



O USO DO PRECEDENTE ESTRANGEIRO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES RELATIVAS AO ABORTO

Luiz Claudio Campos Machado*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a utilização do precedente judicial estrangeiro, pelo Supremo Tribunal Federal, em duas das principais decisões relativas ao tema do aborto, quais sejam, a ADPF 54 (antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo) e o HC 124.306/RJ (descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre). Como procedimento metodológico, foi utilizada a revisão bibliográfica, legislativa, doutrinária e jurisprudencial, em especial pela consulta a livros e periódicos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente judicial estrangeiro; Supremo Tribunal Federal; aborto; ADPF 54; HC 124.306/RJ.

THE USE OF FOREIGN JUDICIAL PRECEDENT BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN THE JUDICIAL DECISIONS ABOUT ABORTION

ABSTRACT

The present work aims to investigate the use of foreign judicial precedent, by the Brazilian Supreme Court, in two of the main judicial decisions about abortion, which are, the ADPF 54 (therapeutic anticipation of childbirth) e o habeas corpus 124.306/RJ (decriminalization of voluntary termination of pregnancy in the first trimester). As a methodological procedure, bibliographical, legislative, doctrine and jurisprudential revision was used, in particular by consulting books and scientific journals.

KEYWORDS: foreign judicial precedent; Brazilian Supreme Court; abortion; ADPF 54; habeas corpus 124.306/RJ.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e, ao mesmo tempo, como Corte Constitucional, em especial nas últimas duas décadas, tem se debruçado sobre temas complexos e extremamente sensíveis à sociedade brasileira, principalmente no que diz respeito a matérias que vão de encontro a posições arraigadas e consolidadas em boa parte do pensamento da população do País.

* Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (São Paulo/SP). Especialista em Derechos Humanos Laborales y Governanza Global pela Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo/Espanha), 2019. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (São Paulo/SP), 2016. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Assistente de Juiz.





Como exemplos, podem-se mencionar os julgamentos da ADI 3510 (pesquisas com células-tronco embrionárias), da ADI 4277 e da ADPF 132 (casamento homoafetivo), da ADC 41 (lei de cotas no serviço público), da ADPF 187 (marcha da maconha), dentre outros.

Um tema de notória sensibilidade para a sociedade brasileira é, indubitavelmente, o aborto, em especial no que diz respeito à interrupção voluntária da gravidez. Nos últimos anos, o STF debruçou-se sobre o tema, inicialmente com relação à interrupção da gestação (ou antecipação terapêutica do parto) do feto anencefálico, com o julgamento da ADPF 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio que, mais recentemente, foi o relator no julgamento do HC 124.306/RJ, na Primeira Turma do STF, versando sobre a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, ou nas doze primeiras semanas.

No exercício de suas funções típicas, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda e a interpretação do texto constitucional, garantindo que o ordenamento jurídico brasileiro tenha unidade e harmonia com as disposições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, especialmente no que diz respeito à legislação infraconstitucional e aos atos normativos dos demais Poderes.

Entretanto, por vezes e em especial no julgamento de matérias de elevado nível de complexidade e de grande apelo popular, como nos temas citados alhures, o STF tem sido acusado de substituir-se aos poderes Legislativo e Executivo, seja em razão de uma postura ativista, seja na judicialização das políticas públicas.

É certo que, como Corte Constitucional brasileira, cabe ao Supremo Tribunal Federal a função de legislador negativo, extirpando do ordenamento jurídico pátrio as disposições legais ou normativas que não guardem compatibilidade com o texto da Constituição ou atribuindo a essas normas sentido e alcance conforme ele, fazendo, para isso, uso das técnicas de interpretação constitucional amplamente aplicadas nos tribunais constitucionais que adotam o alcunhado sistema austríaco de controle de constitucionalidade, que tem em Hans Kelsen o seu grande expoente.

Muito embora seja esse o papel precípua do Supremo, enquanto Corte Constitucional, é certo que, nos últimos anos, o STF tem se valido dos instrumentos de interpretação constitucional não apenas para expurgar do ordenamento jurídico brasileiro as disposições legais ou normativas que não se coadunam com o texto da Carta de 1988, mas, também, tem exercido, ainda que de forma atípica, funções que mais o aproximam da figura



de um legislador positivo, criando normas abstratas e limitando o alcance de expressa disposição legal, sem o crivo do poder constitucionalmente estabelecido para tanto, qual seja, o Legislativo.

É de se notar que, nos embates travados na Suprema Corte, também nesses temas de grande sensibilidade, tem sido praxe, em certa medida, o uso de precedentes e da experiência constitucional de outras Cortes, como razão de decidir, elemento vinculante ou apenas informativo, de modo a construir o entendimento a ser sedimentado em sede de controle de constitucionalidade – concentrado ou difuso – realizado pelo Supremo Tribunal brasileiro.

O presente trabalho tem por objetivo investigar a utilização dos precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos relativos ao aborto, seja no que diz respeito à antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico (ADPF 54), seja quanto à (in)constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre (HC 124.306/RJ).

Para tanto, inicialmente serão abordados aspectos teóricos relativos ao sistema de precedentes. Em seguida, pretende-se investigar a validade e a possibilidade da utilização da jurisprudência estrangeira pela jurisdição constitucional e, por fim, identificar os precedentes estrangeiros utilizados pelo STF no julgamento dos processos mencionados supra, relativos ao tema aborto.

Para tanto, o estudo utilizará o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, revisão bibliográfica na literatura e em artigos publicados em periódicos científicos.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL: CONCEITOS E ELEMENTOS

Conforme lição de Neil Duxbury, precedente “é um evento passado [...] que serve como um guia para uma ação presente” (2008, p. 1). Já Martín Orozco Muñoz apresenta seu conceito como sendo “todo evento ou decisão prévia que se toma como referência para uma decisão atual.”¹ (2011, p. 185). Fredie Didier Jr., por sua vez, conceitua precedente, em sentido *lato*, como sendo “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (2017, p.

1 Original em língua espanhola: “todo evento o decisión previa que se toma como referente para una decisión actual.”



505).

Em uma acepção mais restrita, Karl Larenz assevera que precedente é “a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora” (1997, p. 611).

No ordenamento jurídico pátrio, de tradição romano-germânica, ou da família do *civil law*, a lei é fonte primária do direito, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação da norma positivada e sua aplicação ao caso concreto. Filiam-se a essa tradição, além do Brasil, um considerável número de países, principalmente da Europa continental, tais como Portugal, França, Espanha, Itália, Alemanha etc.

Nesse cenário, a legislação escrita figura como fonte primária do direito. A jurisprudência, por sua vez, assume um papel que, muitas vezes, é meramente persuasivo ou informativo, servindo como fonte indireta.

Por outro lado, o sistema de tradição inglesa, da família do *common law*, vigente, principalmente, no direito da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, atribui ao precedente judicial eficácia vinculante, fundamentado da teoria do *stare decisis*, não somente com relação à corte que o produziu mas, principalmente, quanto aos juízos e tribunais hierarquicamente inferiores.

No ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência tradicionalmente ocupou o papel de fonte indireta ou secundária do direito, possuindo caráter meramente informativo ou de integração do direito. Segundo Alexandre Agra Belmonte, em razão do caráter meramente persuasivo e não vinculante da jurisprudência, “o sistema permitia a coexistência de jurisprudência divergente sobre casos idênticos” (2015, p. 13).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que erigiu o princípio da razoável duração do processo à categoria de direito e garantia fundamental, (art. 5º, LXXVIII), foi acrescido ao direito brasileiro o instituto das súmulas vinculantes, que consagrou a utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito, não mais dotados de caráter meramente informativo ou persuasivo, conforme artigo 103-A, *caput*, do texto constitucional.

Tais precedentes, que passam a ter, como o próprio nome diz, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, são produzidos pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, nos termos do já



mencionado art. 103-A, *caput*, da CRFB/1988, e tem seu procedimento regulamentado por meio da Lei nº 11.417/2006.

Na lição de André Ramos Tavares, a súmula vinculante constitui “uma tentativa de conferir efeito vinculante para decisões e, em especial, para seus fundamentos, quando adotadas reiteradamente em casos concretos similares entre si.” (TAVARES, 2000, p. 97).

Feita essa breve conceituação dos precedentes judiciais, bem como de sua utilização como fonte primária do direito e das distinções existentes entre as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*, insta-nos apontar os elementos fundamentais do sistema de precedentes judiciais.

Segundo leciona Fredie Didier Jr.,

O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão. (2017, p. 507).

No direito inglês, a *ratio decidendi*, também denominada *holding*, no direito estadunidense, é o fundamento jurídico em que a decisão judicial é firmada, sendo portanto, o principal elemento que compõe o precedente judicial. Um segundo elemento é o denominado *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), que corresponde aos argumentos que não pertencem, diretamente, à *ratio decidendi*, dispensáveis para o deslinde da controvérsia, tratando-se, portanto, de elementos circunstanciais na composição do fundamento jurídico da decisão.

Entretanto, para que o precedente judicial seja dotado de eficácia como fonte do direito, é necessário que este vincule os demais órgãos julgadores, revestindo-se, portanto, de obrigatoriedade.

Ao instrumento que confere a obrigatoriedade ao precedente judicial dá-se o nome de *stare decisis*, dotado de duas dimensões, quais sejam, a horizontal e a vertical.

Alexandre Agra Belmonte (2015, p. 12) ensina que a dimensão horizontal do *stare decisis* faz com que o precedente seja obrigatório ao tribunal que o firmou, ao passo que a dimensão vertical impõe essa obrigatoriedade aos órgãos judiciários hierarquicamente inferiores ao tribunal prolator.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, o *stare decisis* surge como “instituto para garantir a segurança jurídica” (2016, documento eletrônico), conferindo previsibilidade e estabilidade ao ordenamento jurídico, bem como a continuidade desse ordenamento, a fim de que casos idênticos recebam decisões idênticas (*treating like cases alike*).



A despeito da obrigatoriedade da observância do precedente e da necessidade de sua estabilidade para conferir ao ordenamento a pretendida segurança jurídica, a teoria também ensina acerca de instrumentos de distinção das circunstâncias em que determinado precedente será aplicado ou de superação para a aplicação de determinado entendimento fixado como um precedente judicial, uma vez que não é objetivo da utilização dos precedentes obrigatórios o “engessamento” do sistema jurídico.

Assim ensina Marcus Vinicius Barreto Serra Junior: “as tradições que utilizam essa forma de lidar com os precedentes judiciais dispõem de mecanismos suficientes para resguardar a dinâmica do ordenamento jurídico” (2017, p. 133).

Nessa senda, são dois os principais mecanismos que se destinam a afastar a aplicação de um precedente judicial já firmado, a saber, o *distinguishing* e o *overruling*.

Quanto ao *distinguishing*, Fredie Didier Jr. leciona que

quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. (2017, p. 559).

Ao deparar-se com a situação em que as circunstâncias do caso são distintas daquelas apresentadas com o paradigma invocado, o julgador deixa de aplicar o precedente anteriormente firmado.

Por sua vez, o *overruling* é essencialmente técnica de superação do precedente, em razão de sua revogação, havendo, pois, sua substituição por um novo. Fredie Didier Jr. ensina que *overruling* “é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.” (2017, p. 563).

Em suma, segundo leciona Serra Junior, referidos mecanismos “superam a aparência de engessamento do ordenamento jurídico em virtude da vinculação do precedente e conseguem perfeitamente acompanhar a evolução natural inerente ao Direito” (2017, p. 140).

3 A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE ESTRANGEIRO PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O debate acerca da possibilidade de utilização da jurisprudência e dos precedentes estrangeiros por parte da jurisdição constitucional não é um tema novo no mundo. Segundo leciona Guilherme Amorim Campos da Silva, “no início da atividade da Suprema Corte Norte



Americana, em princípio do século XIX, era muito comum o uso ou recurso a orientações ou precedentes estrangeiros.” (SILVA, p. 52).

Entretanto, a referência da Suprema Corte estadunidense aos precedentes estrangeiros, por vezes, se viu cercada de debates sobre a validade ou não dessa utilização, em movimentos que, muitas vezes, tendem a se ou se suceder.

Vicki C. Jackson bem observa que “Na última década, tem havido considerável controvérsia sobre referências ocasionais ao direito estrangeiro ou internacional na resolução de questões constitucionais. O debate é retoricamente assimétrico e a-histórico.”² (JACKSON, 2009, p. 285, tradução nossa).

Como pontua Guilherme Amorim Campos da Silva, a utilização dos precedentes estrangeiros pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América se deu, basicamente, por dois motivos:

em primeiro lugar, para sustentar um processo contínuo de *legitimação* da independência, soberania e autodeterminação pouco antes conquistada pelas então ex-treze colônias. Em segundo lugar, para preencher a *ausência de repertório* da Suprema Corte em *métodos de interpretação e solução* de casos que chegavam a seu conhecimento, notadamente após o litígio *Marbury v. Madison* em que a Corte afirma o seu poder de *equilibrar* o significado da Constituição em face das reais necessidades e desafios enfrentados pela sociedade e pelos órgãos incumbidos de lhe dar execução. (SILVA, 2010, p. 52, grifos no original).

Segundo André Ramos Tavares (2000, p. 111), recentes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos invocaram precedentes estrangeiros, citando, dentre elas, os casos *Atkins v. Virginia* (pena de morte para pessoas com incapacidade mental), *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* (ações afirmativas para admissão universitária) e o caso *Lawrence v. Texas*, este último versando sobre direitos civis da população LGBT.

Vicki C. Jackson (2009, p. 286-287), por sua vez, menciona outros casos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizou, como elemento informativo ou razão de decidir, o direito estrangeiro, a começar pelo “founding case” da revisão judicial nos Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, em que restou reafirmada a supremacia da Constituição, em face da soberania do parlamento britânico. Por fim, pontua que

Nas décadas mais recentes, o direito internacional e estrangeiro têm sido referidos em decisões sobre a constitucionalidade da pena de morte como punição para crimes em particular, e práticas estrangeiras têm sido notadas – pela maioria e pelos dissidentes – em um significativo número de casos em outras áreas, incluindo aborto,

2 Original em língua inglesa: “In the last decade, there has been considerable controversy over the Supreme Court's occasional reference to foreign or international law in resolving contested constitutional issues. The debate is rhetorically lopsided and ahistoric.”



suicídio assistido e direitos LGBT³. (tradução nossa).

No direito brasileiro, Guilherme Amorim Campos da Silva (2010, p. 97-9) pontua que, mesmo antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem feito uso de precedentes estrangeiros, principalmente da Suprema Corte Norte Americana e do Tribunal Constitucional Alemão, porém de maneira dispersa e assistemática, em julgamentos de controle concreto, bem como de controle abstrato de constitucionalidade.

Não há dúvidas, portanto, que, tanto na experiência da jurisdição constitucional estadunidense, com suas particularidades já sabidas, como no exercício da função jurisdicional constitucional pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a jurisprudência e os precedentes estrangeiros têm seu lugar de utilização, em maior ou menor grau, com alcance mais amplo ou mais restrito.

Entretanto, segundo leciona André Ramos Tavares, “O uso dessas decisões estrangeiras deve ocorrer com a finalidade de fazer concretizar direitos humanos fundamentais.” (2000, p. 150), sugerindo, ainda, critérios para essa utilização:

Para tanto, o Tribunal deve verificar a semelhança ou proximidade textual entre a Constituição de seu país e a Constituição do país onde foi proferida a decisão constitucional a ser utilizada. Essa proximidade é importante quando se pretende realizar concretização constitucional. Mas a proximidade gramatical é insuficiente, como assinalado, pois é preciso verificar a compatibilidade da prática constitucional, das finalidades entre os institutos similares e, ademais, entre os pressupostos constitucionais (regime judicial ou do Tribunal Constitucional, eventuais vedações ou autorizações excepcionais e expressas dirigidas à Justiça Constitucional em alguma das constituições comparadas).

Cass Sunstein (2009, p. 206-207) propõe soluções práticas para a utilização da jurisprudência estrangeira, especialmente no que diz respeito à experiência norte-americana, e isso em condições muito excepcionais. Sugere-se ao juiz constitucional (e à Corte Constitucional) que, diante da jurisprudência estrangeira, examine material de 10 ou 20 países relevantes; seja cuidadoso sobre os sentimentos e julgamentos da população; consulte material traduzido para a sua própria língua; favoreça fontes recentes; esteja alerta quanto a posições assumidas “em cascata”.

Com relação à escolha dos precedentes que podem ser utilizados como razão de

3 Original em língua inglesa: “In more recent decades, international and foreign law has been referred to in deciding the constitutionality of the death penalty as a punishment for particular defendants or particular crimes, and foreign practices have been noted – by majorities and dissenters – in a significant number of cases in other areas, including abortion, assisted suicide, and gay rights.”



decidir, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, Guilherme Amorim Campos da Silva também entende que

os ordenamentos jurídicos que prestigiam os direitos humanos fundamentais, a democracia, o estado de direito, a separação dos poderes e o controle concentrado de constitucionalidade, como aspecto de defesa e integridade do sistema, são aqueles que por *identificação* com o ordenamento jurídico brasileiro podem ser consultados, preferencialmente, tendo em vista, como dissemos aqui, não ser impossível que até mesmo precedentes de regimes autoritários possam vir a ser pesquisados [o fato é que, neste modelo doutrinário, eles são colocados justamente na regra de exceção, o que gerará, para o julgador constitucional, o dever de justificar de maneira extensiva a razão do uso excepcional de precedente estrangeiro de país autoritário, por exemplo]. (SILVA, 2010, p. 268).

Não há dúvidas, portanto, que, embora reste demonstrada a possibilidade de utilização da jurisprudência e do precedente estrangeiro pela jurisdição constitucional brasileira, inspirada na experiência estadunidense, esse uso deve ser feito com parcimônia e critério, prestigiando decisões recentes, de democracias que se identifiquem com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para além disso, é necessário que “o precedente estrangeiro convirja para a realização de valores consagrados no Texto Constitucional e que sejam objeto de normas específicas diretivas de proteção e promoção dos direitos humanos fundamentais.” (SILVA, 2010, p. 297).

4 OS PRECEDENTES ESTRANGEIROS UTILIZADOS NAS DECISÕES RELATIVAS AO ABORTO

Diante da possibilidade jurídica da utilização do precedente estrangeiro, sob o prisma da defesa dos direitos humanos fundamentais, faz-se oportuna a verificação dos precedentes invocados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento das matérias relativas ao aborto, em especial nas duas ações já mencionadas, quais sejam, a ADPF 54 e o HC 124.306/RJ, ambos relatados pelo Ministro Marco Aurélio Mello, com o objetivo de questionar a observância desses precedentes como razão de decidir ou fundamento na prolação de decisão em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pela Suprema Corte do Brasil.

4.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF





A ADPF 54 (processo nº 0002072-86.2004.0.01.0000), foi ajuizada em 17/06/2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, patrocinada pelo então advogado Luís Roberto Barroso, em face do Presidente da República, distribuída à relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Na ação, pretendia a CNTS a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, todos do Código Penal brasileiro, “que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado”.

Em seu relatório, pontua o Ministro Marco Aurélio que a arguente não postulava “a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico”, mas buscava, tão somente, a interpretação dos dispositivos referidos conforme a Constituição.

No julgamento, identificou-se, em conflito aparente, direitos fundamentais envolvendo “a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”.

É importante salientar que o Supremo Tribunal Federal realizou audiências públicas, nas quais foram ouvidos vários setores da sociedade civil, médicos e outros especialistas, coletando informações técnicas aptas a sustentar as premissas de fato norteadoras de sua decisão, com relação à viabilidade da vida extrauterina do feto anencefálico, bem como à ausência de vida quanto também ausente a atividade cerebral do indivíduo.

Em brilhante voto, o relator, Ministro Marco Aurélio, julgou “procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal brasileiro”.

Ao cabo, o STF, por maioria, acompanhou o voto do relator, restando vencidos em parte os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que acrescentavam condições específicas de diagnóstico da anencefalia, e vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgavam a ação improcedente.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux, cita precedente do Tribunal Constitucional da Itália, por meio da Sentenza 35-1997, de 10/02/1997, em que restou assentado que “O direito à vida do feto somente pode ser afastado em casos de gravidade de dano ou perigo à saúde



física ou psíquica da gestante. Sempre que possível, deve ser resguardada a vida do feto” (BRASIL, 2018, p. 60).

A Ministra Cármen Lúcia também socorreu-se, na fundamentação de seu voto, a julgado estrangeiro, fazendo menção a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, em que restou decidido que “Projeto de lei pode descriminalizar o aborto em determinadas situações, mas deve regular suficientemente as hipóteses de maneira que a desproteção ao nascituro não ocorra fora do previsto nem que os direitos da mulher sejam desprotegidos”.

Segundo a jurisprudência invocada, não há inconstitucionalidade na descriminalização do aborto terapêutico, em razão da prevalência do direito do já nascido em relação ao que ainda está por nascer. No que diz respeito ao aborto eugênico, a Corte Constitucional espanhola decidiu que, nas hipóteses de má-formação grave física ou psíquica do feto, “impor uma sanção penal implicaria exigir conduta que excederia o que normalmente exige-se da mãe e da família” (BRASIL, 2018, p. 42).

Já o Ministro Gilmar Mendes que, rememore-se, restou parcialmente vencido na votação, faz menção ao emblemático caso *Roe v. Wade* (1973), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em que restou decidido, em síntese, que a gestante pode optar, em comum acordo com seu médico, pela interrupção voluntária da gestação até o fim do primeiro trimestre e, após esse período, a realização do procedimento deve ser regulamentada a fim de resguardar a saúde da gestante. Por fim, constatada a viabilidade da vida extrauterina, o Estado pode regular ou criminalizar a conduta, exceto quando necessária à preservação da vida e da saúde da mulher.

Cita, ainda, o Ministro Gilmar, dois julgados do Tribunal Constitucional alemão. No primeiro deles, conhecido como “Aborto I” (BVerfGE 39,1), restou decidido por aquela Corte que o direito à vida do nascituro prevalece sobre o direito de autodeterminação da grávida, durante toda a gestação, afastando, assim, a constitucionalidade de dispositivo prevendo a possibilidade do aborto realizado por médico, com o consentimento da gestante, até a 12ª semana de gestação, havendo, entretanto, isenção de punição, após esse prazo, para a preservação da vida ou da saúde da mulher, bem como em razão de “herança genética ou de influências danosas antes do nascimento” (BRASIL, 2018, p. 18).

Na segunda decisão mencionada por Gilmar Mendes, por sua vez, conhecida como “Aborto II” (BVerfGE 203), o Tribunal Constitucional alemão entendeu que é obrigação do Estado, segundo a Lei Fundamental, a proteção da vida humana, inclusive intrauterina,



devendo esse direito ser tutelado pela via penal, inclusive em face da grávida, apontando, entretanto, a possibilidade do estabelecimento de excludente de antijuridicidade na prática do aborto, em caso de gravidade que ameace a vida da mulher (BRASIL, 2018, p. 16).

4.2 O *habeas corpus* 124.306/RJ

Em julgamento de *habeas corpus* impetrado diretamente perante o STF, narram os pacientes, presos em flagrante delito, em 14/03/2013, como incurso nos crimes previstos nos artigos 126 (aborto provocado com o consentimento da gestante) e 288 (formação de quadrilha), ambos do Código Penal, em concurso material. O Juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ concedeu liberdade provisória aos impetrantes, em 21/03/2013, sob o fundamento de que as penas às infrações autorizam a substituição ou o cumprimento em regime aberto.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, então, recorreu em sentido estrito, sustentando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. No julgamento do recurso, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 25/02/2014, deu provimento ao recurso do *parquet*, consignando a presença dos requisitos autorizadores da prisão e determinou a expedição do mandado de prisão em desfavor dos pacientes.

Inicialmente, a defesa dos pacientes impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando insubsistência dos motivos da prisão e que, se condenados, a pena seria cumprida em regime diverso do fechado. A 6ª Turma daquela Corte não conheceu da impetração, em razão de sua natureza substitutiva de recurso especial, apontando, ainda, a legalidade da prisão, fundamentada em elementos concretos, consubstanciados na gravidade e na reprovabilidade das condutas imputadas aos pacientes.

No *habeas corpus* impetrado perante o STF, a defesa alegou que o pronunciamento da 6ª Turma do STJ é teratológico, e que a manutenção da prisão configuraria antecipação da pena, dizendo, ainda, que os pacientes são primários, têm residência fixa no distrito da culpa, sustentando a desproporcionalidade entre a prisão e eventual condenação, cujo regime de cumprimento seria mais brando.

Em data de 08/12/2014, o Ministro Marco Aurélio Mello deferiu a liminar, estendendo seus efeitos aos corréus, em 27/06/2015. No julgamento do mérito, em



29/11/2016, a 1ª Turma do STF, por maioria, acompanhou voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, não conhecendo do *habeas corpus*, porquanto incabível na hipótese, porém concedendo a ordem de ofício, para o afastamento da prisão preventiva, com base em dois fundamentos, sendo o primeiro deles a ausência dos requisitos ensejadores da manutenção da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, e o segundo a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

Em seu voto-vista, restou consignado pelo Ministro Luís Roberto Barroso que a criminalização do aborto, nessas circunstâncias, fere diversos direitos fundamentais das mulheres, tais como seus direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia de sua vontade, sua integridade física e psíquica e a igualdade da mulher. Asseverou, também, que a tipificação criminal da conduta viola o princípio da proporcionalidade e que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção voluntária da gestação, em seu primeiro trimestre, como crime, citando, como exemplos, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

É válido observar que, contrariamente ao verificado no julgamento da ADPF 54, o *habeas corpus* apreciado pela 1ª Turma do STF lidou com o controle difuso de constitucionalidade pela via de exceção, em julgamento realizado por órgão fracionário da Corte.

Dentre os precedentes estrangeiros invocados pelo Ministro Roberto Barroso, em seu voto-vista, dois deles também se prestaram a orientar os votos dados no julgamento da ADPF 54, já mencionados no subitem anterior, quais sejam, o BVerfGE 203, do Tribunal Constitucional alemão, e o caso *Roe v. Wade*, da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A esses dois argumentos, o julgador acresceu o caso *R. v. Morgentaler*, de 1988, julgado pela Suprema Corte de Justiça do Canadá, em que restou assentado que “Os direitos à vida, à liberdade e à segurança individual garantem a possibilidade de realização do aborto, uma vez que resguardam a integridade física e psíquica da mulher.” (BRASIL, 2018, p. 26).

Já a Ministra Rosa Weber, em seu voto, também fez menção ao caso *Roe v. Wade* (1973), invocando, ainda, os casos *Griswold v. Connecticut* (1965), consignando que, nesse julgamento, restou reconhecido o “direito à privacidade da mulher em decidir pela continuidade ou não da gravidez [...] em detrimento do interesse do Estado na proteção dos direitos constitucionais do feto como pessoa.”



A esses dois argumentos, a Ministra Rosa Weber também acresceu decisão da Suprema Corte americana, de 1992, no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, em que o tribunal decidiu que “Constitui ônus indevido a regulamentação que imponha à mulher obstáculos substanciais que a impeçam de exercer seu direito ao aborto até a viabilidade fetal extrauterina.” (BRASIL, 2018, p. 47). Invocou, também, recente julgamento da Corte estadunidense, no caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, no qual restou assentado que “Restrições às clínicas de aborto que impliquem ônus indevido ao direito da mulher de procurar o procedimento são inconstitucionais.” (BRASIL, 2018, p. 42).

Quanto ao uso de jurisprudência internacional, inova a Ministra Rosa Weber, quanto ao tema, ao invocar precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*, julgado em 2012, em que restou decidido que “A fertilização *in vitro* não viola o direito à vida, previsto no artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.” (BRASIL, 2018, p. 6). Julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Paton v. Reino Unido*, *Vo v. França*, *Evans v. Reino Unido* e *A, B e C v. Irlanda* também constaram do voto da Ministra, que afirmou o entendimento daquela Corte no sentido de que “a proteção do direito à vida intrauterina não é absoluta, tampouco a proteção dos interesses do embrião/feto, devendo haver uma proporcionalidade entre a proteção deste com a proteção dos demais direitos, notadamente os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva”.

5 CONCLUSÃO

Apresentadas as considerações iniciais acerca dos precedentes judiciais e da possibilidade de sua utilização e observância no ordenamento jurídico brasileiro, embora seja este pertencente à família do *civil law*, principalmente diante de inovações constitucionais e legais que, na experiência jurídica brasileira, ensejaram o surgimento da Súmula Vinculante e do sistema de precedentes obrigatórios, também resta demonstrado que, no Brasil e também em outros ordenamentos jurídicos, em especial nos Estados Unidos da América, a Jurisdição Constitucional tem se valido de decisões oriundas de outros Tribunais Constitucionais para a formação de sua convicção.

A despeito dessa utilização dos precedentes estrangeiros pelas jurisdições constitucionais, necessário se faz percorrer certos critérios metodológicos para a validade de



seu uso, de modo a não comprometer ou violar a soberania nacional.

Especificamente no caso da jurisdição constitucional estadunidense, que, desde seus primeiros anos tem utilizado os precedentes estrangeiros na solução de casos que lhe são colocados sob análise, o tema é objeto de frequente debate, havendo, portanto, a sugestão de critérios objetivos para que tal uso ocorra.

A jurisdição constitucional brasileira, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, pouco utilizou o precedente estrangeiro como razão de decidir. Nas poucas ocasiões que o fez, adotou a jurisprudência alienígena mais como elemento de persuasão e informação, compondo, assim, os *obiter dicta* dos julgados, e não sua *ratio decidendi*.

Assim sendo, o uso dos precedentes estrangeiros, pela Suprema Corte brasileira, parece não adotar um critério metodológico bem definido, porquanto o faz de forma dispersa e assistemática, quase aleatória, seja em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Em dois casos relevantes, relativos à antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico (ADPF 54) e à interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre (HC 124.306/RJ), essa utilização dispersa e quase aleatória restou evidenciada nos votos dos juízes constitucionais brasileiros.

Da análise desses julgamentos, verifica-se que, muitas vezes, as citações e menções efetuadas aos julgados estrangeiros não se coadunam com a matéria levada a exame perante a jurisdição estrangeira que as originou. Veja-se, por exemplo, no julgamento da ADPF 54, versando sobre a antecipação terapêutica do parto, em que restaram invocados precedentes cuja tese central dizia respeito à interrupção voluntária da gestação.

É certo que a utilização dos precedentes estrangeiros, pelo Supremo Tribunal Federal, é salutar e uma importante e positiva medida de comunicação e intercâmbio com experiências jurídico-constitucionais existentes mundo afora, em especial no que diz respeito a julgamentos envolvendo matéria afeta aos direitos humanos fundamentais, mirando, principalmente, jurisdições constitucionais de Estados comprometidos com a defesa da democracia, dos Direitos Humanos e das liberdades individuais.

Entretanto, ao contrário do que se demonstrou nas decisões relativas ao aborto, é necessário que o Supremo Tribunal Federal brasileiro utilize a jurisprudência e os precedentes estrangeiros com critério, com especial observância da origem dessas decisões e da adequação ao tema tratado e submetido à apreciação da jurisdição constitucional do Brasil.



É relevante pontuar que o STF, cioso da necessidade de conhecer o que se decide nos tribunais e cortes constitucionais internacionais ou supranacionais, tem disponibilizado, em seu sítio na internet, com certa periodicidade, seus boletins de jurisprudência internacional⁴, versando, especialmente, sobre temas sensíveis à sociedade brasileira, não só com relação ao aborto, mas, também, à posse de drogas para uso próprio, ao direito ao esquecimento, à educação domiciliar etc.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. As alterações da Lei n. 13.015/2014 no sistema dos recursos trabalhistas e a jurisprudência como fonte criativa de direito. A teoria dos precedentes e a nova lei de recursos trabalhistas como técnica de flexibilização do sistema do civil law. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra (coord.). **A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n. 13.015/2014**. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Boletim de jurisprudência internacional**. 3. ed, jun.2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso em 17.jul.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. DJe: 17.mar.2017. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12580345>. Acesso em 13.jul.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. DJe: 30.abr.2013. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3707334>. Acesso em 17.jul.2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 53/1985, de 11 de abril**. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433>. Acesso em 18.jul.2019.

4 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaInternacional>





JACKSON, Vicki C. Progressive constitutionalism and transnational legal discourse. *In*: BALIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 285-295.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. José Lamago (tradutor). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75380394/v5/document/116216478/anchor/a-116216478>. Acesso em 13.jul.2019.

MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2011.

SERRA JUNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 214. p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131. Acesso em 13.jul.2019.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso do precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional**: uma teoria de unificação do direito constitucional material. Tese (doutorado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**: Why the founding document doesn't mean what it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.