



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

DANIELA SERRA DE MELLO MARTINS

ADPF 442 E O ABORTO COMO DIREITO NO BRASIL

Uma análise à luz do direito como integridade

BRASÍLIA

2019

DANIELA SERRA DE MELLO MARTINS

ADPF 442 E O ABORTO COMO DIREITO NO BRASIL

Uma análise à luz do direito como integridade

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do grau de Bacharela em Direito pela
Universidade de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de
Oliveira

BRASÍLIA

2019

DANIELA SERRA DE MELLO MARTINS

ADPF 442 e o aborto como direito no Brasil

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharela em
Direito pela Universidade de Brasília – UnB

Data da defesa: 05/12/2019

Resultado:

COMISSÃO AVALIADORA

Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
(Orientador)

Dr. Guilherme Scotti Rodrigues
(Membro)

Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Paulo Blair, por ter aceitado direcionar minha pesquisa, pelas sugestões dadas ao longo do trabalho, pela disponibilidade e gentileza.

Aos meus pais, Dolores e Marcelo, por todo amor e carinho, por todo incentivo a estudar e conquistar meus sonhos, por me ensinarem a persistir.

Aos meus irmãos, Henrique e Flávia, meus melhores amigos, por toda cumplicidade e paciência, tanto ao longo de minha vida, como durante a escrita deste trabalho.

Às minhas avós por terem sido feministas antes do tempo.

Às minhas tias e minhas primas, de ambos os lados, que são exemplos de mulheres fortes e corajosas em minha vida. Em especial à minha tia Socorro por ter me emprestado tantos livros ao longo de minha graduação.

A João Pedro por todo o apoio, pelos debates polêmicos, pelos momentos de descontração, pelos ensinamentos de francês.

Às minhas queridas amigas Laura e Ana, que me acompanham desde a escola, com quem tive o privilégio de estudar na Universidade de Brasília, por todas as aventuras que vivemos juntas e por terem sido minha companhia de todas as horas nesta graduação.

À minha querida amiga de curso, Juliana, pelas conversas, pelos cafés, pelas caronas, por todo tempo que passamos juntas estudando na BCE - e que ainda vamos passar.

À minha futura médica, Aline, por ter sido uma das primeiras pessoas com quem conversei sobre o tema, por ter torcido pelo meu sucesso na conclusão deste trabalho, pela nossa amizade.

A Lúcia, que também me criou desde pequena, por me ensinar que não há vitória sem luta.

Meu muito obrigada a todos e todas.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo encontrar a resposta à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Para tanto, a partir do método de estudo de caso, serão examinadas as decisões mais importantes, relativas ao tema, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ADI 3510 e ADPF 54. A análise será feita à luz da teoria de Ronald Dworkin, do direito como integridade. Pretende-se mostrar que as decisões passadas constituem, cada qual, um capítulo do romance em cadeia, no qual a decisão da ADPF 442 será inserida.

Palavras-chave: Aborto; Liberdade; Direito à vida; Direitos sexuais e reprodutivos; Direitos fundamentais; Constituição.

ABSTRACT

This paper aims to find an answer to ADPF n° 442 (request for non-compliance of fundamental principles, in portuguese). To this end, using the case study method, the most important decisions (related to the theme) issued by the Supreme Court, ADI 3510 and ADPF 54, will be examined. The analysis will be based on Ronald Dworkin's theory of law's integrity. It intends to show that these past decisions are chapters of a chain novel which the decision ADPF 442 will be part of.

Key-words: Abortion; Freedom; Right to life; Reproductive rights; Fundamental rights; Constitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O ABORTO E A INTEGRIDADE DO DIREITO.....	11
2.1. O direito constitucional ao aborto.....	11
2.2. Há legitimidade para criminalização do aborto?.....	13
2.3. A integridade do direito e o romance em cadeia	19
3. PRINCIPAIS CASOS SOBRE O DIREITO À VIDA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	22
3.1. ADI 3.510 - O caso das células-tronco	22
3.2. ADPF 54 - O caso dos anencéfalos	30
4. SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	40
4.1. Avanços no entendimento do STF.....	40
4.2. A resposta para ADPF 442.....	44
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

1. INTRODUÇÃO

"Já no hospital, eles já vieram logo dizendo que [...] não gostavam de mulher que faz aborto. Lembra bem, eu tinha 13 anos, não gostavam de mulher que faz aborto [...]"¹

(Anônima)

No Brasil, o aborto é realizado com frequência. Apesar de ser prática criminalizada, aos quarenta anos de idade, uma em cada cinco mulheres brasileiras já realizou pelo menos um aborto.² Em 2015, estima-se que 503 mil mulheres abortaram, cerca de metade precisou ser hospitalizada para finalizar o procedimento.³ O aborto inseguro figura entre as cinco maiores causas de mortalidade materna.⁴ Mesmo com tamanha magnitude, o tema ainda não encontra espaço suficiente para seu livre debate na sociedade brasileira.

O problema é que aborto é tabu. O assunto acaba por ser omitido, enquanto mulheres se submetem a procedimentos, muitas vezes insalubres, que vão de clínicas clandestinas, nas quais nem sempre a curetagem é feita sob anestesia;⁵ a remédios abortivos, clandestinamente comercializados;⁶ ou a inserção de talos de mamona no útero.⁷

¹ Trecho de depoimento anônimo publicado, na história 47, da série “eu vou contar” no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em: https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga .

² DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 2, p. 655.

³ Idem. p. 656.

⁴ Informação da Organização Pan-Americana da Saúde, disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5741:folha-informativa-mortalidade-materna&Itemid=820.

⁵ Trecho de depoimento anônimo publicado, na história 3, da série "eu vou contar" no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em: https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga.

⁶ O misoprostol, ou cytotec, é o remédio recomendado pela Organização Mundial da Saúde para realização do aborto seguro. Informação disponível em: <https://azmina.com.br/especiais/como-e-feito-um-aborto-seguro/>.

⁷ Ingriane Barbosa, 30 anos, mãe de três filhos (de 9, 7 e 2 anos), faleceu por conta de uma infecção generalizada após tentar realizar seu segundo aborto, utilizando-se de um talo de mamona Informação obtida em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2018/07/20/gravida-de-quatro-meses-morre-apos-fazer-aborto-em-casa-e-suspeita-usar-talo-de-mamona-e-presas.ghtml>.

Essas mulheres por vezes recorrem a receitas caseiras, como a ingestão de pucumã com coca-cola, uma banda de cabacinha e dois comprimidos de cibalena, enterrada no cemitério durante três dias, por falta de dinheiro para realizar o procedimento de outra forma.⁸ Chega-se a tal ponto que filhas abortam, em casa (passando por dores insuportáveis), em segredo de suas mães, porque nunca haviam tido conhecimento de que estas também abortaram e esconderam.⁹

Sem o espaço adequado para ser tratada no legislativo, a questão da proibição do aborto foi judicializada, começando a ser debatida no âmbito jurídico. Assim, o primeiro caso de grande importância a ter seu julgamento concluído pelo plenário do Supremo Tribunal Federal foi a Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, sobre a possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionárias. A ação teve ampla repercussão e estabeleceu o pano de fundo sobre o qual casos futuros seriam decididos.

Quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 - sobre a possibilidade de realização da antecipação terapêutica do parto no caso de anencefalia - o Supremo Tribunal Federal avançou ainda mais seu entendimento, reconhecendo o *status* constitucional dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Neste quadro, foi ajuizada a ADPF 442, que pretende ver declarada a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal para que seja excluída de seu âmbito a interrupção da gestação induzida e voluntária nas primeiras 12 semanas da gestação.¹⁰ Em outras palavras, pretende-se que o aborto seja permitido no Brasil durante as primeiras 12 semanas de gestação.

Dessa forma, a pergunta que se coloca, agora, é: qual solução deve ser dada à ADPF 442? Encontrar resposta à questão não é tarefa simples, existem diferentes soluções possíveis, a depender de como se concebe o direito. Neste trabalho a análise será feita a partir da concepção do direito como integridade, com o intuito de encontrar a resposta correta, segundo a teoria de Ronald Dworkin.

⁸ Na história 5, da série "*eu vou contar*", uma mulher conta de sua experiência ao ingerir tal mistura, por recomendação de uma amiga. Disponível em https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga.

⁹ Informação obtida em trecho de depoimento anônimo publicado, na história 1, da série "*eu vou contar*" no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 442/DF*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Proposta em 06/03/2017. Ver petição inicial, p. 61.

Para responder à questão, este estudo busca, em um primeiro momento, apresentar a teoria de Ronald Dworkin. Quer dizer, a ideia do direito como integridade e a interpretação que deve ser dada à Constituição. Neste sentido, será analisado se o feto é uma pessoa constitucional no contexto brasileiro, com o objetivo de concluir se há, ou não, legitimidade estatal para restringir a liberdade da mulher - um direito fundamental - em nome da proteção deste. Outrossim, será apresentada a ideia de romance em cadeia¹¹ e a necessidade de conformidade entre as decisões judiciais e os princípios fundamentais do sistema jurídico.

Em seguida, este estudo procura destrinchar os fundamentos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos principais casos que envolveram o direito à vida no Brasil, ADI 3510 e ADPF 54. Pretende-se mostrar que estas decisões constituem, cada qual, um capítulo de um romance em cadeia, no qual a ADPF 442 também está inserida. Por esta razão, o julgamento da ADPF 442 deve ser compatível com o quadro principiológico desenhado nos julgados passados.

Por fim, busca-se encontrar, com base em toda a teoria apresentada, assim como nos fundamentos das decisões analisadas, a resposta correta à ADPF 442.

¹¹ Conforme o conceito apresentado na teoria de Ronald Dworkin.

2. O ABORTO E A INTEGRIDADE DO DIREITO

*“Hoje eu tenho uma ponta de orgulho por ter resolvido e não comprometido meu futuro. Eu não me arrependo, mas o silêncio me oprime [...]”*¹²

(Anônima)

2.1. O direito constitucional ao aborto

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*,¹³ consagrou a liberdade como um direito fundamental no Brasil. Não obstante a ausência de requisitos específicos para efetivação do direito à liberdade, as disposições constitucionais possuem, no sistema jurídico brasileiro, aplicação imediata. Não há de se falar em liberdade meramente formal, é necessário assegurá-la materialmente.

Conforme Ronald Dworkin, o direito à liberdade só é garantido quando protegida a autonomia reprodutiva da mulher. Ou seja, o direito à liberdade assume uma feição específica, exigindo que seja garantida a autonomia reprodutiva. Afinal, "Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão." (DWORKIN, 2009, p. 143)

O direito à liberdade abrange o direito à autonomia procriadora, do qual deriva o direito ao aborto. "Em outras palavras, seria assombroso que os juristas que aceitaram o direito de autonomia procriadora também não tivessem pensado que esse direito é fundamental para o conceito de liberdade com ordem (...)." (DWORKIN, 2009, p. 232)

¹² Trecho de depoimento anônimo publicado, na história 1, da série “eu vou contar” no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUMlexiAga.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.)

Portanto, a despeito de não estar expresso na Constituição e mesmo que os constituintes não tenham tido a intenção de incluí-lo, o direito ao aborto existe por estar compreendido no direito à liberdade.¹⁴ Quer dizer, uma Constituição que garante liberdade material, como a brasileira, permite o aborto. A garantia de autonomia reprodutiva é requisito para que se possa falar em proteção da liberdade, só podendo ser restrita caso exista motivo legítimo para tanto.

A liberdade está entre os direitos mais importantes. Contudo, a Constituição não detalha quais condições são exigidas para que seja de fato garantida.¹⁵ Assim, cabe ao judiciário determinar a função específica assumida pela liberdade no caso concreto. Portanto, é necessário admitir que a constituição estabelece critérios morais, de alcance amplo que permitam aos juízes tomarem tais decisões, não podendo ser compreendida como uma mera lista de direitos com um escopo limitado.¹⁶

Ou podemos interpretar a Declaração de Direitos e Garantias de maneira muito diferente, como se apenas exprimisse as expectativas muito específicas e concretas dos estadistas particulares que as redigiram e votaram por elas. [...] Se interpretarmos assim a Declaração, criaremos uma Constituição de detalhes - um conjunto de pontos de vista históricos independentes que provavelmente não terão grande unidade, ou mesmo total coerência. (DWORKIN, 2009, p. 167)

No contexto brasileiro, esta interpretação é perfeitamente adequada haja vista que a Constituição Federal é principiológica. Os direitos nela previstos não são, conforme disposição expressa, limitados ao que foi taxativamente listado. Compreendem todos os direitos que decorrem dos princípios que consagra. Como fica claro no artigo 5º, §2º: **“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”** (grifos da autora)

Por isso, é incompatível com o sistema legal brasileiro, a ideia, defendida por alguns, de que tratar a Constituição Federal como simples enumeração de direitos significa protegê-la. O fato é que por meio de disposição constitucional, o constituinte atribuiu este poder (de garantir direitos derivados de princípios) ao judiciário. Portanto, não cabe limitá-lo com base naquilo que legislador supostamente quis dizer, mas não disse.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 166.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be overruled*. University of Chicago Law Review. Chicago, vol. 59.1, 1992, p. 383.

¹⁶ DWORKIN, Op. cit., p. 166.

Os juízes que parecem tomar por base essas ideias, devem, na verdade, estar decidindo em bases muito diferentes e ocultas. O empenho em limitar o poder judicial termina por conceder aos juízes o poder não disciplinado da arbitrariedade. **A ideia de que a Constituição não pode significar o que diz termina na indesejável conclusão de que não significa absolutamente nada.** (DWORKIN, 2009, p. 200) (grifos da autora)

Ademais, um judiciário poderoso é desejável em um regime democrático. Afinal, evita que os cidadãos permaneçam limitados às ideias obsoletas de legisladores que viveram há muitos anos.¹⁷ Assim, os limites da atividade judicial, para Dworkin, encontram-se nos argumentos de princípio e na integridade do direito,¹⁸ e não na moldura da intenção do legislador.

Por estas razões, não há como conceber a garantia do direito à liberdade sem a proteção da autonomia reprodutiva, pois mesmo que o legislador à época não tivera a intenção de ampará-la constitucionalmente, a autonomia reprodutiva está insere-se na liberdade e é dela indissociável. Logo, há direito constitucional ao aborto no Brasil.

2.2. Há legitimidade para criminalização do aborto?

É fato que nem mesmo os direitos constitucionais são ilimitados. O Estado pode impor-lhes restrições, desde que haja fundamento legítimo para tanto. Ronald Dworkin ao analisar a controvérsia sobre o aborto, definiu as duas razões distintas pelas quais um Estado poderia legitimamente proibi-lo; chamou-as de objeção derivativa e objeção independente.

A primeira razão - objeção derivativa - seria a proibição por considerar o feto uma criatura de interesses próprios. Ou seja, se o feto fosse titular de interesses, possuiria também o interesse em viver. A segunda - objeção independente - é baseada no fato de que a vida humana possuiria valor intrínseco. Dessa maneira, a proibição do aborto seria válida pois protegeria o caráter sagrado da vida humana.¹⁹

Dworkin rejeita a objeção derivativa, pois entende que o feto não possui interesses de qualquer tipo. Aduz que possuir interesses é consequência direta de possuir consciência, de saber o que é melhor para si mesmo. Dessa forma, o mero potencial de feto em

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 170.

¹⁸ Ibidem. p. 173.

¹⁹ Ibidem. p. 12-13.

desenvolvimento, de tornar-se um ser humano, não pode ser suficiente para atribuição de interesses. "O problema de o aborto contrariar ou não os interesses de um feto deve depender da questão de saber se o próprio feto tem interesses no momento em que se faz o aborto, e não se tais interesses irão desenvolver-se caso o aborto não seja feito." (DWORKIN, 2009, p. 25)

Com efeito, o equívoco de muitos é pensar que ser abortado quando era apenas um feto, teria contrariado seus próprios interesses, na época. Disso decorre uma falsa presunção de que havia interesses que teriam sido contrariados no passado. Porém, o fato é que há interesses a serem contrariados apenas no presente, mas não quando da realização do aborto.

Uma vez que as criaturas com interesses existem, faz sentido dizer, em retrospecto, que certos fatos teriam contrariado esses interesses se tivessem ocorrido no passado. Contudo **daí não segue que, se tais fatos tivessem ocorrido no passado, teriam sido contrários aos interesses de alguém quando ocorreram.** (DWORKIN, 2009, p. 24) (grifos da autora)

Como não há sujeito titular de interesses, antes de haver viabilidade de vida extrauterina, não há de se falar em violação desses. Assim, o Estado não poderia utilizar a objeção derivativa como fundamento para proibição do aborto, pois não há conflito entre o interesse da mãe e os interesses do feto.

Neste ponto, cabe ressaltar que Dworkin critica a discussão reiterada, presente nos debates acerca do aborto, sobre se o feto é, ou não, uma pessoa. Para o autor o debate é irrelevante. O fato é que há um organismo humano vivo, mas a atribuição de personalidade - a transformação do feto em pessoa constitucional, quer dizer, em sujeito de direitos constitucionalmente garantidos - não decorre de sua situação biológica, mas é definida pelo ordenamento jurídico.

A Constituição brasileira optou por não proteger o feto desde a concepção. Não atribuiu ao feto *status* de pessoa constitucional (que só é atribuído quando do nascimento). Conforme Fernanda Lima:

[...] os constituintes **receberam uma proposta para incluir no texto da atual Constituição um dispositivo que protegeria a vida desde o momento da concepção, mas escolheram não incluí-lo no texto constitucional** e portanto não há que se falar em interpretação nesse sentido do art. 5º [...]. (LIMA, 2014, p. 21) (grifos da autora)

Ademais, no Brasil, o aborto é permitido em três hipóteses: se houver risco à vida da mãe, se a gravidez for resultante de estupro, ou (desde o julgamento da ADPF 54) no caso de anencefalia. Caso o feto fosse um sujeito de direitos constitucionais, no direito brasileiro, tais exceções seriam inválidas, haja vista que não se poderia sacrificar um inocente mesmo que com o intuito de salvar uma vida.

Alguns dizem que, nesse caso, justifica-se que a mãe aborte por tratar-se de uma questão de autodefesa; mas qualquer aborto seguro é realizado por outra pessoa - um médico -, e são poucos que acreditam que seja moralmente justificável que um terceiro, mesmo um médico, possa matar uma pessoa inocente para salvar outra. (DWORKIN, 2009, p. 43)

Assim, é contraditório admitir que o direito à vida do feto é forte o suficiente para justificar a proibição do aborto, na hipótese de a gravidez trazer graves prejuízos à mãe; mas que não é forte o suficiente para justificá-la, quando a gravidez for fruto de crime sexual.²⁰

Logo, no direito brasileiro, o legislador não pode limitar direitos fundamentais das mulheres a pretexto de proteger o feto. Dessa forma, a criminalização do aborto é incompatível com a Constituição Federal, impõe ônus excessivo às mulheres, limitando seus direitos fundamentais desnecessariamente.²¹

Em relação à objeção independente, Ronald Dworkin questiona a legitimidade do Estado em impor uma concepção do sagrado a todos os cidadãos.²² Conclui que não é legítimo criminalizar o aborto com base no valor intrínseco da vida:

Um estado não pode restringir a liberdade a fim de proteger tal valor quando o efeito sobre um grupo de cidadãos for especialmente grave, quando a comunidade estiver seriamente dividida a respeito do que o respeito por esse valor exige e **quando as opiniões das pessoas sobre a natureza desse valor refletirem convicções essencialmente religiosas que são fundamentais para a personalidade moral.** (DWORKIN, 2009, p. 220) (grifos da autora)

A criminalização do aborto no Brasil, segundo Luís Roberto Barroso, se dá por duas razões: primeiro pelo evidente desinteresse da classe política mais influente (que por ser também a classe mais abastada, possui acesso - ainda que clandestino - ao aborto seguro,

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 44.

²¹ UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Trad. Cristina Telles. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, vol. 2, 2016, p. 30.

²² DWORKIN, Op. cit., p. 150.

oferecido na rede de saúde privada, de maneira que não é tão afetada pela criminalização); e, principalmente, por conta da poderosa influência da Igreja Católica no país.²³

Dessa forma, no contexto brasileiro, a criminalização do aborto é inconstitucional, pois proibi-lo significa restringir um direito fundamental (liberdade) para tornar obrigatória uma postura de base religiosa.

Cabe ressaltar, que a Constituição Federal, não apenas garante, em seu artigo 5º, inciso VI,²⁴ a liberdade religiosa como direito fundamental, mas também estabelece, a laicidade do estado, em seu art. 19, inciso I.²⁵ Determina a neutralidade do Estado brasileiro em face de questões religiosas.²⁶

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. (SARMENTO, 2005, p. 62) (grifos da autora)

Dessa maneira, é constitucionalmente vedado ao Estado brasileiro criminalizar uma conduta por motivos religiosos. Para Daniel Sarmento:

É certo que, numa democracia, existe um espaço próprio para que o legislador, como representante do povo, decida sobre questões controvertidas como o aborto. Mas este espaço não é infinito. Ele está emoldurado pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais que esta garante. (SARMENTO, 2005, p. 61) (grifos da autora)

²³ BARROSO, Luís Roberto. Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In: Org(s). COOK, Rebecca J. et al. *Abortion Law in Transnational Perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 260-262.

²⁴ Art. 5º (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.)

²⁵ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.)

²⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 240, Abr./Jun. 2005, p. 61-62.

Afinal, apesar de o legislador representar a maioria, deve tratar a todos igualmente. Não há igualdade de tratamento quando se obriga um cidadão a agir de determinada maneira por razões religiosas²⁷. Especialmente quando um dos fundamentos da república (Art. 1º, inciso V)²⁸ é justamente o pluralismo político. Por conseguinte, como questão do aborto ainda é muito controversa o Estado deve abster-se de impor uma visão.²⁹

Por isso, a objeção independente também não pode ser utilizada como fundamento para proibir o aborto, haja vista que "seria estranho que a melhor interpretação da liberdade e da igualdade constitucionais não insistisse em que as pessoas têm o mesmo direito de seguir sua própria consciência nas questões profundamente espirituais".³⁰

Neste ponto, é importante salientar que o respeito à santidade da vida, nem sempre leva à conclusão de que não se pode abortar. Pelo contrário, enxergar a vida como algo intrinsecamente valioso muitas vezes significa admitir o aborto, fato que torna a criminalização ainda menos justificável. Por exemplo, quando permite-se o aborto necessário, aceita-se a perda do feto, com o intuito de preservar a vida da mãe. Logo, a prática do aborto, neste caso, é a melhor forma de respeitar o valor da vida.

O desperdício de vida, avaliado em termos de frustração e não de simples perda, é muito maior quando a vida de uma mãe solteira adolescente é destruída do que quando morre um feto ainda recém-formado, em cuja vida o investimento humano tenha sido insignificante até então. (DWORKIN, 2009, p. 137)

Ademais, é fato que a criminalização do aborto não impede sua realização, pelo contrário, países em que é permitido costumam possuir taxas de abortamento menores do que aqueles nos quais é criminalizado.³¹

Tanto que, no Brasil, apesar de proibido, o aborto é amplamente praticado, mulheres de todas as faixas etárias e classes sociais recorrem à sua prática (mesmo que as taxas sejam

²⁷ Ibidem. p. 63.

²⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.*)

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In: Org(s). COOK, Rebecca J. et al. *Abortion Law in Transnational Perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 275.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 231.

³¹ Informações do Instituto Guttmacher, disponível em https://guttacher.org/sites/default/files/factsheet/fb_iaw.pdf.

especialmente elevadas entre mulheres de menor escolaridade, pretas, pardas e indígenas, nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste.)³² Conforme Biroli, "É importante ter em mente que a prática do aborto não é reduzida pela criminalização, mas brutalizada (...)." (BIROLI, 2014, p. 38)

Assim, o aborto é reconhecido como um dos maiores problemas de saúde pública no Brasil,³³ figurando entre as principais causas da mortalidade materna no país,³⁴ por conta das péssimas condições nas quais é realizado. Estas mortes poderiam ser evitadas, inúmeras vidas poderiam ser preservadas, caso a rede pública de saúde obtivesse autorização para realização do aborto seguro.³⁵

Logo, a criminalização do aborto é mais uma forma de impor visões religiosas, ou relacionadas a valores tradicionais, do que um verdadeiro meio de proteção da vida.³⁶ Afinal, a decisão de abortar não depende deste ser crime, mas de uma série de outros fatores: como a educação sexual, acesso a métodos contraceptivos, políticas públicas que promovam suporte e estrutura suficiente para ajudar mulheres a criarem seus filhos.³⁷ E, conforme ressaltado, não implica a redução no número de procedimentos realizados.

Em verdade, a ideia (em si mesma) de que tornar do aborto crime significa proteger a vida, não é uma ideia neutra. Conforme argumenta Verónica Undurruga, "Quando a concepção de “bem” que a lei adota se adscrive a uma religião em particular, mas o Estado, de acordo com a Constituição, deve ser neutro quanto às denominações religiosas, a legitimidade do objetivo legal torna-se discutível." (UNDURRAGA, 2016, p. 25).

O fato é que a criminalização do aborto pode ser vista como um insulto tão grande ao valor intrínseco da vida, quanto sua realização. Trata-se de questão de ponto de vista, um

³² DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 2, p. 658

³³ *Ibidem*. p. 659

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In: Org(s). COOK, Rebecca J. et al. *Abortion Law in Transnational Perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 261

³⁵ Segundo noticiado pelo jornal El país, o Ministério da Saúde do Uruguai (país onde há aborto legal) divulgou relatório, em 2015, informando a realização de 6.676 abortos no ano de 2014 e nenhuma morte materna decorrente do aborto seguro. Informação disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.htm.

³⁶ SIEGEL, Reva B. Pro Choice Life: Asking Who Protects Life and How—and Why It Matters in Law and Politics. *Indiana Law Journal*, Bloomington, vol. 93, p. 222.

³⁷ *Ibidem*, p. 229.

assunto que merece permanecer na esfera privada do indivíduo, é matéria a respeito da qual o Estado precisa se abster. Conforme Undurraga:

Não se pode forçar uma mulher a que assuma sacrifícios não usuais ou que renuncie a seu direito à integridade pessoal para proteger a vida do feto. Forçar uma mulher a manter uma gestação e dar nascimento a um feto inviável também constitui uma restrição excessiva aos seus direitos, equiparável à submissão a tratamento cruel, desumano e degradante, que afeta sua intangibilidade moral e, em última análise, sua dignidade humana. (UNDURRAGA, 2016, p. 38)

Fica evidente, dessa forma, que mesmo os que julgam que a vida possui um valor intrínseco e por isso deve ser protegida pelo Estado, não necessariamente entendem ser correta a criminalização do aborto. Por isso, Dworkin argumenta que "(...) a um estado não compete prescrever o que as pessoas deveriam pensar sobre o significado e o valor útil da vida humana, sobre por que a vida tem importância intrínseca, e sobre como esse valor é respeitado ou desonrado em diferentes circunstâncias".³⁸

2.3. A integridade do direito e o romance em cadeia

Conclui-se, por todo exposto até o momento, que a criminalização do aborto é incompatível com os princípios que regem a sociedade brasileira, está em desacordo com a integridade que é necessária a uma comunidade na qual a justiça e a equidade sejam respeitadas.

Para Ronald Dworkin a integridade possui duas formas, a forma política e a forma judicial. A forma política define os limites do que o legislador pode, ou não alterar quando exerce a atividade legislativa. Enquanto a forma jurisdicional (que será analisada neste trabalho) diz respeito à maneira como os juízes decidem.³⁹

A integridade exige que "(...) juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, e com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas

³⁸ DWORIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 230.

³⁹ DWORIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 261.

explícitas." (DWORKIN, 2014, p. 261). O intuito da integridade é mostrar a atividade jurisdicional sob sua melhor luz.⁴⁰

Contudo, integridade não é sinônimo de coerência em relação a decisões anteriores.⁴¹ A proposta da integridade não é vincular os tribunais a proferir decisões futuras conforme as passadas. O que a integridade busca é a conformidade entre decisões e os princípios fundamentais do sistema jurídico.⁴²

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. **Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por essa razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.** (DWORKIN, 2014, p. 264) (grifos da autora)

Portanto, a integridade admite que casos parecidos sejam julgados de maneira diversa. O que se deve buscar é a coerência relativa aos princípios a partir de uma interpretação das normas legais que as torne consistente entre si.

A integridade (...) não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. **Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.** (DWORKIN, 2014, p. 273) (grifos da autora)

Assim, procura-se interpretar normas legais como se fossem fruto da atividade legislativa de um mesmo autor.⁴³ Sem pretender, contudo, encontrar a intenção do legislador, ou atingir objetivos práticos almejados quando a norma foi criada.⁴⁴

A ideia, da interpretação do direito conforme a noção de um romance em cadeia, é de que cada capítulo seria escrito por um autor diferente mantendo, contudo, a coerência da história em seu todo. "Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes." (DWORKIN, 2014, p. 276).

⁴⁰ Ibidem, p. 272.

⁴¹ Ibidem, p. 264.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem, p. 271-272.

⁴⁴ Ibidem, p. 274.

Portanto, em se deparando com mais de uma interpretação possível, o juiz deve escolher a mais adequada ao desenvolvimento da obra.⁴⁵ "Deve confrontar cada interpretação com decisões judiciais do passado, para além daquelas que envolvem danos morais, que aparentemente poderiam colocá-las em pauta." (DWORKIN, 2014, p. 293).

É possível, ainda, explica Dworkin, que um princípio nunca antes reconhecido explicitamente seja utilizado como fundamento para melhor interpretação, desde que permita a visão destas decisões sob sua melhor luz.⁴⁶ O que a integridade exige é a coerência, sobretudo com os princípios de justiça e equidade:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2014, p. 291)

Dessa forma, é preciso analisar as decisões proferidas no caso sobre pesquisa em células-tronco, assim como no caso do aborto de anencéfalo, com o objetivo de constatar quais os princípios - reconhecidos pelo STF, nos julgamentos - devem ser respeitados para que a sociedade brasileira respeite a integridade do direito.

⁴⁵ Ibidem, p. 278.

⁴⁶ Ibidem, p. 296-297.

3. PRINCIPAIS CASOS SOBRE O DIREITO À VIDA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“As pessoas perguntam logo ‘você se arrependeu?’ Parece que essa é a primeira pergunta que vem. Não, eu não tenho arrependimento, não é isso. O que eu ainda sinto é a lembrança da solidão que eu vivi (...).”⁴⁷

(Anônima)

3.1. ADI 3.510 - O caso das células-tronco

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 foi ajuizada pelo Procurador Geral da República, em 30 de maio de 2005. Seu objetivo era o de ver declarada inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos⁴⁸ da Lei nº 11.105/2005, popularmente chamada de Lei de Biossegurança.

Em suma, o argumento trazido na inicial era o de que a vida humana tem início com a fecundação. Portanto, disposição legal que autorizasse pesquisas em células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos, mereceria ser declarada materialmente

⁴⁷ Trecho de depoimento anônimo publicado, na história 36, da série “eu vou contar” no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga.

⁴⁸ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.)

inconstitucional. Haveria violação do disposto no artigo 5º *caput*⁴⁹ da Constituição, onde foi consagrada a inviolabilidade do direito à vida.⁵⁰

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de relatoria do ministro Ayres Britto, foi julgada, por maioria, totalmente improcedente, nos termos do voto do relator. Ficaram vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Ayres Britto, relator do caso, iniciou seu voto com reflexão sobre o momento do início da personalidade. Destacou que a Constituição Federal não estabelece quando a vida humana começa, contudo, o ordenamento estabelece que o início da personalidade se dará apenas com a vida extrauterina. Dessa forma, resta claro que não se leva em consideração o tempo em que o indivíduo esteve no útero materno para atribuição de personalidade.⁵¹

Para o Ministro, o caso em questão exigiu do Supremo Tribunal Federal decidir, em qual medida, e a partir de que momento, a vida podia ser validamente protegida pelo Direito Infraconstitucional. Julgou ser a proteção da vida, no ordenamento jurídico brasileiro, variável de acordo com cada fase de desenvolvimento.

Entendeu que não há de se falar na existência de duas pessoas, quando o embrião está no corpo da mulher. Afinal, se assim fosse, os incisos I e II do art. 128 (que estabelecem as exceções em que o aborto é legal) seriam inconstitucionais, uma vez que a Carta Magna proíbe a pena de morte.

Deixou claro, em seu voto, que o embrião não é pessoa humana:

Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. (..) (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). (BRASIL, 2010, p. 172)

⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.)

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3510/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão publicado em 28/05/2010. DJE nº 96, divulgado em 27/05/2010. Ver petição inicial, protocolada em 30/05/2005. p. 02-14.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3510. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão publicado em 8/05/2010. DJE nº 96, divulgado em 27/05/2010. p. 163- 165.

Assim, mesmo que o embrião mereça proteção do ordenamento jurídico brasileiro, essa encontra limites claros.

Destacou que o caso em tela não pode ser visto como uma discussão sobre aborto, por se tratar de bem jurídico diferente. Afinal, os embriões sobre os quais a lei dispõe são aqueles obtidos por meio de fertilização, sem que haja relação sexual, ou introdução no útero materno. Ademais, trata-se de embriões congelados, há pelo menos três anos, fato que impede sua progressão reprodutiva e reduz drasticamente sua viabilidade.⁵²

Prosseguiu explicando que há direito constitucional ao planejamento familiar, conforme o art. 226, §7º⁵³, da Constituição Federal, vedada qualquer tipo de coerção oficial ou privada. Por isso, asseverou não ser possível, pelo ordenamento brasileiro, obrigar o casal a utilizar todos os óvulos fecundados. Até porque, julgou não ser razoável a imposição da gravidez ao sexo feminino, uma vez que tal imposição seria desumana, degradante.⁵⁴ "Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros (...)" (BRASIL, 2010, p. 188), explicou o Ministro.

Ainda, o Ministro Ayres Britto, explicitou que uma decisão de ter, ou não, um filho, é parte importante da autonomia da vontade do indivíduo, que é direito constitucional, fundado na ideia de dignidade da pessoa humana.⁵⁵

Por fim, julgou que a escolha feita pela lei de biossegurança, de destinar embriões inviáveis, ou congelados há mais de 3 anos, à pesquisa científica, não despreza o valor da vida. Pelo contrário, possibilita encontrar novas alternativas para superar diversas enfermidades, adequa-se à concepção do que chamou de constitucionalismo fraternal.⁵⁶

A Ministra Ellen Gracie, em voto sucinto, acompanhou o relator, decidiu pela improcedência da inicial. Iniciou seu voto ressaltando que não há previsão constitucional de quando começa a vida. Em seguida, esclareceu que a técnica de reprodução *in vitro* surgiu

⁵² Ibidem. p. 177-181.

⁵³ § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.*)

⁵⁴ BRASIL, Op. cit., p. 183-186.

⁵⁵ Ibidem, p. 194.

⁵⁶ Ibidem, p. 199-200.

com o intuito de ajudar casais que não conseguiam se reproduzir pelo meio natural. Essa técnica, porém, faz com que surjam alguns embriões excedentes - muitas vezes inviáveis - que são posteriormente descartados. Para a ministra, esses embriões são custo necessário para superação da infertilidade.⁵⁷

Por isso, julgou que a previsão feita pela legislação atribuiu, em verdade, um destino mais nobre aos embriões inviáveis (que seriam caso o contrário descartados). Dessa maneira, concebeu não haver ofensa à dignidade humana de tais embriões⁵⁸

Finalizou seu voto com o que chamou de argumento utilitarista, argumentando que o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que seu simples descarte.⁵⁹

Por sua vez, o Ministro Menezes Direito proferiu decisão pela procedência, em parte, da ADI 3.510. Iniciou seu voto ressaltando os riscos que podem ser trazidos por experimentos genéticos em embriões humanos (inclusive o risco de eugenia) e ponderou sobre os limites de tais pesquisas. Ainda, ressaltou não haver qualquer garantia de que tais pesquisas resultem na evolução científica esperada.⁶⁰

Criticou o método de obtenção das células-tronco embrionárias. Pois, segundo o Ministro, já seria possível transformar células-tronco adultas em células-tronco pluripotentes, ou seja, comparáveis às células-tronco embrionárias. Assim, deliberou não ser razoável a destruição de embriões humanos para realização de pesquisas.⁶¹

Julgou ser o embrião um indivíduo, desde o momento da fecundação, pois carrega a mesma carga genética de um ser humano adulto (ou em outra fase da vida). Por isso, merece ser protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assim como qualquer outra pessoa. Até porque, esclareceu, não é a atribuição de personalidade que irá atribuir vida ao embrião.⁶²

Por fim, rejeitou o argumento de que seria melhor utilizar células-tronco em pesquisa do que descartá-las, por considerar que não é razoável destruir uma vida, mesmo para salvar

⁵⁷ Ibidem, p. 215.

⁵⁸ Ibidem, p. 218.

⁵⁹ Ibidem, p. 219.

⁶⁰ Ibidem, p. 246-249.

⁶¹ Ibidem, p. 253-254.

⁶² Ibidem, p. 277-280.

outra. Julgou inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, por violar o direito à vida, protegido pelo artigo 5º da Constituição da República.⁶³

Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia julgou improcedente a ação. Estabeleceu que o dispositivo legal impugnado é conforme o princípio da dignidade humana. Rejeitou o argumento de que as células-tronco adultas poderiam ser utilizadas em pesquisas, no lugar das células-tronco embrionárias, pois não haveria dados científicos para corroborar tal hipótese. Ademais, ressaltou que a inviolabilidade da vida não é absoluta.⁶⁴

Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. Tanto é assim que o ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a figura lícita do aborto nos casos em que seja necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art. 128, incs. I e II, do Código Penal). (BRASIL, 2010, p. 340) (grifos da autora)

Dessa forma, a Ministra decidiu não haver incompatibilidade entre o direito à vida e a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa. Afinal, trata-se de embriões que jamais serão implantados no útero materno, logo, não há vida, não há direito a ser violado.⁶⁵ Consequentemente, julgou que é o descarte de embriões que viola a dignidade humana a sua utilização em pesquisas (buscando dignificar outras vidas) valoriza-a.⁶⁶

O Ministro Lewandowski votou pela constitucionalidade da lei, com ressalvas. Ressaltou os riscos que pesquisas genéticas podem trazer, como a questão da eugenia, e lembrou dos abusos cometidos em experimentos durante a segunda guerra mundial.⁶⁷

Segundo o Ministro, o único entendimento possível, do ponto de vista jurídico, é o de que a vida inicia-se com a concepção. Portanto, considerando o direito interno e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é desde o encontro do espermatozóide com o óvulo que há proteção legal.⁶⁸

⁶³ Ibidem, p. 284-286.

⁶⁴ Ibidem, p. 335- 340.

⁶⁵ Ibidem, p. 343.

⁶⁶ Ibidem, p. 351.

⁶⁷ Ibidem, p. 380.

⁶⁸ Ibidem, p. 400.

Criticou o artigo 5º da lei de biossegurança, por considerar ser a proteção aos embriões, nele contida, insuficiente. Resolveu que tal dispositivo legal precisa ser harmonizado com o princípio da dignidade humana.⁶⁹

Por sua vez, Ministro Eros Grau votou pela procedência em parte da ADI. Exarou que mesmo sem atribuição de personalidade, a legislação civil brasileira preserva os direitos do nascituro. Daí ser o embrião, no ventre materno, pessoa. Explicou que sua personalidade está sob condição suspensiva (o nascimento), mas que já lhe foi atribuída.

Afirmou que a destruição de em embriões humanos, para pesquisa, afronta o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Contudo, os dispositivos impugnados não são inconstitucionais. Trata-se de um problema linguístico, sobre o que o termo "embrião" pode significar.⁷⁰

Nesta linha, entendeu que o embrião fora do útero materno (*in vitro*) não pode ser considerado vivo, ante a interrupção de seu desenvolvimento. "Não há vida humana no óvulo *fecundado* fora de um útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/05 chama de *embrião*. A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado." (BRASIL, 2010, p. 456)

Nesse diapasão, decidiu que o artigo 5º da lei nº 11.105 é constitucional. Impôs algumas restrições às pesquisas, em seu voto, para evitar risco de manipulação genética.⁷¹

O Ministro Joaquim Barbosa julgou totalmente improcedente o pedido formulado na inicial. Argumentou que a vida recebe distintos graus de proteção em diferentes momentos, por isso, os crimes de aborto, infanticídio e homicídio possuem penas diversas. Decidiu pela constitucionalidade da lei, por entender que sua finalidade é válida. Ou seja, que o uso de células-tronco embrionárias, em pesquisas científicas que objetivam tratamento de doenças até agora incuráveis, é constitucional.⁷²

Segundo Joaquim Barbosa: de um lado há o direito dos embriões que não serão utilizados para reprodução, e de outro, a vida de várias pessoas acometidas por doenças

⁶⁹ Ibidem, p. 429.

⁷⁰ Ibidem, p. 454-455.

⁷¹ Ibidem, p. 458-460.

⁷² Ibidem, p. 462-463.

incuráveis. Dessa forma, julgou, o legislador, acertadamente, decidiu por privilegiar a vida em um espectro mais amplo, permitindo a pesquisa em células-tronco.⁷³

Na sequência, o Ministro Cezar Peluso proferiu voto pela improcedência do pedido contido na inicial. Dispôs ser impossível a equiparação entre o aborto e o procedimento realizado em pesquisas com células-tronco embrionárias, uma vez que essas não estão implantadas no útero materno, logo, não há potencialidade de vida.⁷⁴

Julgou que acaso os embriões fossem destinados ao congelamento eterno, ou descartados, estariam sendo igualmente destruídos, rejeitou, portanto, o argumento de que a pesquisa seria a única destinação destrutiva.⁷⁵

Diferenciou, outrossim, que os embriões possuem dignidade constitucional, mas em grau inferior ao daquele conferido às pessoas vivas. Para o Ministro, a proteção conferida ao embrião, pelo ordenamento jurídico brasileiro, não inclui o direito de evoluir ou nascer. Assim, laborou pela constitucionalidade da lei, acrescentando alguns parâmetros para manter preservada a dignidade dos embriões.⁷⁶

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, em voto breve, acompanhou o relator, julgando improcedente o pedido. Ressaltou que os embriões não utilizados para reprodução do casal seriam descartados. Adotou o entendimento de que a autorização da pesquisa em células-tronco está fundada na ideia de solidariedade, consagrada na Constituição Federal.⁷⁷

O Ministro Celso de Mello deu pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Discorreu sobre laicidade do Estado brasileiro, afirmando que o direito não pode ser submetido à religião. Ademais, segundo o Ministro, a liberdade religiosa é fundamental para existência de um regime democrático. Portanto, a decisão do caso deve ser pautada apenas pelos preceitos constitucionais.⁷⁸

Segundo Celso de Mello, como não há disposição legal que defina o momento de início da vida, o intérprete pode optar por aquela concepção que é mais adequada ao interesse público. Explicou:

⁷³ *Ibidem*, p. 464.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 482.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 492.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 514-523.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 546-553.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 559-565.

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, "a contrario sensu", servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização "in vitro", transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida. (BRASIL, 2010, p. 581).

Por essa razão, julgou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança não ofende a Constituição Federal, haja vista que a extração das células-tronco se dá antes da formação do sistema nervoso. Dessa maneira, até a formação do sistema nervoso não considerou haver ser humano em potencial.⁷⁹

Argumentou que Convenção Americana de Direitos Humanos não reconheceu o início da vida no momento da concepção, por considerar que a expressão "em geral" é ampla o suficiente, justamente, para evitar a imposição de proteção desde a fecundação. Por fim, destacou que a decisão do caso permitirá a milhões de brasileiros a chance de concretizar o direito à busca da felicidade e de viver com dignidade. Concluiu seu voto, acompanhando o relator.⁸⁰

O Ministro Gilmar Mendes, então presidente, foi o último a proferir sua decisão. Iniciou seu voto ressaltando a atuação contramajoritária do STF e ressaltando a legitimidade da Corte para decidir o caso. Explicou que mesmo sem a atribuição de direitos fundamentais ao embrião, não é possível negar-lhe algum tipo de proteção.⁸¹

Entendeu que a legislação estrangeira é mais rigorosa do que a brasileira ao tratar este tema. Considerou inegável a deficiência de proteção estabelecida pela legislação nacional. Criticou a norma brasileira, por considerar que o tema, pesquisa em embriões humanos, é complexo demais para ser tratado em uma lei destinada a Organismos Geneticamente Modificados.⁸²

Segundo o Ministro, a lei impugnada deveria regulamentar melhor a questão do comitê de ética responsável pela fiscalização da matéria. Ainda, defendeu que se deveria permitir a

⁷⁹ Ibidem. p. 581.

⁸⁰ Ibidem. p. 589-590.

⁸¹ Ibidem p. 597-600.

⁸² Ibidem. p. 620.

pesquisa em células-tronco embrionárias apenas subsidiariamente, enquanto não houver outra maneira de obter células totipotentes.⁸³

Concluiu, dessa maneira, que a proteção da Lei nº 11.105/2005 é deficiente, mas sua declaração de inconstitucionalidade levaria a um vácuo normativo indesejado. Portanto, o texto legal pode ser mantido, desde que interpretado conforme a Constituição Federal.⁸⁴

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Ficaram vencidos parcialmente, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, pois estabeleceram condições à constitucionalidade do dispositivo impugnado na inicial.

3.2. ADPF 54 - O caso dos anencéfalos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 foi ajuizada em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 16 de junho de 2004. Seu objetivo era o de estabelecer uma interpretação conforme a constituição dos artigos 124⁸⁵, 126 *caput*⁸⁶ e 128, I e II⁸⁷, do Código Penal.

Em suma, alegou-se que uma interpretação que aplicasse os referidos dispositivos do código penal brasileiro às mulheres, nas hipóteses de anencefalia, levaria à violação da dignidade da pessoa humana, da liberdade, assim como do direito à saúde. Por isso, a demanda foi levada, ao Supremo Tribunal Federal, para que a corte procedesse à interpretação conforme a Constituição de tais artigos, de maneira a impedir sua incidência nos casos de anencefalia.⁸⁸

⁸³ Ibidem. p. 621- 622.

⁸⁴ Ibidem. p. 622-630.

⁸⁵ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque; (...). (BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*).

⁸⁶ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante (...). (BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*).

⁸⁷ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*)

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado em 30/04/2013. DJe nº 80, divulgado em 29/04/2013. Ver petição inicial, protocolada em 17 ago. 2004, p. 4.

Após longo debate, o tribunal julgou, por maioria, termos do voto do relator (Ministro Marco Aurélio de Mello), procedente a ADPF 54. A decisão deu-se contra os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que acrescentaram condições de diagnóstico de anencefalia. Restaram vencidos os ministros Lewandowski e Cezar Peluso.

O Ministro Marco Aurélio de Mello iniciou seu voto com uma análise da violação do preceito da liberdade religiosa e laicidade, conforme previsto nos artigos 5º, VI⁸⁹; e 19, I⁹⁰, da Constituição brasileira. Depois de breve digressão histórica, sobre a separação do Estado brasileiro e a Igreja Católica, o ministro relator afirmou que o preâmbulo da Constituição é destituído de força normativa. Portanto, a neutralidade rege o Estado brasileiro, o que veda a existência de atos estatais de cunho religioso.⁹¹

Em seguida, passou à análise da questão da anencefalia em si. Citou diversas fontes com o objetivo de deixar claro que há impossibilidade de vida quando há diagnóstico de anencefalia. Afastou, assim, a proteção dada, pela Constituição, à criança. Afinal, como o feto jamais poderá sobreviver, ele nunca se tornará uma criança, portanto, não pode ser protegido pela Constituição como tal.⁹²

Na sequência, tratou do argumento sobre a doação de órgãos: a ideia de que o aborto do anencéfalo não poderia ser permitido pois seus órgãos poderiam ser doados no futuro. Neste ponto, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a mulher não pode ser vista pela sociedade como mero instrumento, ou objeto.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. **Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias** – premissa que não se confirma, como se verá –, **não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar**

⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.)

⁹⁰ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.)

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado em 30/04/2013. DJe nº 80, divulgado em 29/04/2013. p. 39-42.

⁹² Ibidem, p. 50.

adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana. (BRASIL, 2013, p. 52) (grifos da autora)

Ressaltou não haver obrigatoriedade, no direito brasileiro, de doação de sangue, ou medula óssea, mesmo que tais atos possam salvar várias vidas. Dessa forma, para o relator, "A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo (...)" (BRASIL, 2013, p. 54).

Ademais, o ministro explicou, em seu voto, que o anencéfalo nunca será titular de direito à vida. Dessa maneira, o conflito entre direitos fundamentais - da mulher e do feto - é aparente, inexistindo, em realidade. Afinal, o anencéfalo não sobreviverá, conseqüentemente, não há direito à vida que se contrapõe ao direito da mulher.⁹³

Acentuou o fato de o Código Penal ter sido escrito em 1940, quando não havia exames precisos para determinar a anencefalia. Ou seja, naquela época, não era plausível estabelecer, hipótese de atipicidade quando da anencefalia. Atualmente, a situação é diferente. Os avanços tecnológicos já permitem o diagnóstico de tal condição, não sendo razoável manter a criminalização.

Aduziu o Ministro Marco Aurélio referência à decisão do tribunal na ADI 3.510/DF (sobre a possibilidade de se realizar pesquisa com células-tronco). Na oportunidade, o STF entendera que o embrião não poderia ser considerado uma pessoa no sentido previsto pela Constituição Federal, logo, não receberia o mesmo tipo de proteção que uma pessoa já nascida⁹⁴.

Prosseguiu enfrentando a questão do caráter não absoluto do direito à vida. Destacou o fato de o aborto ser permitido no caso de estupro. "Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão" (BRASIL, 2013, p. 59). Portanto, o direito da mulher deve prevalecer sobre a proteção a ser dada ao feto.

Por fim, o Ministro citou a Convenção de Belém do Pará, julgou violados os direitos humanos das mulheres, concluiu:

⁹³ Ibidem, p. 54.

⁹⁴ Ibidem, p. 57.

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. (BRASIL, 2013, p. 68)

Para o ministro relator, os direitos básicos da mulher devem prevalecer sobre a proteção do direito à vida do feto.

Em seguida, a Ministra Rosa Weber iniciou seu voto, acompanhando o relator, pela procedência da ação. Entendeu que a antecipação terapêutica do parto, no caso de anencefalia é fato atípico. Defendeu que a proteção constitucional do feto não deve ser pautada unicamente em critérios biológicos (médicos), mas em critérios jurídicos. Afinal, segundo a Ministra, os critérios trazidos pela medicina alteram-se com frequência, a partir de novos estudos, fato que os torna instáveis demais para serem adotados pelo ordenamento.

Explicou que existe gradação, no direito penal brasileiro, dos níveis de proteção atribuídos a cada estágio da vida. Dessa forma, a pena atribuída ao homicídio é muito maior do que a pena atribuída ao aborto:

Assim, para fins de valoração da reprovabilidade, espera-se menos da relação da gestante e da sociedade com o feto do que na relação entre dois indivíduos já totalmente formados organicamente no que tange à proteção da vida e do direito à plenitude da integridade física como bens jurídicos. [...] **Fica evidente que, para o direito penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto.** (BRASIL, 2013, p. 105) (grifos da autora)

Ainda, analisou a questão sob o ângulo do direito privado. O Código Civil brasileiro estabelece o início da personalidade jurídica no nascimento, deixa a salvo os direitos do nascituro. Logo, se o feto falece antes de seu nascimento, não há reflexo no mundo jurídico do direito privado (ele não é capaz de herdar ou receber doações, por exemplo).⁹⁵

Continuou seu voto com o argumento de que é preciso equiparar a situação do nascituro com a situação da morte encefálica (que é condição para um indivíduo ser considerado morto no Direito Civil). Entendeu que, como a ausência de atividade cerebral

⁹⁵ Ibidem, p. 107.

levará inevitavelmente à morte do anencéfalo, não há proteção jurídica que pode a ele ser conferida.⁹⁶

Também enfrentou a questão da vontade do legislador. Concluiu não ser possível ter certeza da intenção - um elemento psicológico - do legislador. A solução deve ser encontrada por meio da análise sistêmica do ordenamento brasileiro. Segundo a ministra, essa análise leva à conclusão de que a proteção está do lado da mãe. Uma vez que, até mesmo quando o feto é viável, no caso de estupro, é possível realizar o aborto legalmente.⁹⁷

Por fim, explicou que não há valores absolutos no sistema jurídico brasileiro (nem mesmo a vida). Dessa maneira, aplicando a ideia de proporcionalidade, decidiu pela prevalência da liberdade da mulher, quando esta estiver em conflito com a proteção dada ao anencéfalo.⁹⁸

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu voto breve pela procedência da ação. Para Joaquim Barbosa, a questão posta deve ser decidida considerando-se a liberdade individual da gestante (isto é, seu direito de autodeterminação). Ressaltou que os direitos reprodutivos da mulher são componentes indissociáveis de seu direito fundamental à liberdade.

Além disso, chamou atenção para o fato de o ordenamento jurídico brasileiro estabelecer diferentes graus de tutela penal da vida humana. O nível de proteção garantido é diferente conforme o estágio de desenvolvimento. Desse modo, o nível de proteção garantido ao feto é menor do que o nível de proteção garantido à mulher.

Ao cabo, entendeu que o anencéfalo, mesmo quando biologicamente vivo, é juridicamente morto (devido à ausência de atividade cerebral). Assim, não há de se falar em conduta típica quando do aborto de anencéfalo.⁹⁹

Na sequência, o Ministro Luiz Fux, em interessante reflexão, propôs uma "releitura moral" do artigo 128 do Código Penal, com base na teoria de Ronald Dworkin. Para Fux, é necessário incorporar as novas necessidades, tanto científicas, como sociais, ao sistema legal,

⁹⁶ Ibidem, p. 110.

⁹⁷ Ibidem, p. 123.

⁹⁸ Ibidem, p. 136.

⁹⁹ Ibidem, p. 150.

conforme defende Dworkin.¹⁰⁰ Ainda, julgou desproporcional a penalização da gestante no caso do aborto de anencéfalo:

O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas, antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado democrático de Direito e garantia revestida da categoria de direito fundamental. (BRASIL, 2013, p. 169)

Por seu turno, a Ministra Cármen Lúcia destacou que o direito à saúde não inclui apenas a saúde física, mas também a saúde mental. Explicou que a violação do direito à saúde se dá pela agressão psicológica e moral que o dever de gestação de um feto anencefálico pode acarretar a uma mulher.¹⁰¹

Ainda, ressaltou que tal criminalização afeta, especialmente, os mais carentes, isto é, aqueles que não possuem meios para contratar um advogado e obter autorização judicial para interromper a gestação. Por isso, julgou haver também violação ao princípio da isonomia, uma vez que a gestantes em diferentes condições socioeconômicas não possuirão as mesmas oportunidades.¹⁰²

Seguiu seu voto lembrando ao plenário que o Brasil subscreveu a diversos tratados internacionais que impõem o respeito aos direitos fundamentais das mulheres. Sejam eles: a Declaração de Pequim; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; o Pacto de San José da Costa Rica; e Convenção de Belém do Pará.¹⁰³

Enfrentou a questão da dignidade da pessoa humana. Segundo a Ministra, não é suficiente, pela Constituição de 1988, a garantia apenas do direito à vida, é necessário garantir a vida digna. Portanto, não se pode permitir a criminalização da antecipação terapêutica do parto, no caso de anencefalia, sob pena de violar a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e o direito à saúde da gestante.¹⁰⁴

O Ministro Lewandowski foi responsável por abrir a divergência, votou contra o provimento da ADPF 54. Em voto relativamente sucinto, decidiu que o Supremo Tribunal Federal não poderia usurpar competência legislativa e julgar o caso em questão. Para

¹⁰⁰ Ibidem, p. 165.

¹⁰¹ Ibidem, p. 189.

¹⁰² Ibidem, p. 202.

¹⁰³ Ibidem, p. 220.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 227-234.

Lewandowski, o legislador deliberadamente deixou de afastar a punibilidade na hipótese de aborto de feto anencéfalo.¹⁰⁵

Defendeu que a técnica de interpretação conforme a Constituição encontra limites na expressão literal da lei. Logo, como no caso em tela o sentido da lei é inequívoco, não caberia ao juiz contrariar a vontade do legislador. Caso o contrário, estar-se-ia usurpando competência.¹⁰⁶

Em contrapartida, o Ministro Ayres Britto, votou com o relator, julgando procedente a ADPF 54. Criticou a legislação brasileira, por considerar "estranho" que o aborto seja criminalizado quando não há marco legal, no ordenamento brasileiro, para o início da vida.¹⁰⁷

Além disso, ressaltou a importância do paralelo, feito na inicial, entre a morte encefálica e o nascimento do anencéfalo. Segundo Ayres Britto, não há de se falar em vida quando não há atividade cerebral. Afinal, o fim da atividade cerebral é responsável por demarcar o momento da morte no sistema legal brasileiro.¹⁰⁸

Finalizou seu voto com a afirmação de que se os homens engravidassem, a interrupção da gravidez em caso de anencefalia seria lícita "desde sempre".¹⁰⁹

O Ministro Gilmar Mendes também proferiu voto pela procedência à ADPF 54. Iniciou analisando como o tema é tratado no direito comparado. Comentou o caso alemão, em que decidiu-se descriminalizar o aborto, por considerar-se que não é matéria a ser tratada pelo direito penal. Assim, há apenas a obrigatoriedade de aconselhamento antes da realização do procedimento.¹¹⁰

Entendeu que o aborto de anencéfalo é fato típico, ao contrário do que defende a inicial. Isso porque o anencéfalo pode nascer com vida. Ainda, julgou que tal prática não poderia ser justificada com base no princípio da dignidade humana, pois o nascituro também deve ser protegido por ele.¹¹¹

¹⁰⁵ Ibidem, p. 240-241.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 244.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 258.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 264.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 264.

¹¹⁰ Ibidem, p. 282.

¹¹¹ Ibidem, p. 288.

Prossiguiu, com a análise da dinâmica evolutiva da legislação. O fundamento da decisão deve ser o de se evitar o sofrimento, acarretado por carregar um feto morto. Dessa forma, estabeleceu um paralelo entre o aborto em caso de estupro e o aborto do anencéfalo.¹¹²

Finalizou seu voto com o esclarecimento de que não julga correta a tese trazida pela inicial: de que há atipicidade no caso de aborto do feto anencéfalo. Contudo, admite a possibilidade de que a Corte possa "ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto." (BRASIL, 2013, p. 302).

O Ministro Celso de Mello julgou procedente a ADPF 54. Iniciou seu voto afirmando ser o momento de garantir às mulheres o direito de escolha, sem que houvesse punição criminal ou indevida interferência do Estado em sua autonomia privada. Isto com base nos direitos reprodutivos destas mulheres, assim como na dignidade da pessoa humana, na liberdade, autodeterminação pessoal e intimidade.¹¹³

Também destacou os acordos internacionais assinados pelo Brasil, com o intuito de eliminar todas as formas de violência e discriminação contra a mulher.¹¹⁴ Ressaltou, em diversas oportunidades, o fato de o direito à igualdade entre homem e mulher estar intimamente ligado ao reconhecimento de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Ainda, defendeu que é função do Poder Judiciário concretizar os direitos fundamentais assegurados na Constituição e por tratados e convenções internacionais. Ou seja, cabe ao judiciário garanti-los não apenas formalmente, mas também materialmente. Lembrou, outrossim, do papel contramajoritário que deve ser exercido, pela Suprema Corte, em favor de grupos minoritários e vulneráveis (categorias nas quais as mulheres estão incluídas). Portanto, entendeu que o STF é competente para se pronunciar no caso em questão, no exercício de sua função política.¹¹⁵

O Ministro Celso de Mello aduziu, ainda, que o direito à vida não está garantido desde a concepção. Segundo ele, houve várias propostas de emenda à Constituição nesse sentido,

¹¹² Ibidem. p. 292.

¹¹³ Ibidem. p. 315.

¹¹⁴ Ibidem. p. 321.

¹¹⁵ Ibidem, p. 328.

mas nenhuma delas foi aprovada. Por isso, considerou que há atipicidade penal no caso do aborto de anencéfalo.¹¹⁶

Finalizou o voto com a ponderação de que o Brasil é um Estado democrático de Direito. Tal categorização não é meramente teórica, possui importantes reflexos na organização política do Estado e do regime democrático. Assim, para que o regime democrático não seja uma categoria vazia é necessário assegurar - também - aos grupos minoritários, meios para que possam exercer seus direitos fundamentais.¹¹⁷

O Ministro presidente Cezar Peluso proferiu o último voto julgando totalmente improcedente a ação. Entendeu que o anencéfalo é um ser vivo, portanto, deve ser protegido pelo ordenamento brasileiro.

Julgou que o aborto do anencéfalo é fato típico, ou seja, é criminosa a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Segundo o Ministro não importa se há possibilidade, ou não, de vida extrauterina. O crime existe porque elimina a vida. Entende que não há de se falar em direito de escolha da mulher no caso em que a escolha for evidentemente "contra legem".¹¹⁸

Seguiu equiparando o argumento contido na inicial a uma proposta de assassinato de bebês anencéfalos. Defendeu que a possibilidade de aborto de feto anencéfalo pode levar à possibilidade de se permitir a eutanásia ou o aborto eugênico.¹¹⁹

Ademais, argumentou que a vida é o valor mais importante do ordenamento jurídico, portanto, inegociável. Para Cezar Peluso, não importa o fato de se poder falar em morte certa para o anencéfalo, uma vez que a morte o é para todos. Criticou a analogia com a tortura, contida na inicial, uma vez que considera não haver sofrimento injusto, no caso de anencefalia. Para o Ministro o aborto em caso de estupro é diferente do aborto do anencéfalo. Afinal, o anencéfalo é fruto do acaso - falha na formação humana - enquanto o estupro é decorrente de ação violenta.¹²⁰

Recusou o argumento de que a proibição viola o direito à saúde da mulher. Diferenciou o direito à saúde do direito à vida da mulher (o qual é protegido pelo Código Penal, pois há possibilidade de aborto no caso em que a vida da mãe esteja ameaçada). Julgou que "mero" sofrimento psíquico não é suficiente para legitimar um aborto. Retomou o

¹¹⁶ Ibidem, p. 353-360.

¹¹⁷ Ibidem, p. 364.

¹¹⁸ Ibidem, p. 383.

¹¹⁹ Ibidem, p. 391.

¹²⁰ Ibidem, p. 394-408.

argumento, antes mencionado, de que o STF não pode atuar como legislador positivo - se o Congresso quisesse haveria previsão legal permitindo-se o aborto no caso em questão. Por fim, defendeu ser impertinente a invocação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher no caso, haja vista que dentre tais direitos não há o direito de abortar.¹²¹

Em suma, a ADPF 54, sobre a possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, foi julgada totalmente procedente. Trata-se de uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal de extrema relevância para forma como o direito à vida está inserido no ordenamento brasileiro.

¹²¹ Ibidem, p. 410-412.

4. SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

“Eu não me arrependo de ter feito, mas eu não queria ter feito, você entende?”¹²²

(Anônima)

4.1. Avanços no entendimento do STF

O Supremo Tribunal Federal, em decisões proferidas na ADI 3.510 e na ADPF 54, reconheceu direitos que antes não se encontravam explicitados na jurisprudência brasileira, decorrentes do regime principiológico adotado pela Constituição.¹²³ Assim, a interpretação dada à Constituição Federal, nestes casos, abriu espaço para a descriminalização do aborto no Brasil.

É verdade que foi afirmado algumas vezes, durante os julgamentos, que não se estava julgando a descriminalização do aborto. Contudo, é inegável que as decisões proferidas, em tais casos, constituíram importantes avanços na jurisprudência constitucional brasileira, sobretudo no que concerne a questões do direito à vida e dos direitos sexuais e reprodutivos (temas intrinsecamente ligados à questão do aborto).

Dessa forma, para que a integridade seja respeitada, as decisões futuramente proferidas pelo STF devem ser coerentes com os julgados (capítulos) passados. Por isso é de suma importância a análise dos direitos reconhecidos nos casos anteriores (ADI 3.510 e ADPF 54), que consolidaram, na jurisprudência do STF, a base principiológica responsável por viabilizar o debate sobre o aborto no Brasil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 foi a primeira a ter seu julgamento concluído pelo plenário. A decisão foi extremamente importante pois desenhava o pano de fundo com base no qual seria discutida a ADPF 54, que por sua vez reconheceu outros direitos relacionados à questão.

¹²²Trecho de depoimento anônimo publicado, na história 11, da série “eu vou contar” no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga.

¹²³ O STF atuou, assim, de acordo com a previsão do artigo 5º, §2º, já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho.

Restou decidido na ADI 3.510, que há uma gradação na proteção jurídica da vida e que o embrião não é uma pessoa constitucional. Por isso, o direito à vida previsto no artigo 5º não é absoluto, não se aplica a todos os organismos humanos indistintamente. Conforme emendado o acórdão:

[...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. **Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa** [...] Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. [...] **O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.** (BRASIL, 2010, p. 136) (grifos da autora)

Logo, o importante, no direito brasileiro, não é precisar qual o momento em que a vida se inicia, mas o tipo de proteção jurídica que será a ela atribuída em cada um de seus estágios de desenvolvimento. Esta distinção é especialmente relevante pois desvincula a ideia de que se há vida, há proteção em patamar constitucional. Ficou claro que a proteção constitucional é atribuída apenas após o nascimento.

Portanto, estabeleceu-se que há proteção efetiva da vida, quando embriões humanos são destinados a pesquisas. Quer dizer que proteger a vida não significa proteger o ser em desenvolvimento. Pelo contrário, priorizar o ser humano já formado, em detrimento do ser em potencial, satisfaz a plenamente a imposição do art. 5º da Constituição brasileira.

Este reconhecimento é de alta relevância quando se trata da questão do aborto. Afinal, como sua criminalização resulta em altas taxas de mortalidade materna, decorrentes de procedimentos inseguros,¹²⁴ a descriminalização se impõe para proteção da vida. Por isso, a descriminalização do aborto não apenas é compatível com a moldura constitucional brasileiro, mas é condição para plena proteção da vida.

¹²⁴ Cabe ressaltar que, de acordo com a Pesquisa nacional de aborto, o aborto é reconhecido como um dos maiores problemas de saúde pública no Brasil. De acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto, o número de mulheres entre 18 e 39 anos que já realizou aborto no Brasil é de aproximadamente 4,7 milhões. Metade destas mulheres precisou ser hospitalizada para finalizar o procedimento. (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 2, p. 656.)

Este entendimento foi reafirmado no julgamento da ADPF 54. Reiterou-se que o nível de proteção jurídica atribuído ao feto é inferior ao nível de proteção atribuído à mãe (uma vez que a pessoa já nascida - no caso, a mulher - é pessoa constitucional, no entanto, o feto não o é, por isso, não pode ser tratado como tal). Portanto, o direito do feto não pode servir de entrave ao exercício dos direitos fundamentais da mãe.

Outra importante questão, que começou a ser tratada no julgamento da ADI 3.510, foi a laicidade do Estado, reconhecida como condição para o exercício da democracia. Foi decidido que em um Estado laico, não se pode sustentar proibição (fundada em argumentos religiosos) de pesquisas em células-tronco.

Nesta mesma linha, no julgamento da ADPF 54, a questão da laicidade também foi analisada. Na hipótese, entendeu-se inconstitucional a criminalização do aborto de anencéfalo, baseada em concepções religiosas. Afinal, a Constituição consagrou a laicidade e a liberdade religiosa, de maneira que se exige uma postura neutra do Estado em questões de fé.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o caso dos anencéfalos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de ter reafirmado os fundamentos da decisão da ADPF 54, avançou ainda mais no reconhecimento de direitos constitucionais que corroboram para a descriminalização. Para Cook e Machado:

Os votos se afastaram da posição católica apresentada tanto nas audiências públicas, como nos votos dissidentes, em que se assumiu sem justificativa, que as mulheres podem ser coagidas, pela lei penal, a aceitarem seu status 'natural' de mãe, em oposição ao status de cidadãs com direito a decidir assumir a maternidade. (COOK; MACHADO, 2018, p. 217) (tradução livre)

Talvez o ponto mais importante da decisão da ADPF 54 foi o reconhecimento do *status* constitucional dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.¹²⁵ Em alguns dos votos, tais direitos foram colocados como componentes do direito à liberdade (uma vez que sem o controle do próprio corpo, sem autodeterminação, não há de se falar em liberdade); em

¹²⁵ Em interessante artigo sobre a elaboração da ADPF 54, Luís Roberto Barroso explica que a alegação de violação aos direitos sexuais e reprodutivos não era necessária para que a ação fosse julgada procedente. Acredita ele, por diversas razões, que os demais fundamentos já seriam suficientes para permitir a antecipação terapêutica do parto no caso de anencefalia no Brasil. Dessa maneira, a escolha de incluir direitos sexuais e reprodutivos como fundamento da ADPF 54 foi exatamente para dar oportunidade ao STF de reconhecê-los como direitos constitucionais. (BARROSO, Luís Roberto. Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In: Org(s). COOK, Rebecca J. et al. Abortion Law in Transnational Perspective: cases and controversies. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 258- 278)

outros, como desdobramento da dignidade da pessoa humana (considerando que a autodeterminação é componente da dignidade humana).

Reconhecer que direitos sexuais e reprodutivos possuem *status* constitucional significa entender que a Constituição Federal confere às mulheres o direito de decidir se terão filhos, em que momento isto se dará, protege-se o direito à vida sexual e reprodutiva livre. Esta noção é primordial para a discussão do aborto, uma vez que decisões futuras coerentes com o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos (agora elevados ao nível constitucional) exigirão o teste de compatibilidade criminalização do aborto com a Constituição Federal.

Outro aspecto relevante da decisão foi a ampliação do significado de direito à saúde, na jurisprudência constitucional brasileira. No caso, o STF reconheceu que o direito à saúde não significa simplesmente a saúde física, inclui também o bem-estar mental.

Pela primeira vez, o Supremo Tribunal, em vários dos votos vencedores, considerou os direitos das mulheres à saúde e ao bem-estar protegidos na arquitetura constitucional. Ao fazê-lo, o Tribunal constitucionalizou o conceito de saúde integralmente incluindo o bem-estar mental e social, conforme definido pela Organização Mundial da Saúde, não apenas como um significado estreito de saúde com base física. (COOK; MACHADO, 2018, p. 218) (tradução livre)

A ideia é relevante uma vez que assumir a maternidade, significa assumir diversas obrigações, comprometer-se integralmente com outro ser. Logo, conforme afirmou Luís Roberto Barroso em julgado sobre o tema, se a gravidez for imposta pode comprometer o bem-estar mental da mulher.¹²⁶

Assim, se respeitada a integridade, as decisões futuras do Supremo Tribunal Federal deverão ser compatíveis com os direitos constitucionais até então reconhecidos. Afinal, dentro da ideia de que cada decisão passada é um capítulo de um romance em cadeia, não se pode proferir decisões futuras inconsistentes com direitos reconhecidos nos capítulos passados.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC nº 124306. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado em 17/03/2017. DJE nº 52, divulgado em 16/03/2017. p. 18

4.2. A resposta para ADPF 442

Atualmente, o caso mais importante, relativo ao aborto, no contexto brasileiro, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 8 de março de 2017. O objetivo da ação é contestar a legitimidade da criminalização da interrupção da gestação, ou seja, do aborto – induzido ou voluntário – no Brasil. Isto por meio do questionamento da constitucionalidade dos artigos 124¹²⁷ e 126¹²⁸ do Código Penal brasileiro.

A tese central, apresentada pela ADPF 442, é a de que as razões que levaram à criminalização do aborto, em 1940, não estão de acordo com a ordem constitucional atual. Dessa forma, criminalizando-o diversos preceitos fundamentais são violados, sejam eles: a dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição da tortura ou do tratamento desumano ou degradante, da saúde, do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

Portanto, a criminalização do aborto, conforme foi estabelecida no código penal brasileiro (ainda na vigência da Constituição passada), viola o artigo 1º, incisos II e III¹²⁹, artigo 3º, inciso IV;¹³⁰ artigo 5º, *caput* e incisos I, III;¹³¹ artigo 6º, *caput*;¹³² artigo 196¹³³ e artigo 226, §7º¹³⁴ da atual Constituição.

¹²⁷ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.*)

¹²⁸ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.*)

¹²⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana (...) (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹³⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹³¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹³² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

Dessa forma, postulou-se a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, com o intuito de excluir o aborto realizado nas primeiras 12 semanas, assim como de garantir que o procedimento possa ser realizado por profissionais de saúde.¹³⁵

A ministra Rosa Weber, relatora da ADPF 442, convocou audiência pública, para permitir a participação de diversos especialistas e autoridades no caso, ensejando intensos debates. Após grande polêmica, o STF não mais se pronunciou, a ADPF ainda aguarda julgamento.

Em um primeiro momento, faz-se necessário analisar se cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar a questão. Há diversas críticas no que tange à atuação do STF em questões altamente controversas como a do caso em tela (geralmente se considera que é competência privativa do legislativo pronunciar-se sobre tais temas).

Conforme visto, a Constituição Federal não limita suas garantias ao que se encontra taxativamente previsto em seus artigos, protege todos os direitos que decorrem de seu regime principiológico.¹³⁶ Assim, é fácil perceber que a Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência de identificar direitos que não tenham sido explicitados ao longo de seu texto, mas que configurem condição para o exercício dos direitos por ali garantidos.

Deste modo, conforme argumenta Dworkin, aqueles que criticam o pronunciamento judicial em questões deste tipo (a pretexto de proteger o texto constitucional, tentando restringi-lo a suas próprias concepções do que o legislador quis dizer), em verdade, negam o poder, que possui certa dimensão política, indiscutivelmente atribuído ao judiciário, pela Constituição.

desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹³³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹³⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹³⁵ Ver inicial, página 61.

¹³⁶ Artigo 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

Com efeito, é papel do Supremo Tribunal Federal tratar da matéria porque está prevista na Constituição. Isto no contexto da chamada constitucionalização do direito, conforme explica Luís Roberto Barroso:

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, 2012, p. 4)

Cabe ressaltar que o STF se manifesta quando provocado e nos limites postulados. Ademais, quando os requisitos de cabimento são preenchidos, não há alternativa se não emitir pronunciamento relativo ao mérito.¹³⁷ Ou seja, na verdade, se a demanda é cabível, o tribunal não pode simplesmente negar-se a analisar a questão. Inclusive por previsão do artigo 5º, XXXV,¹³⁸ da Constituição Federal.

Logo, se presentes os requisitos de cabimento, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a ADPF 442, porque a Constituição lhe atribuiu este papel.

Considerando o direito como integridade, e os julgamentos da ADI 3.510 e ADPF 54 como capítulos passados da teoria constitucional. A resposta à ADPF 442 deve ser pela sua procedência, uma vez que um dos requisitos para exercício do direito à liberdade é a autonomia reprodutiva. Assim, sem direitos sexuais e reprodutivos (dentre os quais está o direito ao aborto), não existe liberdade material, um direito fundamental no ordenamento brasileiro.

Desta maneira é perfeitamente correta a afirmação da inicial:

Direitos sexuais e reprodutivos, apesar de não estarem expressamente previstos em texto na Constituição Federal, **são decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade** (CF, art. 5o, caput) e estão descritos em compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994) (...) (BRASIL, 2013, p. 10)

Por conseguinte, a proibição do aborto viola os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, conforme Barroso, em julgado sobre o tema:

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2012. p. 5.

¹³⁸ Artigo 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. (...) Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. (BRASIL, 2016, p. 10) (grifos da autora)

É verdade que todos os direitos encontram limites. No entanto, é preciso haver justificativa legítima para impedir o exercício de um direito fundamental, tal qual a liberdade. No caso, essa justificativa não se faz presente. Afinal, o feto não é uma pessoa constitucional. Por isso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há proteção constitucional da vida intrauterina. Dessa maneira, não se pode legitimamente fundamentar a criminalização do aborto na proteção constitucional do feto.

Ademais, não procede fundamento religioso para justificar a criminalização. O Brasil é um Estado laico. Logo, conforme decidido na ADPF 54, criminalizar uma conduta por razão de fé é incompatível com a neutralidade imposta pela laicidade. Até porque, em um regime democrático, é vedado ao Estado tratar com maior consideração os cidadãos de uma certa crença, em detrimento dos demais. Trata-se de requisito para promoção efetiva da igualdade.

Portanto, a criminalização do aborto e conseqüente restrição de seus direitos fundamentais das mulheres é imposição arbitrária e incompatível com as garantias contidas na Constituição Federal, assim como com os princípios, identificados nos julgamentos passados (dentre os quais a ADI 3.510 e ADPF 54) que hoje são reconhecidos pela sociedade como fundamentais na ordem constitucional brasileira.

Assim, a ADPF 442 foi ajuizada dentro de um contexto principiológico que favorece sua procedência. Para manter a coerência com os capítulos passados - preservar a integridade em sentido horizontal - o Supremo Tribunal Federal deve julgar procedente a ADPF 442.

A proteção da vida exigida pelo artigo 5º da Constituição deve ser voltada para a proteção daqueles que já nasceram. Quer dizer, deve ser voltada para a proteção da vida da mulher, permitindo-se o aborto seguro em redes públicas de saúde, promovendo a educação sexual, distribuindo métodos contraceptivos, criando políticas públicas voltadas a atender mulheres, em condições adversas, que pretendam manter a gestação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“No passar dos dias sentiu como todo o mundo era dono do seu corpo, menos ela. (...) Seu corpo não lhe pertencia mais, ela precisava recuperá-lo.”¹³⁹

(Anônima)

A partir do exposto, a resposta correta à ADPF 442 deve ser no sentido de sua procedência, uma vez que seu pedido - de não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, pela Constituição Federal, com o intuito de excluir o aborto realizado nas primeiras 12 semanas, assim como de garantir que o procedimento possa ser realizado por profissionais de saúde - está de acordo com os princípios que regem a sociedade brasileira.

Afinal, os direitos previstos na Constituição Federal não são, conforme disposição expressa,¹⁴⁰ limitados ao que foi taxativamente listado, compreendem todos os direitos que decorrem dos princípios que consagra.

A liberdade é um direito fundamental que assume feição do direito ao aborto no caso concreto. Isto porque, a proteção efetiva da liberdade requer garantia de controle sobre o próprio corpo. Uma lei que criminaliza o aborto, sem que haja justificativa legítima para esta proibição, impõe uma espécie de escravidão às mulheres.¹⁴¹

No Brasil, tal justificativa não se faz presente. Os direitos reprodutivos da mulher não podem ser limitados em nome dos direitos do feto, uma vez que este não é uma pessoa constitucional. Dessa forma, não está dentre os sujeitos protegidos pelo artigo 5º da

¹³⁹Trecho de depoimento anônimo publicado, na história 52, da série “eu vou contar” no canal do youtube: Vozes da Igualdade – O canal da Anis. Disponível em https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga.

¹⁴⁰ Artigo 5º (...) §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*)

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 143

Constituição Federal. Assim, a proteção da vida, contida no artigo 5º, deve ser entendida como proteção da vida da mulher, das pessoas nascidas.

Ainda, a proibição não pode ter base em concepção religiosa, uma vez que o Estado brasileiro é laico, devendo, portanto, permanecer neutro face a tais questões. Caso contrário estar-se-ia violando liberdade e a igualdade constitucionais.

Conforme visto, estas ideias estão de acordo com os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3510 e ADPF 54. Portanto, aplicando-se a concepção de romance em cadeia, de Ronald Dworkin - em que cada capítulo corresponde a uma das mencionadas decisões - a resposta correta à ADPF 442 só pode ser por sua procedência.

Julgar procedente a ADPF 442 significa conceber as normas do ordenamento brasileiro como um sistema coerente, de justiça e equidade, respeitando-se assim a ideia do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

Por fim, cabe ressaltar que a descriminalização do aborto não significa, como talvez indique o senso comum, um desrespeito à proteção da vida - até porque a proibição do aborto não reduz as taxas de abortamento. Inúmeras mulheres - mães, adolescentes, jovens - morrem por falta de acesso ao aborto seguro. Portanto, a noção de que a criminalização do aborto protege a vida, não é apenas equivocada, mas é (em si) eivada de uma ideologia religiosa.

A proteção adequada da vida exige abordagem diversa. Requer a possibilidade de realização do aborto seguro em redes públicas de saúde, a promoção de educação sexual, distribuição de métodos contraceptivos, e a criação de políticas públicas voltadas a atender mulheres, em condições adversas, que pretendam manter a gestação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZMINA. *Como é feito um aborto seguro?* Disponível em <https://azmina.com.br/especiais/como-e-feito-um-aborto-seguro/> Acesso em 03 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In: Org(s). COOK, Rebecca J. et al. *Abortion Law in Transnational Perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 258- 278

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. p. 1-29. Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 03 nov. 2019.

BIROLI, Flávia. Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, nº15. setembro - dezembro de 2014, p. 37-68. Disponível em: https://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/21533/1/ARTIGO_AutonomiaJusticaDebate.pdf. Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 28 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Brasília, DF: Senado Federal. Acesso em 26 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de

15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3510/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão publicado em 28/05/2010. DJE nº 96, divulgado em 27/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado em 30/04/2013. DJe nº 80, divulgado em 29/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 442/DF*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Proposta em 06/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus: HC nº 124306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado em 17/03/2017. DJE nº 52, divulgado em 16/03/2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/31828>. Acesso em 16/10/2019.

DWOKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be overruled. *University of Chicago Law Review*. Chicago, vol. 59.1. p. 381- 432, 1992. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4757&context=uclev>. Acesso em 10/09/2019.

EL PAÍS, *Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana*. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.htm. Acesso em 29/10/2019.

EU VOU CONTAR. *Campanha da Anis – Instituto de bioética*. 2018. Histórias 1, 3, 5, 11, 36, 47 e 52. Disponível em: https://www.youtube.com/playlist?list=PLf-Oz5dUh_ng3erjrvZ_ID_mUM1exiAga. Acesso em 21 nov. 2019.

G1. *Grávida de quatro meses morre após fazer aborto em casa e suspeita de realizar o procedimento é preza*. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2018/07/20/gravida-de-quatro-meses-morre-apos-fazer-aborto-em-casa-e-suspeita-usar-talo-de-mamona-e-presas.ghtml> Acesso em 21 nov. 2019.

GUTTMACHER, Institute, *Fact Sheet - Induced Abortion Worldwide*. Disponível em https://gutmacher.org/sites/default/files/factsheet/fb_iaw.pdf. Acesso em 21 nov. 2019.

LIMA, Fernanda de Andrade Freire; *O legislativo religioso versus o Estado secularizado: o estatuto do nascituro, a legalização do aborto e os direitos fundamentais das mulheres*. Data da defesa: 27 de novembro de 2014. 86 f. Monografia em Direito. Universidade de Brasília, 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60973/37524>. Acesso em 16/10/2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, *Folha informativa - Mortalidade materna*, disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5741:folha-informativa-mortalidade-materna&Itemid=820. Acesso em 18/11/2019.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 240, p. 43-82, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2473>. Acesso em 20/10/2019.

SIEGEL, Reva B. Pro Choice Life: Asking Who Protects Life and How—and Why It Matters in Law and Politics. *Indiana Law Journal*, Bloomington, vol. 93, p 207-232, 2018, Disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol93/iss1/12>. Acesso em 28/10/2019.

UNDURRAGA, Verónica. *O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto*. Trad. Cristina Telles. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, vol. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em <http://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/publicum DOI: 10.12957/publicum.2016.25160. Acesso em:
12/10/2019