

NOTA TÉCNICA nº 09/2021-PGJ – CAO Cível – Inclusão Social
(SEI 29.0001.0082200.2021-56)

EMENTA: Projeto de Lei 5433/2020. Repetição de garantias já existentes. Inconstitucionalidades das inovações trazidas. Retrocesso social em relação aos direitos das gestantes. Vedação. Rejeição necessária.

SUMÁRIO:

- I – Introdução e exposição de motivos do Projeto.**
- II – Dos artigos que repetem garantias já existentes.**
- III – Dos artigos inconstitucionais que significam retrocesso.**
- IV – Conclusões.**

I – Introdução e exposição de motivos do Projeto

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 5.435 de 2020 dispendo sobre o dito “Estatuto da Gestante”, de autoria do Senador Eduardo Girão, do Partido Podemos/CE.

O projeto de Lei contém doze dispositivos e já no artigo 1º revela seu real intento ao prescrever que pretende: “... a proteção e direitos da Gestante, pondo a salvo a vida da criança por nascer[1] desde a concepção[2]”.

Longe de focar a garantia de direitos fundamentais da mulher gestante, o Projeto deixa claro que intenta, em verdade, regular a situação jurídica do produto da concepção, ao qual chama de “criança por nascer”, eis

que as inovações que traz, em termos de direitos e obrigações, voltam-se exclusivamente ao nascituro, colocando em risco as pesquisas com células-tronco e a garantia do aborto nas hipóteses especiais previstas no Código Penal sendo, ao revés do que anuncia, e no caso de ser aprovado, um retrocesso de direitos às gestantes. [3]

Nesse sentido, na motivação do projeto consta que ele tem como objetivo evitar a *“manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês a morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes”*

Inicialmente, oportuno registrar que nenhuma das situações postas como motivo para a apresentação do Projeto de Lei 5.435/2020 são lícitas ou toleradas pela República Federativa do Brasil, que inclusive pune criminalmente a comercialização de material genético coletado durante o procedimento de fertilização *in vitro* (artigo 15 da Lei 9.434/1997).

Ademais, como se sabe, a Constituição da República elege a isonomia como direito fundamental, vedando a discriminação da pessoa com deficiência que, em hipótese alguma, é alvo de pena de morte (ao lado da tortura ou de qualquer tratamento desumano ou degradante, abolida do ordenamento jurídico). Aliás, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos da Pessoa com Deficiência[4], primeiro tratado internacional recepcionado pela ordem jurídica segundo o rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, tendo *status* equivalente ao de emenda constitucional, reforçando ainda mais o compromisso nacional de conferir tratamento digno à pessoa com deficiência e de envidar esforços para sua efetiva inclusão no seio social, enfrentando o estigma histórico do preconceito e da marginalização.

No rastro disso, destaca-se o artigo 10 da Convenção Interamericana, o qual ratifica que *“todo ser humano tem o inerente direito à vida e [os Estados*

Partes] tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

Vale lembrar da já existente Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) que estabelece uma série de restrições e filtros de fiscalização às pesquisas envolvendo células tronco-embrionárias, além de vedar textualmente, e em absoluto, a clonagem humana (artigo 6º, inciso IV).

É certo que o artigo 5º da referida Lei de Biossegurança, que autoriza a utilização de embriões humanos decorrentes de fertilização *in vitro* inviáveis ou congelados há mais de três anos em pesquisas científicas e terapias, foi alvo da ADI 3.510, mas ela foi julgada improcedente em 28 de maio de 2008.

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal declarou inexistir violação ao direito fundamental à vida pelo uso das células-troncos embrionárias em prol da liberdade científica e acadêmica. O ilustre Relator, então Ministro Ayres Britto, assentou que a proteção do direito fundamental à vida é restrita à pessoa nascida viva até sua morte (indivíduo-pessoa), e que a dignidade da pessoa humana espraia efeitos para alcançar o embrião contido no útero materno em processo de gestação, conferindo-lhe certo grau de proteção de caráter distinto ao reservado ao nascido vivo.^[5]

Assim, pela exposição de motivos, é possível problematizar, desde logo, a pertinência do projeto e a nomenclatura dada a ele.

Pelo que se depreende do que foi dito, o Projeto, embora anuncie uma suposta proteção à gestante, traz, como motivação, receios em relação ao nascituro, que erige inadequadamente ao *status* de criança (ainda que por nascer), e que já são, pela legislação pátria, objeto de proteção.

II – Dos artigos que se voltam às gestantes para repetir garantias já existentes

Não apenas as garantias em relação ao nascituro soam repetitivas, mas também aquelas que se voltam à proteção específica da gestante, esvaziando, também por essa razão, o sentido do Projeto.

Os artigos 3º, 4º e 6º repetem o que já está amplamente garantido pela Constituição Federal e pelas normas que disciplinam a chamada estratégia da Rede Cegonha, lançada em 2011, a qual garante a atenção integral pelo Serviço Único de Saúde à mulher gestante e que compreende: a) pré-natal; b) parto e nascimento; c) puerpério e atenção integral à saúde da criança; e, por fim, d) sistema logístico (transporte sanitário e regulação).

Isso sem falar na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), instituída desde 2004 pelo Ministério da Saúde, a qual estatui como objetivos específicos o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal, a qualificação da assistência obstétrica e neonatal, além de outras ações de atenção humanizada. A mulher negra, vale mencionar, tem a atenção à saúde prevista na Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, a qual estabelece, no que tange à mulher negra gestante eixo de proteção que assegura a *“qualificação e humanização da atenção à saúde da mulher negra, incluindo assistência ginecológica, obstétrica, no puerpério, no climatério e em situação de abortamento, nos Estados e Municípios”*.

Os artigos 9º e 10º, nessa mesma linha, repetem direitos e obrigações elementares em relação ao genitor, que já constam, com muito mais rigor e pertinência, na legislação civil, especial (direito de família) e penal.

Nesse sentido, os artigos falam, genericamente, que o genitor pode ter acesso às informações relativas a seus filhos; que respondem se provocarem danos ou a morte da gestante ou da *“criança por nascer”*; além de terem que pagar alimentos aos filhos.

Superados os artigos absolutamente desnecessários, eis que repetem disposições legais protetivas que já existem, destacam-se aqueles em que as

intenções de retrocesso ao aborto legal e, portanto, que afrontam os direitos das gestantes (embora de forma dissimulada), são manifestados.

III – Dos artigos que trazem inovações para retroceder direitos fundamentais das mulheres

Os dispositivos realmente inovadores são justamente aqueles previstos nos artigos 5º, 7º, 8º e, principalmente, 11º do Projeto e que acabam configurando retrocesso, pelas razões abaixo expostas.

Art. 5º - Às mulheres que, vítimas de estupro, vierem a conceber, será oportunizado pelo SUS junto às demais entidades do Estado e da sociedade civil, a opção pela adoção, caso a gestante decida por não acolher a criança por nascer, bem como as sanções penais ao estuprador previstas na Lei 12.015/2009.

Nota-se que referido artigo, ao mencionar a hipótese de a mulher estar grávida de um estuprador não alude, em momento algum, à prerrogativa do aborto legal, previsto de maneira muito clara no artigo 128 do Código Penal de 1940, e que convoca o SUS a oportunizar a ela a interrupção imediata da gravidez se assim desejar, nos termos regulamentados pela Portaria 2282, de 27 de agosto de 2020.[6]

Da forma como o artigo está redigido neste Projeto, o SUS teria a única obrigação – a qual, diga-se, nunca foi dele – de articular a adoção da criança, função que é conferida ao Sistema de Justiça, o qual é comumente provocado pelo Conselho Tutelar e pela rede de assistência social, não pela rede SUS.

A omissão da função elementar do SUS, de disponibilizar à mulher o acesso ao aborto legal, é retrocesso incompatível com a autonomia feminina duramente conquistada.

Art. 7º - O diagnóstico pré-natal deve ser orientado para salvaguardar a vida, o desenvolvimento natural da gestação, a saúde e a integridade da gestante.

Mais uma vez, de forma sutil, o Projeto pretende invisibilizar as hipóteses de aborto legal ao falar que o diagnóstico pré-natal deve ser orientado para salvaguardar a vida, sem ressaltar que, por lei, se a vida da gestante estiver em risco de morte, deve-se preferir a dela à do nascituro, ferindo sua dignidade como pessoa humana.

Também o referido Projeto ignora importante decisão da mais alta Corte do país durante o julgamento da ADPF 54, em 12 de abril de 2012, quando, ao interpretar os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, reconheceu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura crime.

O eminente Relator do STF, Ministro Marco Aurélio, destacou que o direito fundamental à liberdade de crença e a laicidade do estado brasileiro não se limitam à proibição do proselitismo religioso ou de interferência estatal nas organizações religiosas, mas *“impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las (...) Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensando a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução”*^[7], assim como explicitou que o consenso científico formou-se no sentido de absoluta certeza quanto à condição de natimorto cerebral do anencéfalo e impossibilidade de vida extrauterina.

Portanto, nem sempre, para assegurar a dignidade da gestante e o seu direito à vida, a gestação deve se “desenvolver naturalmente”, como determina o Projeto de Lei.

Os diagnósticos pré-natais terão justamente a função de apontar essas excepcionalidades e possibilitar a interrupção da gravidez nos casos de risco de morte à gestante ou de feto anencéfalo.

Art. 8º - É vedado aos particulares causarem danos a criança por nascer em razão de ato ou decisão de qualquer de seus genitores.

Mais uma vez, o Projeto intimida e confunde os profissionais de saúde que praticam aborto legal ao vedar, de forma absolutamente genérica, e sem qualquer ressalva, que particulares “causem danos” a “crianças por nascer”, ainda que seja da vontade dos genitores.

A alusão de que proibido a particulares causarem danos à criança por nascer, interpretada em sua literalidade, pode levar à errônea conclusão, principalmente pelos profissionais do sistema de saúde, de que estarão sujeitos à sanção jurídica se promoverem o Aborto Legal ou aborto do feto anencéfalo, uma vez entendido que (I) o embrião ou o feto constituem o que o projeto de lei chama inapropriadamente de “criança por nascer”, e que (II) todo procedimento cirúrgico sobre o embrião ou o feto causam necessariamente dano, voltado ou não a provocar o aborto.

Art. 11º - Na hipótese de a gestante vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde, do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos de um salário-mínimo até a idade de 18 anos da criança, ou até que se efetive o pagamento da pensão alimentícia por parte do genitor ou outro responsável financeiro especificado em Lei, ou venha a ser adotada a criança, se assim for a vontade da gestante, conforme regulamento.

Nesse ponto, o Projeto sela de maneira indelével seu intuito de frear o Aborto Legal prevendo medida marcada pela imoralidade e inconstitucionalidade.

Ao prever auxílio financeiro para as mulheres que não abortarem os filhos decorrentes do estupro, o Estado estimula essa gestação abusando da necessidade econômica de mulheres fragilizadas pela pobreza.

Quando a Constituição Federal, no Título VIII – da ordem social, em seu capítulo VII -, a partir do **artigo 227**, trata da família e da criança e coloca como dever do Estado a garantia da vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, ela não hierarquiza a infância.

Ao contrário, no seu parágrafo 1º, do mesmo artigo 227, fala dos programas de assistência integral à criança e apenas discrimina, por razões óbvias, a especial atenção devida à criança com deficiência, que certamente imporá dedicação de tempo maior da mãe e mais investimentos em saúde e educação.

Não há qualquer sentido constitucional, portanto, no Estado escolher crianças para ajudar financeiramente, a não ser que seja pelo critério da maior necessidade que a própria Constituição expressamente especificou.

A Iniciativa de premiar a gestante que optou por gerar o filho de um estupro é divorciado da lógica constitucional e um acinte moral, por claramente usar o erário para influenciar, subjugar, comprar, anular e invisibilizar o desejo feminino e seu pleno poder sobre o próprio corpo.

Mais que isso. O auxílio proposto simboliza passiva convivência diante do fenômeno da violência sexual contra a mulher, tolerando-a ao deixar imediatamente de focar na facilitação do acesso aos meios necessários para interromper a gravidez indesejada e não-consentida, mediante o acesso à intervenção cirúrgica abortiva pela rede pública de saúde.

Por fim, há que se assinalar o desrespeito das normas internacionais. Isso porque que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório temático *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*, de 2019, após destacar as profundas consequências que suportam crianças e adolescentes vitimadas pela violência sexual que resulta gravidez, perpassando pelas complicações de gestação, isolamento social e suicídio, alardeia a necessidade de “*adotar protocolos adequados para garantir o acesso legal, oportuno e gratuito a métodos anticonceptivos de emergência e informação verdadeira, suficiente e imparcial para acessar a interrupção legal da gravidez, especialmente quando se trata de meninas de pouca idade*” (§260) e recomenda tomada de todas as medidas necessárias para identificar e derrogar normas contrárias aos princípios regem o relatório (Recomendação n. 7), de tal sorte

que o projeto de lei contraria a diretriz da Comissão e sujeita o país a ser responsabilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos[8].

A gestante estuprada, em todo horror emocional que vive, é a última a ser considerada no Projeto em debate.

IV - Conclusões

Confirmado esse cenário legislativo, mulheres em risco de morte decorrente da gravidez, vítimas de violência sexual ou gestantes de produto da concepção cuja vida extrauterina é cientificamente inviável, podem se ver inibidas de interromper a gravidez, em situação de intenso sofrimento moral, físico e psíquico comparável à tortura como descrita pela Lei 9.455/1997.

No Brasil, ocorreram 66.123 estupros em 2019, o que representa um estupro a cada 8 minutos. Desse total, 57.9% das vítimas eram crianças de até 13 anos[9].

A violência sexual em regra acontece em casa e envolve pessoas conhecidas. Não raras vezes, a gravidez é decorrente do estupro do próprio pai ou padrasto.

Pesquisa realizada pelo CAOCrim em parceria com Sou da Paz em 38.915 BOs de estupro de 2016 até junho de 2020 revelou a incidência de 70% de estupro de vulnerável, 80% dos estupros em casa, 83% com vítimas meninas e 67% dos autores parentes (índice que aumentou para 73% em 2020)[10].

Assim, o abortamento legal está diretamente relacionado ao estupro familiar praticado contra meninas crianças e adolescentes.

Esquadrinhar uma política pública que se anuncia de proteção jurídica diferenciada à gestante, mas que restringe o espectro de escolha feminina constitui grave violação de direitos da mulher, colocadas como cidadãs de segunda classe ao terem seus corpos vigiados e controlados pelo Estado, em verdadeira ingerência sobre suas vidas privadas e autodeterminação.

No âmbito do sistema regional de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), o estado brasileiro é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)[11] que tem como objetivo precípua proteger a mulher da violência física, sexual e psicológica, inclusive quando perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes (artigo 2.c).

No campo do sistema global de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil aderiu à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)[12], a qual, além de definir como discriminação contra a mulher toda a restrição baseada no sexo feminino que prejudica o exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais (art. 1º), estabelece que deverão ser adotadas todas as medidas de eliminação da discriminação nos cuidados médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar, com assistência apropriada durante a gravidez e o parto, além de outras medidas (artigo 12.1 e 12.2).

Em sua Recomendação Geral n. 24, abordando o direito da mulher à saúde como regrado no artigo 12 da Convenção, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres traça recomendação aos Estados-Parte a fim de que encetem esforços no sentido de priorizar a prevenção à gravidez indesejada e evitar a penalização à mulher que aborta (item 31.c).

Em resumo, além de romper com os postulados da dignidade, isonomia, vida, liberdade, segurança, saúde, privacidade e autodeterminação que toda pessoa humana carrega pela simples condição de nascer viva, o projeto de lei dilacera compromissos assumidos pelo Brasil frente à comunidade internacional.

A violação dos direitos à autodeterminação, à privacidade, à saúde e à liberdade das mulheres deveria, num verdadeiro Estado Democrático de Direito onde *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* (art. 5º, inciso I, da Constituição da República), constituir por si só motivo suficiente para a

retirada do projeto de lei pelo seu autor ou o arquivamento pelo Congresso Nacional.

Não adotando os parlamentares, contudo, tal via, a aprovação e promulgação do Projeto de Lei 5.435/2020 pode ocasionar o imediato questionamento de sua constitucionalidade, o que será melhor que a eclosão de demandas judiciais para garantia dos direitos reprodutivos de mulheres, titularizadas pelo contingente de gestantes que reunirem condições pessoais mínimas de acessar o sistema de justiça, ou, pior ainda, às que não estiverem nesse grupo – e não são poucas - , a consagração da violência institucional.

Quer, portanto, porque o Projeto de Lei 5.435/2020 em nada inova na ordem jurídica ou inaugura proteção aos direitos da gestante, quer porque as inovações trazidas se mostram contrárias aos ditames de direitos fundamentais internacionais e constitucionais e um retrocesso ao caminho civilizatório percorrido até o momento, o que é absolutamente vedado, defende-se a rejeição total do Projeto de Lei em discussão.

São Paulo, 26 de junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

[1] Com esta locução, o “Estatuto” tenta desvirtuar o entendimento sedimentado no sentido de que, embora o nascituro possa ser sujeito de direitos e mereça proteção

jurídica, essa proteção não tem a mesma extensão e natureza da proteção dada ao nascido vivo, ou seja, à criança.

Isso porque como é sabido, o artigo 2º, do ECA, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos. Por sua vez, o artigo 2º do Código Civil conceitua pessoa o sujeito com aptidões para ter direitos e obrigações (personalidade jurídica) a partir de seu nascimento com vida. Antes do nascimento com vida, que se dá com a separação do ventre materno, asseguram-se os “direitos do nascituro”, que são diferentes dos direitos das crianças.

[2] Por **concepção** entende-se o processo de nidação (fixação do zigoto, ou óvulo fecundado) no ventre materno. Esse é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), organismo internacional com jurisdição sobre o Brasil desde 1982 e responsável pela interpretação final e definitiva sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica - que abordou a problemática da proteção à vida relativamente ao nascituro quando do julgamento do caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) v.s. Costa Rica*, em novembro de 2012.

A Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, em interpretação equivocada e descontextualizada do artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que garante o direito à vida “desde o momento da concepção”, havia declarado inconstitucional o manejo da técnica de fertilização *in vitro*.

A CIDH, contrariando esse entendimento, avaliou que o avanço da ciência em termos reprodutivos trouxe à tona aspecto da concepção que era completamente desconhecido ao tempo da redação da Convenção, declarando a concepção como um processo complexo, formado pela fecundação do óvulo seguido de sua fixação na parede do útero materno (nidação) porque o embrião não tem possibilidade de sobreviver sem a sua implantação no corpo da mulher.

Em passagem elucidativa da sentença, consignou-se:

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a “concepção”, no sentido do artigo 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes

deste evento não procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral.

[3] Artigo 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

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.

[4] Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

[5] Vide <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>

[6] Vide portaria em : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>

[7] Trecho extraído do voto do i. Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54, p. 45.

[8] <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/ViolenciaMujeresNNA.pdf>

[9] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>>. Acesso em 03 mai 2021.

[10] CAOCRIM; Sou da Paz; Unicef. Análise das ocorrências de estupro de vulnerável no Estado de São Paulo. Disponível em: < <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/boletim-sou-da-paz-analisa/?show=documentos#4484>> Acesso em: 03 mai 2021.

[11] Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996.

[12] Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002.