datado de agosto de 2004, assim se manifesta: “O direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivida visível. O direito à vida é atemporal, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana. A dor temporal da gestante é justificativa bastante para se relativizar a compreensão do direito à vida como posto acima? Qual o bem maior a ser protegido, o sofrimento temporal de alguns dias, semanas ou meses da gestante ou a vida do nascituro, que goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno quanto internacional. A previsão de que a morte natural ocorrerá em breve prazo não justifica que ela possa ser antecipada por intervenção cirúrgica com finalidade específica de provocá-la”.

Jérome Lejeune, eminente professor francês, especialista em Genética Fundamental e descobridor da genética da Síndrome de Down, ao ser perguntado se o aborto eugênico não seria uma prática em favor da criança, disse: “o aborto resolve o problema dos pais, não dos filhos”. Mais adiante refere: “os pais que defendem isto não querem ter um filho doente” (Lejeune, J. - O Direito de nascer - [entrevista] Veja, 1991, Set 11).

As malformações físicas do feito podem não regredir e este vir a falecer em seguida ao seu nascimento (quem saberá!), mas isso não quer necessariamente dizer que a criança, que está para nascer, não tem direito à vida, ainda que por alguns segundos.

A fundamentação da inicial para requerer a autorização do

aborto é que a mãe, ante o diagnóstico da malformação física do feto, entende lícito abreviar a gestação, face a eventual risco ao feto e eventos documentados de risco a gestantes em situação análoga, o que não restou atestado em concreto *in casu*.

Levando em consideração que o aborto é ação humana dirigida, com uso de meios diversos, para a obtenção de um resultado, a destruição da vida dependente, ou seja, a morte do feto, e o caso em tela não se encontra ao abrigo de nenhum dos casos previstos em lei como legais, não encontrando, pois, amparo de legitimidade, sobretudo no artigo 128 do CP, que tem interpretação restritiva e não permite aplicação da analogia. Por isso, entendo ser impossível o pedido por falta de amparo legal.

Isto posto, julgo IMPROCEDENTE o pedido, por entender ser o mesmo impossível, na forma do art. 487, inc. I, do NCPC, aqui subsidiariamente aplicado.

Dispensadas as custas.

Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, archive-se.

Demais diligências pertinentes.

MÉTODOS E ABORDAGENS UTILIZADAS NA REESCRITA

O principal objetivo da reescrita de decisões judiciais é aplicar um ou alguns métodos feministas e observar, em que medida, o resultado é também juridicamente plausível. Então, é fundamental descrever ou indicar qual ou quais métodos exatamente estão sendo usados na reescrita. Uma das hipóteses da pesquisa é a permanência e atualização de estereótipos de gênero nos processos judiciais envolvendo pedidos para a realização de aborto.

No presente caso, é possível identificar uma percepção de maternidade enquanto uma tarefa compulsória, que não comporta escolhas da gestante, ainda que seja explicitado pela equipe médica que o feto não é compatível com a vida extrauterina. Essa fusão entre o feminino e o maternal se constitui em um importante dispositivo de controle sobre as mulheres (BIROLI, 2017) e pode ser encontrada em outras decisões relativas à autorização para aborto (SILVA, 2020).

A noção de que o papel da mulher é de suportar o “sofrimento temporal” para levar a gestação a termo, mesmo ante as malformações fetais graves e diversas, reforça a ideia de sacrifício ligada à maternidade. Nesse sentido, quando mulheres decidem abortar, estão reivindicando o controle da sua capacidade reprodutiva (GONZAGA; ARAS, 2017).

Como resposta, verifica-se que nas decisões são utilizados estereótipos de gênero que, ao invés de reconhecer a autonomia reprodutiva das mulheres, utilizam padrões hegemônicos de maternidade como estratégia argumentativa para o indeferimento do aborto, deixando de lado os direitos humanos das mulheres (SILVA, 2020). Tal estratégia, que justifica o controle dos corpos em nome da sacralidade da reprodução e da maternidade, pode ser entendida como uma violação dos direitos humanos das mulheres (BIROLI, 2014).

Durante a análise da decisão, nos deparamos com algumas particularidades do caso que influenciaram a abordagem escolhida para a reescrita. Antes de reescrever a decisão, já pautávamos a necessidade de uma abordagem feminista em perspectiva interseccional, trazida não somente pelo Protocolo (BRASIL, 2021), como também por outros trabalhos (BARTLETT; DOUGLAS; HUNTER; LUKER, 2014; MUNRO, 2021; FERREIRA; BRAGA, 2021). Contudo, a questão central da decisão reside no (não) reconhecimento e (não) aplicação do direito ao aborto em casos de anencefalia e malformações fetais

que inviabilizem a vida extrauterina, tendo como principal fundamento a sobreposição dos direitos do feto sobre os direitos da gestante.

Por esse motivo, em que pese a imprescindibilidade da leitura interseccional para alcançar a justiça reprodutiva (para além das dimensões individual e social dos direitos sexuais e reprodutivos), optamos por uma abordagem centrada na identificação de violações de direitos das mulheres, assim como, na aplicabilidade do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (BRASIL, 2021). Essa opção se justifica, na medida em que o objeto da decisão não comportava uma abordagem metodológica que aprofundasse os impactos de discriminações transversalizadas, uma vez que esse debate não é confrontado pelo caso escolhido⁴²⁰. Decidimos, portanto, que a reescrita da decisão seria desenvolvida a partir de uma abordagem feminista centrada nos direitos humanos das mulheres.

Nesse contexto, nossa reescrita buscou propor uma interpretação jurídica feminista que supere tais estereótipos e que se ajuste ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021).

O Protocolo foi publicado no dia 18 de outubro de 2021 e foi elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela portaria nº 27, no dia 02 de fevereiro de 2021, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O documento tem como objetivo colaborar para a implementação das políticas nacionais já estabelecidas pelas Resoluções nº 254 e 255 do CNJ, referentes ao Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres pelo Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Judiciário, nas jurisdições estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral.

⁴²⁰ O caso eleito para essa reescrita tramitou em segredo de justiça e, portanto, não teve repercussão midiática. De fato, não tivemos acesso, por exemplo, a uma declaração de autoidentificação de Maria (nome fictício da autora da demanda) quanto ao pertencimento racial ou religioso. Sabemos, pelos dados do processo, que se trata de pessoa sem recursos financeiros, nos termos da lei brasileira de gratuidade do acesso à justiça.

Para a elaboração da publicação foi utilizado como referência o “Protocolo para Juzgar con perspectiva de género”, do Estado do México, elaborado após determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No México, o documento foi elaborado para atender às medidas de reparação estabelecidas pela CIDH nos casos “González y otras (Campo Algodonero)”, “Fernández Ortega y otros” e “Rosendo Cantú y otra”, todos contra o Estado do México, em razão da gravidade da violência institucional e sistêmica a que as mulheres mexicanas foram submetidas quando buscaram o Judiciário.

Com o Protocolo, o Estado mexicano pretendeu materializar um método que incorporasse o gênero como categoria de análise nos julgamentos, destacando a perspectiva de gênero como um fator fundamental para a atividade jurisdicional.

No Brasil, o documento tem como objetivo, em primeira instância, reconhecer a influência da discriminação de gênero, raça e sexualidade em todas as áreas do direito, e não somente em processos relativos à violência doméstica e familiar contra as mulheres ou que versem sobre racismo e homofobia. Dessa forma, o Protocolo propõe, também, o debate sobre a interseccionalidade entre as categorias mencionadas. A publicação serve, portanto, como uma espécie de guia para magistrados e magistradas para orientar o julgamento de casos, que devem ocorrer a partir de uma perspectiva interseccional de gênero.

A adoção de uma perspectiva de gênero no processamento e julgamento de casos pelo sistema de justiça é - ou ao menos deveria ser - decorrência lógica da ratificação dos tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos das mulheres pelo Brasil, que obrigam o Estado a garantir tratamento igualitário nos tribunais, além de eliminar toda forma de discriminação contra meninas e mulheres, dentre as quais se inserem os atos e decisões proferidas por juízas e juízes.

Nesse contexto, foram utilizadas as diretrizes do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero (BRASIL, 2021) que serviu como método para a reescrita da decisão judicial em uma perspectiva feminista, com o objetivo de apresentar uma decisão livre de estereótipos de gênero.

A reescrita foi realizada a partir de uma decisão proferida em um processo de pedido de alvará para autorização de aborto, em uma comarca do Rio Grande do Sul. Para tanto, foi também analisado o inteiro teor do processo, cujo acesso foi autorizado pela juíza titular da Vara do Júri, através de abertura de processo administrativo e posterior assinatura de termo de compromisso.

No termo de compromisso, ficou vedada a publicização de informações que possam identificar o processo ou as partes, como nomes e número do processo, por exemplo. Por esse motivo, foram atribuídos nomes fictícios à requerente e ao seu cônjuge e foi ocultado o número do processo e a respectiva comarca em que tramitou.

REESCRITA DA DECISÃO

2ª Vara do Júri

Processo nº: _____

Partes: Paulo e Maria (nomes fictícios)

Juíza: Esperança Garcia (nome fictício)

Data: 27 de março de 2023

Vistos os autos.

Maria, qualificada nos autos, ingressou com pedido de autorização de interrupção da gravidez.

A requerente relata que se encontra na 20ª semana de gestação de feto portador de grave malformação incompatível com a vida

extrauterina, decorrente de malformações múltiplas, diagnosticadas como complexo de OEIS.

Juntou dois exames de ultrassonografia que atestam inequivocamente a existência de malformações, além de laudo que atesta “feto com restrição de movimentação, artrogripose secundária ao anidrânio, hipoplasia nasal, dilatação de sistema ventricular, derrame pleural bilateral, alteração do contorno do tórax sugestivo de tórax em sino, hipoplasia pulmonar, alteração na anatomia cardíaca, onfalocele extensa, ascite, dilatação de penal renal bilateral, (tipo UTD A2/3), defeito de fechamento de coluna sacral, sendo concluído que o quadro apresentado é provavelmente uma síndrome de banda amniótica ou complexo OEIS, devendo em consequência deste gravíssimo caso obstétrico resultar em óbito intrauterino”.

Fundamentou o pedido com base na preservação do seu direito à vida e à saúde psíquica e física, em razão da impossibilidade de tratamento que possa reverter o quadro de má formação fetal.

O Ministério Público se manifestou pelo deferimento da autorização para a interrupção da gravidez.

É o relatório.

Decido.

No presente caso, o feto foi diagnosticado com complexo de OEIS. Segundo o laudo médico da fl. 09, o caso é gravíssimo e pode resultar, inclusive, em óbito intrauterino, oferecendo risco à saúde física da gestante.

Ainda, o resultado do exame ecográfico juntado à fl. 11 atesta que “as alterações anatômicas descritas no exame são de alta letalidade intraútero ou pós-natal (incompatíveis com a vida)”.

Segundo o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, em casos de aborto é necessário destacar que a tipificação da conduta é discutida no Supremo Tribunal Federal há mais de uma

década, tendo a Corte Constitucional decidido, em 2012, no sentido de autorizar a interrupção da gravidez de fetos com anencefalia, entendendo que em casos como este a conduta deve ser considerada atípica (BRASIL, 2021).

O fundamento para a permissiva é que a proibição de realização do aborto em casos de anencefalia viola princípios e direitos fundamentais da gestante, em especial no que se refere à integridade física e psicológica. Ainda, com a evolução da tecnologia, casos de malformações fetais graves, que inviabilizam a vida extrauterina, são diagnosticados já no acompanhamento pré-natal, sendo desarrazoado submeter a pessoa a levar a gestação a termo quando já se tem conhecimento de que o feto não sobreviverá após o parto.

Neste sentido, o Protocolo destaca a necessidade de afastamento de estereótipos sobre condutas esperadas de mulheres quanto à maternidade, além do necessário alinhamento das decisões judiciais ao direito à saúde física e mental da gestante (BRASIL, 2021).

Não se ignora que o caso em tela não se adequa, de maneira literal, ao entendimento do STF para casos de anencefalia. Por outro lado, verifica-se que as malformações observadas no feto estão presentes em vários órgãos, apresentando “ausência de líquido amniótico, traves de membranas amnióticas envolvendo o feto com restrição de movimentação, artrogripose secundário ao anidrâmnio, hipoplasia nasal, dilatação de sistema ventricular, derrame pleural bilateral, alteração do contorno do tórax sugestivo de “tórax em sino”, hipoplasia pulmonar, alteração na anatomia cardíaca, onfalocele extensa, ascite, dilatação de pelve renal bilateral, defeito de fechamento de coluna sacral” (fl. 09).

Portanto, as malformações congênitas múltiplas descritas, que acometem desde a coluna, rins e aparelho digestivo até a anatomia pulmonar e cardíaca do feto, se adequam ao entendimento observado

no julgamento da ADPF nº 54, em especial ante a atestada inviabilidade da vida extrauterina.

Nesse contexto, reporto-me ao voto proferido no julgamento da ADPF nº 54. Nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos tecnológicos e técnicos necessários para diagnosticar anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina ainda no pré-natal. Portanto, a literalidade do Código Penal de 1940 está em consonância com o nível de diagnósticos médicos disponíveis na época, circunstância que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto com malformação fetal grave. (STF, 2012, p. 25).

O mesmo legislador, inclusive, estabeleceu no artigo 128, II, do Código Penal que é impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, sendo indiferente para a realização do procedimento se o feto possui ou não qualquer tipo de malformação. Com a excludente de antijuridicidade acima elencada, buscou-se proteger a dignidade e a saúde da mulher, nitidamente se preocupando mais com a proteção aos direitos da mulher do que com o feto, que possui mera expectativa de direitos, nos termos da legislação civil em vigor.

Vejamos. No presente caso, assim como na hipótese julgada na ADPF nº 54, não há potencialidade de vida extrauterina, inexistindo justificativa para a tutela jurídico-penal, em especial quando confrontada com os direitos fundamentais da gestante.

Na ordem jurídica internacional também se observa este entendimento. O texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. O mesmo texto também define violência, descrevendo-a como qualquer ato ou conduta base-

ada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, seja na esfera pública ou privada.

Neste contexto, submeter a gestante a levar a gravidez a termo sabendo que o feto não sobreviverá ao parto, podendo, inclusive, apresentar óbito intrauterino, viola direitos fundamentais das mulheres.

Reporto-me novamente ao julgamento da ADPF nº 54 no sentido de que a imposição estatal da manutenção da gestação vai de encontro aos princípios basilares do direito constitucional, em especial à dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação, à saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos.

Não autorizar a interrupção da gravidez, neste caso, privilegia o feto que sequer possui expectativa de vida pós-natal, violando, consequentemente, os direitos da mulher, impondo-lhe sacrifício que causará sofrimento físico e psíquico, sendo cabível a expedição de alvará para realização do aborto.

No mais, considerando a existência de risco de vida à gestante, entendo que o quadro se adequa à excludente de antijuridicidade descrita no artigo 128, inciso I, do Código Penal, situação que autoriza a interrupção da gravidez.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido, em observância aos princípios e direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, saúde e direitos sexuais e reprodutivos, bem como ante a excludente de antijuridicidade disposta no artigo 128, I do Código Penal.

Intimem-se.

Expeça-se o alvará para realização do procedimento, com urgência.

Com o trânsito em julgado, archive-se.

Diligências legais.

REFERÊNCIAS

ANZALDÚA, Gloria. **Borderlands: the new mestiza - la frontera**. San Francisco: Aunt Lute, 1987.

BARTLETT, Francesca; DOUGLAS, Heather; HUNTER, Rosemary; LUKER, Trish. **Australian Feminist Judgments: Righting and Rewriting Law**. Oxford, RU; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.

BIROLI, Flávia. Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, p. 37-68, 2014.

BIROLI, Flávia. Direito ao aborto e maternidade: gênero, classe e raça na vida das mulheres. **Revista Cult Online**, São Paulo, n. 223, 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: CNJ e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2021. Disponível em: www.cnj.jus.br e www.enfam.jus.br. Acesso em: 14 dez. 2022.

COLLINS, Patricia Hill. **Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento**. São Paulo: Boitempo, 2019.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. São Paulo: Boitempo, 2021.

CURIEL, Ochy. Construindo metodologias feministas desde o feminismo decolonial. *In*: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.). **Pen-samento feminista hoje: perspectivas decoloniais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, p. 120-139, 2020.

FERREIRA, Leticia Cardoso; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. A “pergunta pela mulher” nas ciências criminais: contribuições da Metodologia Feminista para o campo do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 316-339, set./dez. 2021.

GONZAGA, Paula Rita Bacellar; ARAS, Lina Maria Brandão de. Leis patriarcais e suas inscrições em corpos femininos: A implicação da clandestinidade em itinerários abortivos vividos na capital da Bahia. **Revista VIA IURIS** [online], n. 22, p. 109-126, 2017. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273954731007>. Acesso em 07 mar. 2023.

LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo descolonial. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, 2014.

MOHANTY, Chandra Talpade. **Sob olhos ocidentais**. Rio de Janeiro/Copenhague: Zazie Edições, 2020.

MUNRO, Vanessa Eveline Feminist Judgments Projects at the intersection. **Feminist Legal Studies** [online], v. 29, p. 251-261, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10691-020-09428-0>. Acesso em 07 mar. 2023.

PEREIRA JÚNIOR, Edilberto Vasconcelos; PEREIRA, Iago Assunção; PEREIRA, Igor Assunção; CASTRO, Milena Borges de; FA-