

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**GABRIELA DE MELLO SENA**

**ABORTO: CRIMINALIZAÇÃO NO PANORAMA DA ARGUIÇÃO DE  
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 442**

**FLORIANÓPOLIS**

**2019**

**GABRIELA DE MELLO SENA**

**ABORTO: CRIMINALIZAÇÃO NO PANORAMA DA ARGUIÇÃO DE  
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 442**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Grazielly Alessandra Baggenstoss.

**FLORIANÓPOLIS**

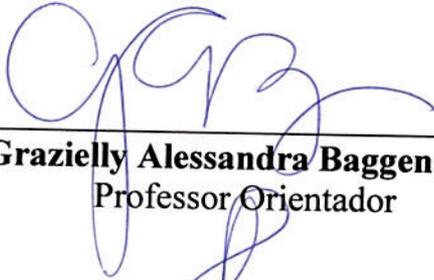
**2019**

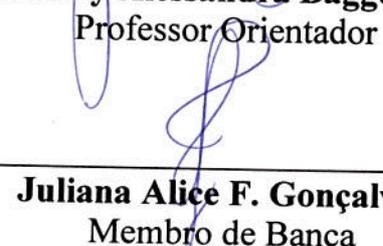
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

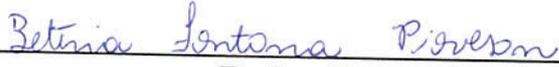
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Aborto: criminalização no panorama da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gabriela de Mello Sena**, defendido em **10/07/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 10 de julho de 2019

  
\_\_\_\_\_  
**Grazielly Alessandra Baggenstoss**  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
**Juliana Alice F. Gonçalves**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Betina F. Piovesan**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gabriela de Mello Sena

RG: 6.206.000

CPF: 103.512.259-60

Matrícula: 15100111

Título do TCC: Aborto: criminalização no panorama da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442

Orientador(a): Grazielly Alessandra Baggentoss

Eu, Gabriela de Mello Sena, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 10 de julho de 2019.

  
GABRIELA DE MELLO SENA

*Dedicatória...*

*Dedico este trabalho a todas as mulheres que lutaram para que hoje eu esteja aqui, no meio acadêmico, defendendo mais um direito fundamental que nos foi cerceado por tantos anos.*

*A minha família e amigos, pessoas que amo e sem as quais não estaria onde estou hoje.*

*A todas as mulheres que, criminalizadas, perderam suas vidas em decorrência do aborto ilegal.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço imensamente a todos que de alguma forma contribuíram no desenvolvimento deste trabalho e ao longo da minha graduação.

Em especial, a minha mãe, Lenita, minha avó, Rose, e minha tia, Carolina, mulheres pilares na construção da pessoa que sou hoje.

Ao meu pai, Wagner, meu padrasto, Eduardo, meu avô, Nelson, e meu tio, Wagner, igualmente responsáveis pela construção do meu caráter.

Aos meus melhores amigos, presentes em todos os momentos, que posso chamar de irmãos por escolha.

Ao meu namorado e amigo, João, quem sempre foi meu parceiro e me apoiou em todas minhas decisões.

A minha orientadora, professora Grazielly, pelos ensinamentos e posicionamentos que me auxiliaram na construção deste trabalho e serviram de lição para minha vida.

## RESUMO

A criminalização do aborto está prevista na legislação brasileira desde o advento do Código Penal de 1940, contudo, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 determinou a resguarda de diversos direitos fundamentais inerentes a todos cidadãos. Quando duas normas entram em conflito, é necessário que se reconheça a sobreposição de uma em detrimento de outra e é isto que propõe o Partido Socialismo e Liberdade na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. A tipificação penal do aborto não é recepcionada pela Carta Magna de 1988 e infringe direitos de ordem social e de proteção à vida das mulheres, assim, por meio de análise das arguições feitas na ADPF 442 e da exposição do conteúdo de autores renomados na matéria, bem como de precedentes formados no direito comparado, prova-se que a criminalização do aborto, no caso dos artigos 124 e 126 do Código Penal, deve ser cessada e o respeito pela norma constitucional deve prevalecer.

**Palavras-chave:** Criminalização do aborto. Código Penal de 1940. Constituição Federal de 1988. Direitos fundamentais. Direitos das mulheres.

## ABSTRACT

The criminalization of abortion is provided for in Brazilian law since the advent of the Criminal Code of 1940, however, the enactment of the 1988's Federal Constitution determined the safeguard of several fundamental rights inherent in all citizens. When two laws come into conflict, it is necessary to recognize the overlapping of one to the detriment of another and this is what the Socialism and Freedom Party proposes on the Allegation of Breach of Fundamental Precept 442. The penal classification of abortion is not approved by the Federal Constitution of 1998 and violates social rights and the protection of women's lives, therefore, by analyzing the arguments made in the Allegation of Breach of Fundamental Precept 442 and the exhibition of the content of renowned authors in the field, as well as precedents formed in comparative law, it is proved that the criminalization of abortion, in the case of articles 124 and 126 of the Criminal Code, should be terminated and the respect for the constitutional rule should prevail.

**Keywords:** Criminalization of abortion. Criminal Code of 1940. Federal Constitution of 1988. Fundamental rights. Women's rights.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. = Artigo

Arts. = Artigos

ADC = Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI/ADIN = Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO = Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF = Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF = Constituição Federal de 1988

HC = Habeas Corpus

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO 1 - DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, COMO AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	14
<b>1.1</b> ADPF 442 e a discussão democrática sobre aborto.....	17
1.1.1 Relatório da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.....	17
<b>CAPÍTULO 2 - AVALIAÇÃO CRÍTICA DOS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELAS PARTES</b> .....	30
<b>2.1</b> Dos preceitos fundamentais violados arguidos na peça inicial.....	30
2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III).....	31
2.1.2 Princípio da cidadania (CF, art. 1º, inciso II).....	32
2.1.3 Princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput) e princípio da não-discriminação (CF, art. 3º, inciso IV).....	32
2.1.4 Direito à saúde (CF, art. 6º).....	34
2.1.5 Direito à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III).....	34
2.1.6 Direito ao planejamento familiar (CF, art. 226, §7º).....	35
2.1.7 Direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, caput) e aos direitos sexuais e reprodutivos.....	36
<b>2.2</b> Aborto no direito comparado.....	37
2.2.1 Aborto nos Estados Unidos: Roe v. Wade e o marco dos trimestres.....	38
2.2.2 Aborto na Alemanha: Aborto I, Aborto II e o marco das causais.....	39
2.2.3 Aborto no Brasil: Precedentes da ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306.....	41
<b>2.3</b> Refutações ao pleito e à descriminalização do aborto.....	45

2.3.1 Ilegitimidade do Poder Judiciário e a crítica ao ativismo jurídico.....	45
2.3.2 Legalidade dos dispositivos atacados.....	46
2.3.3 Da não aplicação dos precedentes suscitados.....	46
<b>CAPÍTULO 3 - SOBREPOSIÇÃO DAS CRÍTICAS E TESES APRESENTADAS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1 Violação dos direitos fundamentais das mulheres na perspectiva dos expoentes no tema do aborto.....</b>	<b>48</b>
3.1.1 Noções de Ronald Dworkin.....	48
3.1.2 Noções de Silvia Federici.....	50
<b>3.2 A legitimidade da audiência pública como esfera jurisdicional selecionada para debater a descriminalização do aborto.....</b>	<b>56</b>
3.2.1 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal para discussão da matéria... .....	57
3.2.2 O ativismo judicial e as audiências públicas em defesa do exercício da democracia.....	57
<b>3.3 A máxima da proporcionalidade.....</b>	<b>58</b>
3.3.1 O princípio da proporcionalidade no entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso.....	59
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

O aborto, isto é, o ato de interrupção da gestação, de forma voluntária, é um tema que está inserido em diversos âmbitos, desde o científico ao religioso e ao jurídico. Este assunto de tamanha relevância é controvertido em todas as plataformas, de modo que a medicina busca comprovar o momento da gestação em que ocorre o início da vida, os religiosos buscam comprovar que a vida existe a partir da sua concepção e apenas o deus quem deu a vida é quem pode tirá-la, e, por sua vez, os juristas buscam comprovar que a sua interpretação da lei é a correta.

O aborto na legislação brasileira é tipificado penalmente desde o advento do Código Penal de 1940, entretanto, esta criminalização não vai ao encontro dos diversos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988. Por essa razão, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com o intuito de rever a tipificação penal do aborto devido aos princípios constitucionais violados por esta norma.

A discussão acerca da descriminalização do aborto é imprescindível ao resguardo da liberdade e da saúde das mulheres. Assim, o contexto da ADPF 442 - que traz à tona a descriminalização do aborto voluntário praticado pela gestante e por terceiro com o consentimento desta - é ideal para a apresentação de argumentos e dados fáticos que permeiam a discussão. Não se restringindo apenas ao âmbito do processo judicial mas, também, abarcando o debate travado por renomados autores e autoras que serão expostos.

No presente trabalho, serão analisados os argumentos divergentes trazidos por ambas as partes na ADPF 442, sendo estes, posteriormente, sobrepostos às lições dos autores expostos, utilizando-se do método indutivo, como método de abordagem, sendo que parte de um estudo de caso para a compreensão dos discursos que alinhavam a temática no contexto brasileiro. Como métodos de procedimentos, serão utilizados o bibliográfico, com referências às teorias trazidas ao arcabouço referencial, bem como o documental, tendo como fonte os documentos analisados e outros, que servem de embasamento para a análise do tema.

A problemática a ser respondida neste trabalho é se os dispositivos 124 e 126 do Código Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, devendo a prática do

aborto ser descriminalizada. Para tanto, inclina-se à hipótese de que em face dos preceitos fundamentais das mulheres violados, a inobservância do princípio da proporcionalidade da medida legal, bem como os precedentes encontrados no Brasil, a tipificação penal do aborto deve ser declarada não recepcionada pela Constituição Federal, sendo o aborto legalizado no primeiro trimestre de gestação.

Objetiva-se, assim, examinar, como estudo de caso, a ADPF 442, e, posteriormente, trazer à lume os argumentos das partes envolvidas e demonstrar a problemática dos direitos das mulheres, que são violados em detrimento da criminalização do aborto, em contraponto com os direitos fundamentais de tais corpos. Finalmente, examina-se e expõe-se o contexto em que a discussão está inserida, a partir da leitura de autoras sobre o assunto.

## **CAPÍTULO 1 - DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS, COMO AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Constituição Federal de 1988 criou no sistema de controle de constitucionalidade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), destinando-se a, como sugere o nome, proteger os ditos preceitos fundamentais. Tem-se, a partir de uma compreensão de valores - tendo em vista que, a priori, toda norma constitucional é fundamental - que os preceitos fundamentais são aqueles que estão ligados diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade.<sup>1</sup>

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma das ações que fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade, sendo utilizada para questionar a constitucionalidade de normas que violam direitos e princípios resguardados pela Constituição.

As audiências públicas no rito das ADPFs, por sua vez, estão previstas no artigo 6º da Lei nº 9.882/1999, facultando ao relator, dentre outras possibilidades, fixar data para declarações, quando julgar necessário.

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (BRASIL, 1999b).<sup>2</sup>

Decorrido considerável tempo desde a sua primeira previsão, as audiências públicas obtiveram sua regulamentação com a Emenda Regimental nº 29/2009, passando a estar positivada no Regimento Interno do Supremo Tribunal, nos artigos 13, 21 e 154 da seguinte forma:

**1** GUIMARÃES, Nilson Jorge Costa. A arguição de descumprimento de preceito fundamental - Breve análise sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental: conceito, principais aspectos, modalidades. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2508/A-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>. Acesso em 4 out. 2018.

**2** Lei nº 9.882/1999 (BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2018.)

Art. 13. São atribuições do Presidente:

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

Art. 21. São atribuições do Relator:

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

Art. 154. Serão públicas as audiências:

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.<sup>3</sup>

Ao regulamentar os institutos da arguição de descumprimento de preceito constitucional, bem como da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o Congresso Nacional conferiu nova dimensão ao que Häberle<sup>4</sup> consideraria

<sup>3</sup> Emenda Regimental nº 29/2009 (BRASIL. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL029-2009.PDF>>. Acesso em 6 nov. 2018.)

<sup>4</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 42.

uma “sociedade aberta de intérpretes constitucionais”. Essa sociedade pode ser entendida como livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato. Dentre as diversas inovações procedimentais observadas na Lei nº 9.882/1999, a possibilidade de realização de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto de uma ADPF merece nosso destaque.

Para Häberle “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas”.<sup>5</sup> Entendendo que não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que “vivem a norma”, não devem estes deter o monopólio da interpretação da Constituição, cabendo espaço aos experts e às pessoas interessadas da sociedade pluralista na participação como intérpretes do direito estatal. A democracia, para Häberle, não se desenvolve unicamente no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais. A sociedade aberta requer que a democracia seja desenvolvida, também, por meio de “formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais”. São os direitos fundamentais parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Segundo o professor, “quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar”.<sup>6</sup>

De especial relevância para o tema, Häberle cita, inclusive, a descriminalização parcial do aborto pelo Código Penal em seu § 218 como exemplo de leis que despertam grande interesse na opinião pública, provocando discussões permanentes, sujeitas a aprovação mediante participação e um controle rigoroso da opinião pública pluralista.<sup>7</sup>

A importância da realização de audiências públicas e intervenções de terceiros nos processos sob análise da Corte Constitucional para o aprimoramento do direito processual constitucional, de forma que se permita garantir e ampliar o direito de participação democrática é trazida por Carazza,<sup>8</sup> que busca demonstrar como a legislação basilar brasileira tem aderido ao pensamento de Häberle, abrindo-se à participação de outros agentes na discussão da

5 HÄBERLE, op. cit., p. 28.

6 Ibid., p. 32.

7 Ibid., p. 45.

8 SANTOS, Bruno Carazza dos. Peter Häberle e as audiências públicas no STF: Um balanço de oito anos. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 13-46, set./dez. 2016. Quadrimestral.

constitucionalidade das normas, de modo que o Supremo Tribunal Federal tem garantido, nos casos controversos, melhor embasamento técnico e maior legitimidade social das suas decisões por meio das audiências públicas e intervenções de terceiros - como é o caso do *amicus curiae*.

Carazza reforça a posição de que é necessário ampliar o círculo de participantes da instrução processual para além das partes, a fim de se atingir as múltiplas facetas da realidade dos casos, uma vez que “os intérpretes oficiais da Constituição, no exercício de sua missão institucional, tendem a ser orientados apenas pela teoria, e não pela prática”.<sup>9</sup> Assim, defende que as leis supramencionadas inauguram uma nova fase no Supremo Tribunal Brasileiro, reconhecendo-se que a interpretação constitucional está aberta a diferentes visões e pontos de vistas e que não cabe tão somente às partes apresentarem sua divergência mas, também, aos julgadores tomar conhecimento de todas as dimensões do problema, “dando oportunidade para ouvir todos aqueles que tenham interesse em dar sua contribuição ao deslinde da questão posta”.<sup>10</sup>

## 1.1 - ADPF 442 E A DISCUSSÃO DEMOCRÁTICA SOBRE ABORTO

Nesta toada, este trabalho visa analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ingressada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, com o intuito de combater a criminalização do aborto nos termos dos artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940. Neste primeiro capítulo, será apresentado o relatório do desenrolar da ação no Supremo Tribunal Federal.

### 1.1.1 - RELATÓRIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

O Partido Socialismo e Liberdade - PSOL ingressou, no ano de 2017, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, comumente chamada de ADPF 442<sup>11</sup>, buscando enfrentar a criminalização do aborto nos termos dos artigos 124 e 126 do Código

<sup>9</sup> Ibid., p. 14.

<sup>10</sup> Ibid., p. 23-24.

<sup>11</sup> ADPF 442 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em 18 out. 2018.)

Penal<sup>12</sup> de 1940. A petição indica como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (artigo 1º, incisos II e III; artigo 3º, inciso IV; artigo 5º, caput e incisos I, III; artigo 6º, caput; artigo 196; artigo 226, § 7º).<sup>13</sup>

Apresenta-se a tese de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não sustentam as violações aos preceitos fundamentais constitucionais apontados. Com a ADPF, busca-se demonstrar a ausência de fundamentos e discutir a razoabilidade do pressuposto da criminalização do aborto, o qual seria o propósito de proteger a vida do embrião ou do feto, direito previsto no ordenamento constitucional. Utilizando do pensamento de Ronald Dworkin, enfatiza-se que a solução da questão do aborto deve ser jurídica e as evidências científicas relevantes para a resolução constitucional dessa controvérsia devem possuir apontamentos sob a óptica da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos.

12 Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante

13 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; [...]

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.

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; [...]

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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.

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.

O partido, parte autora desta arguição, requereu, ao argumento de que presentes os clássicos requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, isto é, a plausibilidade do direito e o perigo da demora, a concessão de medida cautelar para a suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras doze semanas de gravidez e, para o reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento.

A fim de justificar a tese jurídica da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal, defende-se na petição a aplicação e desenvolvimento da interpretação jurídica definida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 54<sup>14</sup>, da ADI 3510<sup>15</sup> e do HC 124.306<sup>16</sup>, precedentes em que foi identificada a impossibilidade de se imputar o estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Com isso, afirma-se que a estes casos foi reconhecido apenas o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana e, por conseguinte, a incidência de uma proteção legislativa gradual na gestação, que encontra limites no respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.

Argumenta-se, ainda, com fundamento no direito constitucional comparado e nas perspectivas legislativas e jurisdicionais, a configuração do marco normativo da interrupção da

14 A ementa da ADPF 54: FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

15 A ementa da ADI 3510: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

16 A ementa do HC 124.306: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

gestação nas primeiras doze semanas no âmbito internacional, de modo a demonstrar a validade da tese jurídica da descriminalização do aborto nessa hipótese, haja vista sua adoção em inúmeras sociedades democráticas contemporâneas.

Por fim, o partido argui a desproporcionalidade da criminalização do aborto como medida estatal adequada de tutela ao valor intrínseco do humano no embrião ou feto, uma vez “que não coíbe a prática nem promove meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto, que exigem educação sexual integral, acesso a métodos contraceptivos adequados, combate à violência sexual e fortalecimento da igualdade de gênero.”<sup>17</sup>

Em sede de contraditórios, adveio a primeira contestação, em nome da Presidência da República. Sustentou-se a existência de desacordo moral razoável sobre a questão da descriminalização do aborto nas primeiras doze semanas na sociedade brasileira, diante da ausência de consenso mínimo acerca das concepções morais, filosóficas e mesmo religiosas sobre a matéria. Em razão desse desacordo, posiciona-se no sentido de que o Poder Legislativo seria a arena deliberativa competente para promover a discussão e o processo da tomada de decisão política, vinculante para todos os integrantes da sociedade. O representante da Presidência da República nesta ocasião, explica que o Parlamento é o espaço democrático, dentro da estrutura procedimental do Estado de Direito, responsável por tutelar o pluralismo político, premissa para a legitimidade das decisões políticas majoritárias.

Aos alegados precedentes, rebateu a primeira hipótese sustentando a existência de circunstâncias de fato e questões de direito variáveis que informam o contexto decisório do caso do feto anencéfalo e da descriminalização do aborto (ou interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas da gestação), ao que utiliza como fundamento para o uso da técnica da distinção do precedente judicial na ADPF, objetivando afastar a aplicação do precedente formado na decisão da ADPF 54. À segunda hipótese, com relação à ADI 3510, rebateu justificando a distinção entre os casos em cotejo, ao argumento de que naquele precedente ficou assinalada a ausência de vinculação da controvérsia constitucional debatida, que tratava-se da lei de biossegurança, com o aborto. Ainda, quanto a terceira hipótese, alega-se a não aplicação do precedente extraído do julgamento do HC 124.306 à disputa judicial em análise, porquanto a

17 ADPF 442, p. 57.

discussão e interpretação jurídica definida apenas deu-se de forma incidental, sem caráter vinculante.

Ato consecutivo, o Senado Federal, por sua vez, apresentou informações, em que se esclarece que os artigos questionados na ADPF não foram objeto da reforma legislativa empreendida no Código Penal, conforme a Lei n. 7.209/1984, motivo pelo qual são dispositivos legais aplicados pelas autoridades judiciais do país. Acrescenta-se a aprovação pelo Poder Legislativo do art. 2º do Código Civil de 2002,<sup>18</sup> o qual assegura direitos ao feto viável. Ademais da disciplina jurídica da matéria em questão, afirma-se que o Parlamento está promovendo as discussões pertinentes para eventual modificação do parâmetro legal.

Em sequência, a Câmara dos Deputados apresentou informações afirmando a vigência dos dispositivos legais questionados há mais de setenta anos, ao que argumenta-se ser fato jurídico que, ao lado da vigência da regulamentação da ação constitucional da ADPF desde 1999 (Lei n. 9.882/99), evidencia a não configuração do requisito legal do *periculum in mora*, ou perigo da demora, para a concessão da medida cautelar. No mérito, assevera-se que as normas impugnadas têm por objeto a tutela da vida humana intra-uterina, sendo a prática do aborto considerada um atentado contra a vida humana, direito fundamental inviolável, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal.<sup>19</sup> Invoca o caráter relativo de um direito fundamental frente aos demais direitos fundamentais e entende haver adequação e proporcionalidade na criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira, porquanto existentes as hipóteses de excludente de ilicitude.

A Advocacia-Geral da União, em sua manifestação, segue a tese da validade constitucional das normas questionadas. Arguiu-se, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. No que concerne ao mérito, argumentou-se que o aborto não foi diretamente disciplinado pela Carta Magna, não sendo possível inferir do seu texto a existência de suposto direito constitucional ao aborto. Da análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da matéria, tem-se que a posição validamente

<sup>18</sup> Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>19</sup> 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, [...].

adotada pelo legislador é no sentido de conferir prevalência, em regra, ao direito à vida do feto sobre o direito à liberdade de escolha da mulher. Concluiu-se pela ausência de afronta aos preceitos constitucionais suscitados como parâmetros de controle.

Foram apresentados os pedidos de ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*, deduzidos pelo Partido Social Cristão, pela União dos Juristas Católicos de São Paulo - UJUCASP e pelo Instituto de Defesa da Vida e da Família, todos os quais foram deferidos, porquanto presentes os requisitos legalmente exigidos para a intervenção, assim como a utilidade e a conveniência da sua atuação, considerado o caráter mais ou menos técnico das justificativas apresentadas e amplitude de sua representatividade.

Adveio decisão monocrática da Relatora Ministra Rosa Weber que, tendo em vista o pedido de medida cautelar, a questão jurídica controversa na ação constitucional e a natureza do tema, aplicou o procedimento previsto no artigo 5º, § 2º, da Lei n. 9.882/1999,<sup>20</sup> determinando a intimação do Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, nos termos da legislação processual.

Deliberou-se acerca do pedido renovado de análise e julgamento do pedido de medida cautelar, à alegação de novos elementos jurídicos e fáticos a justificarem a configuração dos requisitos legais para a tutela de urgência dos direitos. O pedido continha, ainda, o requerimento de concessão da medida cautelar de urgência para garantir direito subjetivo individual de Rebeca Mendes Silva Leite, com a argumentação subjacente para fundamentar a situação de urgência individual, que, entretanto, por sua natureza subjetiva individual, entendeu-se não encontrar guarida no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental - que serve como instrumento da jurisdição constitucional abstrata e objetiva. Desse modo, restaram indeferidos os pedidos.

A discussão colocada para apreciação e deliberação do Supremo Tribunal Federal, nas palavras da Ministra Rosa Weber é “um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicado, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos

20 Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. [...]

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. [...]

fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade”.<sup>21</sup> Nesta toada, em razão da complexidade da controvérsia constitucional, bem como do papel de construtor da justiça pública, que em tese é dotado de sapiência e idoneidade, que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, considerou-se justificada a convocação de audiência pública, vista como técnica processual necessária, a teor do artigo 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99,<sup>22</sup> e dos artigos 13, inciso XVII, e 154, inciso III e parágrafo único, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.<sup>23</sup> Entendendo que a compreensão da Suprema Corte como órgão colegiado vai para além da realização da Sessão Plenária de julgamento, sendo salutar a abertura de espaço de oitiva e participação da sociedade civil, faz-se necessária a Audiência Pública, para que seja o julgamento, na maior medida possível, compartilhado e colegiado.

Com a designação de Audiência Pública para dirimir a questão controversa, como é a descriminalização do aborto, combateu-se um grande questionamento acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito de situações de tamanha complexidade: a crítica ao ativismo judicial. A saída para essa crítica - e, até mesmo, uma forma de amenizá-la - é o tratamento do tema controverso via Audiência Pública, garantindo uma forma de participação democrática na Corte Constitucional, nos moldes propostos por Häberle.

A decisão a despeito dos inscritos habilitados, da data, da ordem dos trabalhos e metodologia, fixou as datas para a Audiência Pública nos dias 03 de agosto e 06 de agosto de 2018, realizada no próprio Supremo Tribunal, na Primeira Turma. No concernente aos inscritos habilitados, atenta-se que foram recebidos, no total, quinhentos e dois e-mails referentes à

21 MORAIS, Sanges. O princípio da proporcionalidade no direito penal constitucional. Set. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68766/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal-constitucional>>. Acesso em: 6 mai. 2019.

22 Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

23 Art. 13. São atribuições do Presidente: [...]

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. [...]

Art. 154. Serão públicas as audiências: [...]

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento [...]

participação na ADPF. Da análise feita pelo próprio juízo, constatou-se de todos os e-mails a seguinte relação:

[...] a) 187 (cento e oitenta e sete) pedidos de habilitação como expositor na audiência, de pessoas físicas com potencial de autoridade e representatividade, de organizações não-governamentais, sociedades civis, sem finalidade lucrativa, e institutos específicos; b) 150 (cento e cinquenta) manifestações de pessoas físicas em apoio à inscrição de alguma pessoa com autoridade e reconhecimento na matéria; e c) o restante dos e-mails, com pedidos de esclarecimento sobre o procedimento e os critérios exigidos para inscrição, bem como pedidos para participar da audiência na qualidade de ouvinte.<sup>24</sup>

Utilizando-se os critérios de representatividade técnica, no espaço da área de conhecimento a que pertencem, de atuação ou expertise especificamente na matéria e garantia da pluralidade e paridade da composição da audiência, bem como das abordagens argumentativas a serem defendidas, foi fundamentado o deferimento dos pedidos das seguintes pessoas, instituições e organizações, na condição de *amicus curiae*:

- Ministério da Saúde (Expositoras: Dra. Maria de Fátima Marinho de Souza e Dra. Mônica Almeida Neri);
- Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO (Expositora: Dra. Rosires Pereira de Andrade);
- Academia Nacional de Medicina (Expositores: Dr. José Gomes Temporão e Dr. Jorge Rezende Filho);
- Professora Dra. Melania Amorim (Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto);
- Dr. Raphael Câmara (Universidade Federal do Rio de Janeiro) (indicado pelo Instituto Liberal de São Paulo e por outros cidadãos);
- Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC (Expositores: Thomaz Rafael Gollop, Olímpio Moraes Filho e Helena Bonciani Nader);
- Centro de Pesquisas em Saúde Reprodutiva de Campinas – CEMICAMP (Expositor: Dr. José Henrique Rodrigues Torres);
- Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ (Expositores: Dr. Marcos Augusto Bastos Dias e Dra. Mariza Theme-Filha);

24 ADPF 442 (Despacho de 04/06/2018 DJE nº 112, divulgado em 06/06/2018, p. 2)

- Conselho Federal de Psicologia (Expositores: Dra. Sandra Elena Sposito e Letícia Gonçalves);
- Movimento Nacional da Cidadania pela Vida – Brasil sem aborto (Expositora: Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia);
- Instituto de Bioética – ANIS (Expositora: Dra. Debora Diniz);
- Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Expositora: Dra. Tania Di Giacomo do Lago);
- International Women’s Health Coalition – IWHC (Expositora: Françoise Girard);
- Center for Reproductive Rights (Expositores: Catalina Martinez Coral, Sebastián Rodríguez Alarcón e Juliana Cesario Alvim Gomes);
- Human Rights Watch (Expositoras: Dra. Verónica Undurraga e Dra. Amanda M. Klasing); Health, Access, Rights – IPAS -(Dr. Anand Grover);
- Consórcio Latino-Americano contra o Aborto Inseguro – CLACAI (Expositor: Dr. Oscar Cabrera);
- Instituto de Políticas Governamentais – IPG (Expositora: Dra. Viviane Petinelli e Silva);
- Associação Brasileira de Antropologia – ABA (Expositoras: Dra. Lia Zanotta Machado e Dra. Maria Porto);
- Atuação conjunta de Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular, da Rede Feminista de Juristas – DEFEM, do Criola, do Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde (CFSS), do Grupo Curumim Gestação e Parto, e do Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, (Expositores (as) a serem indicados (as));
- Women on waves (Expositoras: Dra. Rebecca Gomperts e Leticia Zenevich);
- Centro de Reestruturação para a Vida- CERVI (Expositora: Rosemeire Santiago);
- Sociedade Brasileira de Bioética – SBB (Expositores: Dr. Dirceu Bartolomeu Greco e Dr. Sérgio Tavares de Almeida Rego) e Instituto de Biodireito e Bioética – IBIOS (Expositores: Dra. Heloisa Helena Gomes Barbosa e Dr. Vitor Azevedo de Almeida Junior);
- Conferência Nacional dos Bispos - CNBB (Expositores: Dom Ricardo Hoerpers e Padre José Eduardo de Oliveira e Silva);

- Conselho Nacional do Laicato do Brasil na Arquidiocese de Aracaju/SE – CONAL (Expositora: Sílvia Maria de Vasconcelos Palmeira Cruz);
- Convenção Batista Brasileira (Expositor: Prof. Dr. Lourenço Stelio Rega);
- Convenção Geral das Assembleias de Deus (Expositor: Douglas Roberto de Almeida Baptista);
- Instituto de Estudos da Religião (Expositora: Lusmarina Campos Garcia);
- Associação dos Juristas Evangélicos - ANAJURE- (Expositora: Edna Vasconcelos Zilli);
- A União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP (Expositora: Dra. Angela Vidal Gandra Martins Silva);
- Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (Expositor: Prof. Hermes Rodrigues Nery);
- Católicas pelo direito de decidir (Expositora: Dra. Maria José Fontelas Rosado Nunes);
- A Associação de Direito da Família e das Sucessões – ADFAS - (Expositora: Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva);
- Conselho Nacional de Direitos Humanos (Expositora: Fabiana Galera Severo, defensora pública federal, representante da Defensoria Pública da União no colegiado do Conselho);
- CONECTAS Direitos Humanos (Expositora: Isabela Nogueira);
- Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família (expositor(a) a indicar);
- Instituto Brasileiro de Direito Civil (Expositoras: Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos e Dra. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira);
- Instituto Baresi (Expositora: Adriana Abreu Magalhães Dias);
- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Expositora: Dra. Eleonora Rangel Nacif);
- Professora Dra. Janaína Conceição Paschoal, da Universidade de São Paulo;
- Defensoria Pública da União (Expositora: Defensora Pública da União Charlene da Silva Borges);

- Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio do núcleo especializado na promoção dos direitos das mulheres – NUDEM-, em parceria com a Clínica de Litígios Estratégicos da FGV Direito SP (Expositora: Ana Rita Souza Prata);
- Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Expositora: Livia Miranda Müller Drumond Casseres);
- Clínica UERJ de Direitos (Expositora: Dra. Cristina Telles);
- Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (Expositora: Dra. Camila Silva Nicácio) e;
- Núcleo de Prática Jurídica em Direitos Humanos da USP – NJP-DH USP (Expositora: Livia Gil Guimarães).

Em sede de retificação de habilitação dos expositores, com a configuração dos atores externos escolhidos, através de avaliação dos pedidos de inscrição e de acordo com os critérios previstos na decisão de convocação (representatividade adequada, especialização técnica e/ou jurídica e garantia da pluralidade da composição da audiência), considerou-se as diversas abordagens sobre a questão da interrupção voluntária da gestação nas doze primeiras semanas e, por conseguinte, a interpretação constitucional dos artigos 124 e 126 do Código Penal, bem como os vetores interpretativos que devem formatar o procedimento da audiência pública, como razões de pluralização do debate, coleta de informações técnicas, e contestação pública de elementos argumentativos distintos, notadamente em atenção àqueles ainda não representados na composição da audiência, o pedido de reconsideração do Estado de Sergipe, no qual argumentou a pertinência de sua contribuição para o debate, em decorrência da experiência legislativa do Estado e as políticas públicas adotadas, invocados os artigos 154, parágrafo único, incisos II<sup>25</sup> e III, e 155<sup>26</sup>, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determinou-se a expedição de convites, a fim de participação, na qualidade de expositores, na audiência pública, para as seguintes instituições colacionadas:

- Confederação Israelita do Brasil -CONIB;
- Federação Espírita Brasileira - FEB;
- Federação das Associações Muçulmanas do Brasil - FAMBRAS;

25 Art. 154. Serão públicas as audiências: [...]

II – para instrução de processo, salvo motivo relevante. [...]

26 Art. 155. O Ministro que presidir a audiência deliberará sobre o que lhe for requerido.

- Federação Nacional dos Cultos Afro-Brasileiros - FENACAB;
- Sociedade Budista do Brasil - SBB e;
- Estado de Sergipe.

O IDVF – Instituto de Defesa da Vida e da Família, admitido *amicus curiae*, interpôs Embargos Declaratórios requerendo a revisão dos tempos concedidos para os expositores das partes, a fixação de um tempo igual para os dois lados - qual seja, a favor e contra a descriminalização do aborto, a determinação do exame de todos os nomes indicados, para conhecer sua origem e apurar as interferências estrangeiras nos autos, bem como a exclusão de todas as entidades ou expositores estrangeiros e a intimação dos Ministérios do Planejamento e da Fazenda para integrarem a lide e calcularem os danos econômicos futuros da decisão a ser proferida. Os embargos restaram rejeitados em decisão monocrática que combateu os argumentos aduzidos pelo IDVF, arguindo que na decisão de convocação de audiência pública “os critérios indicados como vetores para a escolha dos atores externos foram justamente no sentido da representatividade adequada, pluralidade e conhecimento técnica sobre a questão controversa”, portanto, a habilitação dos atores externos, realizada com fundamento nesses critérios e em observância à norma regimental, objetivou atender a composição plural e paritária. Da decisão vale acrescentar o excerto:

Ademais, cumpre assinalar que na habilitação levou-se em consideração também a participação de pessoas, instituições ou entidades que contribuíssem com o fornecimento de conhecimentos técnicos, motivo pelo qual não há uma perspectiva dual na composição. Ante o exposto, forte no art. 1.024, §2º, do CPC, no art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 9.882/1999, e no art. 21, incisos XVII e XVIII, conheço dos embargos de declaração e, no mérito, rejeito-os.<sup>27</sup>

Em contrapartida, o Instituto de Defesa da Vida e da Família interpôs Agravo Interno pelo alegado “malferimento de normas constitucionais e infraconstitucionais”. Argumentando que os Embargos Declaratórios opostos não teriam sido mencionados na decisão ato 333, sendo omitida a existência dos Embargos na decisão monocrática que não apreciou o seu mérito.

Posteriormente, requereram o ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*, o partido PODEMOS, o Sindicato dos Médicos no Estado do Paraná - SIMEPAR, a Associação

Juízes para a Democracia (AJD), a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da CUT - CNTSS/CUT e reiterou o pedido de ingresso a UJUCARJ – União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro.

Ao caminhar da ação no ano de 2019, juntou-se dois novos pedidos de *amicus curiae* e uma renúncia ao mandato. Estes e outros andamentos, no entanto, estão indisponíveis para visualização por motivo desconhecido. Até o dado momento, estão os autos conclusos à relatora.<sup>28</sup>

28 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP 442. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 6 mai. 2019.

## **CAPÍTULO 2 - AVALIAÇÃO CRÍTICA DOS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELAS PARTES**

Findo o relatório da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, é mister analisar mais a fundo os argumentos levantados e combatidos durante o processo. Primeiro é preciso esmiuçar os fundamentos e posições defendidas na ação, para, em um segundo momento, avaliar de forma crítica o cabimento e procedência destes. Apenas em um terceiro momento será feita a sobreposição dos argumentos apresentados para que, enfim, tenha-se um posicionamento acerca da procedência desta ADPF e da descriminalização do aborto.

### **2.1 - DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS ARGUIDOS NA PEÇA INICIAL**

O Partido Socialismo e Liberdade - PSOL trouxe do julgamento da medida cautelar da ADPF 33 o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, considerando que os preceitos fundamentais estão explicitamente descritos na Constituição Federal, de modo que podem ser observados nos direitos e nas garantias fundamentais. Não estando restritos, entretanto, à redação do artigo 5º, mas abarcando os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, inciso VII)<sup>29</sup> e as cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º).<sup>30</sup>

29 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

30 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

De modo que a própria Constituição não é taxativa sobre quais seriam os ditos preceitos fundamentais, exige-se “o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência” para permitir “identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em determinado sistema.”<sup>31</sup>

O partido apresenta o rol de direitos fundamentais das mulheres, informados pelos princípios fundamentais da República, violados pelos dispositivos que a ADPF visa a impugnar (Código Penal, artigos 124 e 126). São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da cidadania, o princípio da não discriminação, os direitos fundamentais à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, ao planejamento familiar, à liberdade e aos direitos sexuais e reprodutivos e à igualdade dos gêneros. Veremos mais a fundo sobre cada preceito.

#### 2.1.1 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, INCISO III)

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como o valor absoluto e intrínseco à pessoa humana, dotada de direitos e de personalidade. É considerado o princípio máximo de um Estado democrático de direito. Esse princípio, para o filósofo Immanuel Kant, possui dois pilares que compõem a dignidade da pessoa humana: o primeiro elemento finalístico, que traz a ideia do “homem como fim em si mesmo” como causa da dignidade, e o segundo componente da dignidade, a autonomia da vontade.

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim.<sup>32</sup>

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 dez. 2005. Disponível em: . Acesso em: 18 out. 2018.

32 Kant, apesar da sua contribuição acerca da dignidade da pessoa humana, é altamente questionado por suas falas notadamente misóginas, motivo pelo qual entende-se que ao falar da dignidade da pessoa, o autor concedia essa qualidade apenas ao homens. No entanto, isso não impede que seu entendimento seja estendido às mulheres. (KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68).

Partindo desse entendimento, temos a proteção desse princípio máximo no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.<sup>33</sup> Temos, portanto, que o respeito à dignidade da pessoa, que vai além do seu tratamento como, de fato, pessoa humana, deve também atender à questão da autonomia da sua vontade. Nesse sentido, torna-se óbvia a violação desse princípio ao tolher o direito de mulheres a exercerem a autonomia da vontade sobre seus corpos, forçando-as a passarem pelas condições inerentes a uma gravidez indesejada, sendo colocadas em segundo plano, de modo que a vida do feto torna-se mais valiosa que a sua própria.

### 2.1.2 - PRINCÍPIO DA CIDADANIA (CF, ART. 1º, INCISO II)

Cidadania pode ser definida como a faculdade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Nas palavras de Dallari,<sup>34</sup> “quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”. Dada a extrema importância da cidadania, a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu caráter de princípio fundamental no inciso II do artigo 1º.<sup>35</sup>

A criminalização do aborto fere o princípio da cidadania, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como argumentado à página 8 da petição inicial, não reconhece a capacidade ética e política das mulheres de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida.

### 2.1.3 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (CF, ART. 5º, CAPUT) E PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO (CF, ART. 3º, INCISO IV)

Os princípios da igualdade e da não-discriminação estão intimamente ligados, de modo que o princípio da não-discriminação é fruto do processo evolutivo sofrido pelo princípio da igualdade. A Constituição aborda o que se pode chamar de igualdade formal e igualdade

<sup>33</sup> 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: [...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

<sup>34</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Moderna, 1998. p. 14.

<sup>35</sup> 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 [...]

material. A previsão do artigo 5º, que dispõe que "todos são iguais perante a lei", nos traz o entendimento de igualdade formal, na qual a lei deve ser aplicada a todos indiscriminadamente. Já o entendimento de igualdade formal, encontra-se no artigo 3º preconizando objetivos fundamentais da República, como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a positivação do princípio da não-discriminação no seu inciso IV, que dispõe sobre a promoção do bem de todos "sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".<sup>36</sup>

A criminalização do aborto se apresenta como uma grave afronta ao princípio da não-discriminação e ao objetivo republicano de promoção do bem de todos por afetar desproporcionalmente mulheres negras, indígenas e pobres, que são submetidas a clínicas clandestinas e métodos para a realização de aborto ainda mais inseguros do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico. Aliado a isto, o Partido autor acrescenta que devido à seletividade do sistema penal, são também as mulheres mais vulneráveis as diretamente submetidas à ação punitiva do Estado.<sup>37</sup>

Na seara do gênero, a tipificação penal do aborto também viola o princípio da igualdade de gênero - decorrente do direito preconizado pelo artigo 5º - e o objetivo fundamental de não discriminação baseada em sexo - decorrente do inciso IV do artigo 3º, de modo que impõe às mulheres condições mais gravosas, submetendo sua vida e saúde a riscos, para a tomada de decisões reprodutivas, extremamente desproporcionais às condições para a tomada das mesmas decisões por parte dos homens, que além de não sofrerem as consequências físicas e psíquicas de um aborto ilegal, não são submetidos à criminalização nas condições de exercício de seus direitos à autonomia de vontade, à uma vida digna e à sua cidadania.

#### 2.1.4 - DIREITO À SAÚDE (CF, ART. 6º)

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Em petição inicial, o PSOL traz a crítica a respeito da seletividade do sistema penal que atinge mulheres pobres e negras. (ADPF 442, p. 9. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em 22 out. 2018.)

O direito à saúde está inserido no rol dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, vide o artigo 6º da Constituição Federal.<sup>38</sup> Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Isto posto, tendo a Constituição preconizado que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”,<sup>39</sup> não pode o Estado meramente esquivar-se da responsabilidade de tutela do direito à saúde das mulheres, criminalizando uma decisão que diz respeito à saúde destas. É dever do Estado promover políticas públicas para a preservação e proteção desse direito fundamental, entretanto, a tipificação penal do aborto apenas aumenta os riscos à saúde e bem-estar das mulheres, em especial, as marginalizadas que são impedidas de recorrer ao Sistema Único de Saúde (SUS) e não tem condições financeiras para arcar com clínicas particulares.

#### 2.1.5 - DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DAS MULHERES E À PROIBIÇÃO DE SUBMISSÃO À TORTURA OU A TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE (CF, ART. 5º, INCISO III)

A Constituição Federal protege a integridade física e psicológica de todas as pessoas perante os atos das autoridades e das pessoas no exercício de poder, concomitantemente que veda a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, no seu artigo 5º, inciso III.<sup>40</sup>

Conforme exposto em petição inicial, a negação do direito ao aborto pode levar a dores e sofrimentos agudos, podendo ser mais graves e previsíveis diante de condições

<sup>38</sup> 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 desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>39</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>40</sup> 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: [...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

específicas de vulnerabilidade que variam com a idade, classe, cor e condição de deficiência, provocando, assim, evidente violação à integridade física e psíquica das mulheres.

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,<sup>41</sup> cujos mecanismos internacionais de monitoramento possuem o entendimento de que constitui tortura a negação de serviços de saúde reprodutiva, como o é o aborto. Portanto, a imposição de sofrimento por parte de profissionais de saúde sobre mulheres, em razão de discriminação, por tratar-se o aborto de decisão que contraria as expectativas e crenças da sociedade, é igualmente configurada como tortura, para além dos métodos e motivos clássicos, razão pela qual viola, também, o disposto no inciso III do artigo 5º.

#### 2.1.6 - DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR (CF, ART. 226, §7º)

Sucintamente, o direito ao planejamento familiar possui fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Esse princípio possui respaldo em instrumentos internacionais como a Declaração dos Direitos Humanos,<sup>42</sup> que em seu artigo XII dispõe que ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada e na sua família, de maneira que a vida privada e a liberdade da estruturação familiar são postas como direitos que devem ser garantidos tanto quanto a honra e a reputação, permitindo observar a intersecção da dignidade da pessoa humana com o planejamento familiar.

Por sua vez, a Constituição Federal, no seu já mencionado artigo 6º, protege a maternidade e a saúde como direitos sociais inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais, ao que se acrescenta o disposto no parágrafo 7º do artigo 226,<sup>43</sup> que delega unicamente ao casal o poder de planejamento familiar e veda a coerção por parte de instituições públicas ou privadas a despeito dessa decisão. É, por este motivo, que esse direito é infringido pela criminalização do aborto, ao tolher às mulheres a possibilidade de tomar uma decisão reprodutiva relevante e

41 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Diário Oficial [da União], Brasília, DF, 18 fev. 1991. Disponível em: . Acesso em: 22 out. 2018.

42 DHNet: Rede Direitos Humanos e Cultura. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm#12>>. Acesso em: 22 out. 2018.

43 Art. 226. [...] § 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. [...]

crucial, que não apenas afetará seu corpo e saúde, como, também, o restante de sua vida e de sua família.

### 2.1.7 - DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE (CF, ART. 5º, CAPUT) E AOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

A liberdade pode ser entendida como o estado no qual se supõe o indivíduo estar livre de limitações ou de coação, tratando-se de um direito fundamental básico previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Já os direitos sexuais e reprodutivos, ainda que não previstos expressamente na Carta Magna, são decorrentes dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade. Estão, entretanto, previstos em diversos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. São exemplos elencados pelo Partido autor em petição inicial: o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento,<sup>44</sup> a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim,<sup>45</sup> e o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe,<sup>46</sup> e os órgãos de monitoramento como o Comitê CEDAW - que fiscaliza a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,<sup>47</sup> - e o Comitê DESC -

44 “Princípio 8. Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018)

45 “Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. [...] Medidas que os governos, em colaboração com as organizações não governamentais e organizações de empregadores e trabalhadores, e com o apoio das instituições internacionais, devem adotar: [...] considerar a possibilidade de rever as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018).

46 “Eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, incorporando no conjunto de prestações integrais dos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva medidas para prevenir e evitar o aborto inseguro [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento. Montevideu, 2013. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso\\_montevideo\\_por.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso_montevideo_por.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018)

47 A Recomendação Geral nº 33/2015 do Comitê menciona expressamente a proteção a direitos sexuais e reprodutivos de meninas e mulheres, reconhecendo que a criminalização do aborto é discriminatória contra as mulheres e recomenda aos Estados-Parte que “Revoguem a criminalização discriminatória, e revisem e monitorem todos os procedimentos penais a fim de assegurar que não discriminem direta ou indiretamente as mulheres;

que fiscaliza o cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>48</sup>

Assim, a criminalização do aborto viola o direito fundamental constitucional prescrito no caput do artigo 5º e os direitos previstos nos compromissos internacionais supracitados ao impedir às mulheres o efetivo controle sobre a própria fecundidade e a possibilidade de tomar decisões responsáveis sobre sua sexualidade, sem risco de sofrer coerção ou violência e gozar do mais alto padrão de saúde sexual e reprodutiva.

## 2.2 - ABORTO NO DIREITO COMPARADO

Um segundo ponto apresentado pelo Partido Socialismo e Liberdade na ADPF 442 foi a questão do aborto no direito comparado, em que abordou, especialmente, a evolução das legislações estadunidense e alemã a despeito do aborto. Na concepção de Siegel,<sup>49</sup> a pesquisa constitucional comparada deveria estar menos voltada ao questionamento de se as decisões judiciais responderam à cultura política em cada país e mais voltada em entender como as decisões responderam aos conflitos políticos.

As reviravoltas sociais importantes sobre o lugar ocupado pelas mulheres nos âmbitos doméstico e público ocorreram com o início dos anos 1970, levantando a questão sobre o

descriminalizem formas de comportamento que não sejam criminalizadas ou punidas tão duramente se realizadas por homens; descriminalizem comportamentos que somente podem ser realizados por mulheres, como o aborto [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres. Recomendação Geral no 33 sobre acesso das mulheres à justiça. 2015. Disponível em: <<http://monitoramentocedaw.com.br/wp-content/uploads/2013/08/Nova-Recomenda%C3%A7%C3%A3o-Geral-da-Cedaw-2016-N%C2%BA-33-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-CEDAW-C-GC-33-P.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018).

48 “A fim de reduzir as taxas de mortalidade e morbidade maternas é necessário atenção obstétrica de urgência e assistência qualificada nos partos, particularmente nas zonas rurais e distantes, e medidas de prevenção de abortos em condições de risco. A prevenção das gestações não desejadas e dos abortos em condições de risco requer que os Estados adotem medidas legais e políticas para garantir a todas as pessoas a utilização de contraceptivos acessíveis, seguros e eficazes e uma educação integral sobre sexualidade, em particular para adolescentes; liberalizar leis restritivas ao aborto; garantir acesso de mulheres e meninas a serviços de aborto sem risco e, posterior a casos de aborto, assistência de qualidade, especialmente capacitando provedores de serviços de saúde; e respeitar o direito das mulheres de tomar decisões autônomas sobre sua saúde sexual e reprodutiva” [tradução livre] (NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. 2016. Disponível em: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&L](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&L)>. Acesso em: 23 out. 2018).

49 SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). Abortion law in transnational perspective: cases and controversies. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

direito ao aborto, seja este tratado como uma questão de privacidade - como nos Estados Unidos - ou como uma questão de dignidade - tal qual na Alemanha. Para isto, o Partido autor ressaltou a relevância de dois grandes casos nas legislações desses países: a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade* (1973),<sup>50</sup> e o caso alemão *Aborto I* (1975). Esses litígios deram início aos quarenta anos de enfrentamento da questão do aborto em cortes constitucionais de vários países e também a revisões das decisões originais nos dois países, como foi o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992),<sup>51</sup> nos Estados Unidos, e *Aborto II* (1993), na Alemanha.

A posição desses países na questão do aborto gerou um ponto primordial na jurisprudência internacional que foi de grande relevância para a Corte brasileira, sobretudo, pelos diferentes marcos constitucionais convocados para a revisão constitucional da questão do aborto - tratando da privacidade (nos Estados Unidos) e da dignidade (na Alemanha) - e pela inauguração de uma díade de expressões que perpassou decisões de variadas cortes: o marco dos trimestres e o marco das causais.<sup>52</sup>

Passaremos a uma análise em apartado desses marcos constitucionais nos países em que foram reconhecidos, para, após, chegarmos a uma análise da questão no Brasil.

## 2.2.1 - ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS: ROE V. WADE E O MARCO DOS TRIMESTRES

A decisão no caso *Roe v. Wade*, em 1973, nos Estados Unidos, entabulou o marco dos trimestres na análise constitucional, apresentando-se de forma revolucionária à interpretação jurídica acerca da questão do aborto, em que pese a consolidação nos cuidados de saúde à mulher grávida, ainda que para a medicina naquele período. Como explanado na petição inicial da ADPF

<sup>50</sup> “Jane Roe, uma mulher grávida solteira ingressou com uma ação questionando a constitucionalidade das leis criminais do Texas acerca do aborto”. [tradução livre] (FINDLAW. United States Supreme Court. *Roe v. Wade*. Nº. 70-18. 1973. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>51</sup> US Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833. 1992. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>52</sup> Siegel descreve como “modelo de períodos” e “modelo de indicações” (SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. In: Cook, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 20).

442, o marco dos trimestres acompanhava o desenvolvimento da gestação no fundamento de quanto mais imaturo o feto maior o respeito ao direito de privacidade das mulheres. Isto é, o respeito à privacidade seria inversamente proporcional ao tempo de gestação, diminuindo conforme o passar dos meses.

Entre outros casos de elevada pertinência, o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, de 1992, merece destaque pela conjuntura em que a Corte americana foi efetivamente confrontada sobre a manutenção ou não da decisão de *Roe v. Wade*, resultando na rejeição do marco dos trimestres como parâmetro para as garantias constitucionais do direito ao aborto e na substituição desse marco pelo parâmetro de “proibição aos ‘obstáculos indevidos’ ao direito ao aborto”.<sup>53</sup>

Desse modo, em que pese o direito ao aborto continuasse garantido constitucionalmente às mulheres, não mais seguia os marcos gestacionais, passando a respeitar os termos das legislações estaduais, contanto que não se impusesse empecilhos injustos às mulheres nos estágios iniciais da gravidez, quando o feto ainda não possuísse a viabilidade). O caso *Pennsylvania v. Casey* e seus sucessores, repercutiram pela imposição de aconselhamentos compulsórios prévios ao aborto ou tempo de espera entre a consulta em serviços de saúde e a realização do aborto, ao que Siegel denominou como “paternalismo das cortes”.<sup>54</sup>

## 2.2.2 - ABORTO NA ALEMANHA: ABORTO I, ABORTO II E O MARCO DAS CAUSAIS

O caso Aborto I, de 1975, na Alemanha, trouxe uma decisão da Corte Constitucional da então Alemanha Ocidental revogando a recente lei que legalizava o aborto no primeiro trimestre de gestação.<sup>55</sup> Com o fim da Cortina de Ferro e a queda do muro de Berlim, ficou até hoje representada a reunificação da Alemanha, que ocorreu em 1990, ocasião em que a discussão acerca da revisão da legislação do aborto foi levantada a fim de estabelecer uma norma

<sup>53</sup> ADPF 442, p. 18. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>54</sup> SIEGEL, Reva. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. *The Yale Law Journal*, n. 117, 2008. p. 1694-1800. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=fss_papers)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>55</sup> GERMANY. Federal Constitutional Court. BVerfGE 39,1 - Abortion I. [Karlsruhe], 25 fev. 1975. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs>>. Acesso em: 23 out. 2018.

comum à nova e unificada Alemanha, diante de regulações contraditórias sobre a questão. A lei aprovada pelo parlamento unificado mantinha a criminalização do aborto com as causais de indicação, resguardando semelhança com a decisão Aborto I. Entretanto, seguiu o rumo da lei de 1974 que foi, após, declarada inconstitucional, estabelecendo que o aborto não seria ilegal quando realizado por demanda da mulher nas primeiras 12 semanas e havendo aconselhamento prévio.

No litígio que ficou conhecido como Aborto II, a Corte Constitucional julgou de maneira abstrata a lei conservando o aborto na condição de crime sem punição. Nesta toada, passou a ser autorizado o aborto até 12 semanas de gestação, na Alemanha, quando as mulheres se submetessem a aconselhamento prévio e obtivessem um certificado. Isto é, adotou-se o modelo temporal com autorização do aborto no primeiro trimestre, demonstrando confluência com a decisão de *Roe v. Wade*, dos Estados Unidos.

Diversamente do que ocorreu na Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal alemão definiu que a vida humana teria início “no décimo quarto dia após a concepção”,<sup>56</sup> na ocasião em que a lei alemã a despeito do aborto foi invalidada no caso Aborto I. É relevante ressaltar o reconhecimento que foi dado a proteção ao feto, de maneira que esta não prevaleceria em todas as circunstâncias. Assim, a Corte alemã decidiu que o aborto não seria punível quando decorrente de gravidez fruto de estupro, grave perigo à vida ou à saúde da gestante, grave malformação do feto e quando houver “razões sociais extremas que levem a mulher a viver uma pressão extraordinariamente maior do que a normalmente vinculada à gestação”,<sup>57</sup> primordial para a garantia dos direitos das mulheres. Foi dessa maneira que, mesmo após decidir pelo caráter inconstitucional da lei, a Corte alemã reconheceu a necessidade de haver exceções à proibição geral do aborto, devido ao reconhecimento do direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Percebe-se que a decisão da Corte no caso Aborto II permaneceu congruente com o primeiro litígio, reafirmando que “o aborto é uma prática indesejável e que as mulheres têm, por regra, o dever de prosseguir com a gestação, mas não deveriam ser punidas em caso de aborto no primeiro trimestre”.

<sup>56</sup> GERMANY. Federal Constitutional Court. BVerfGE 39,1 - Abortion I. [Karlsruhe], 25 fev. 1975.

<sup>57</sup> ADPF 442, p. 20.

A discussão a respeito do aborto na legislação alemã é altamente demarcada pela valoração do princípio da dignidade humana - como se observa em diversas questões constitucionais no país - e, por outro lado, pela imposição de condicionalidades às mulheres, como se observa pela exigência de aconselhamento compulsório e tempo de espera entre a decisão e o procedimento do aborto.

### 2.2.3 - ABORTO NO BRASIL: PRECEDENTES DA ADI 3.510, ADPF 54 E HC 124.306

A primeira revisão constitucional da questão do aborto na América Latina ocorreu apenas passados mais de 30 anos da deflagração da reflexão constitucional internacional, iniciada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no ano de 2004.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), questionava ao Supremo Tribunal Federal acerca da atipicidade do aborto nos casos de grave malformação fetal sem possibilidade de sobrevivência extrauterina, caso do feto anencéfalo.<sup>58</sup> Tal discussão não era inédita, uma vez que o Habeas Corpus 84.025, datado de 2003, havia trazido à Corte o caso de uma jovem grávida de feto anencéfalo. O julgamento da lide restou prejudicado devido ao falecimento do nascituro, no entanto, pode-se colher importante pronunciamento do Ministro Celso de Mello:

O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de autoritária restrição à esfera de livre-arbítrio e de autodeterminação das pessoas, que hão de ser essencialmente livres na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste a mulher, seja o controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere o controle sobre a sua própria fecundidade.<sup>59</sup>

Em julho de 2004, a Suprema Corte brasileira concedeu uma liminar na ADPF 54, garantindo às mulheres o direito de decidir pela interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

<sup>58</sup> DINIZ, Debora. A arquitetura de uma ação em três atos – anencefalia no STF. Revista Direito UnB, v. 2, n. 2, p. 161-183, 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/77>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>59</sup> Voto de Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 30 out. 2018).

Essa decisão, entretanto, foi cancelada por se considerar necessário um julgamento prévio sobre o cabimento da via escolhida para a demanda. Em 2012, passados quase 8 anos, obteve-se do Supremo Tribunal Federal, enfim, o julgamento da constitucionalidade do aborto nos casos de anencefalia.<sup>60</sup>

Entre a propositura da ADPF 54 e sua decisão final, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510<sup>61</sup> chegou à Suprema Corte brasileira, questionando a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, que autorizava a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida. Pretendia-se a definição jurídica de caráter absoluto do momento de início da vida humana ou de início de proteção ao direito à vida. Muito embora as audiências públicas tenham recebido previsão legal em 1999, a primeira audiência foi realizada apenas em 2007, quando convocada pelo relator Ministro Ayres Britto para o julgamento da ADI nº 3.510.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, estabeleceu que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. Em contrapartida, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a Costa Rica, em 2012, pela proibição da fertilização in vitro, entendendo que a proibição da Costa Rica resultava em interferência excessiva e arbitrária aos direitos de seus cidadãos à integridade, liberdade, vida privada, autonomia reprodutiva, acesso a serviços de saúde reprodutiva e planejamento familiar. Afirmando-se que a proteção de direito à vida “em geral, desde o momento da concepção”, prevista no Pacto de São José da Costa Rica, não permitia a equiparação de um embrião a uma pessoa e que a proteção à vida deveria ser gradual, de forma a ser compatível com o exercício de outros direitos.<sup>62</sup>

60 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 30 out. 2018.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

A Suprema Corte brasileira tem preservado a coerência na interpretação da proteção gradual ao desenvolvimento do feto pelo direito comum. A decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da ADI 3.510, entendendo pela constitucionalidade da pesquisa com embriões, firmou a posição de que a Constituição Federal não estabelece quando ocorre o início da vida humana. Assim, fundamentou-se que o estatuto de pessoa só seria reconhecido após o nascimento com vida, como se observa do acórdão:

E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com timbre de fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar) [...] A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana e a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana [...] O Direito infraconstitucional protege de 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.<sup>63</sup>

Pode-se considerar que o Ministro Marco Aurélio Mello teve papel essencial na construção de uma “ponte argumentativa” que viria a aproximar a ADI 3.510 da ADPF 54 no futuro, de modo que definiu não ser suficiente a mera existência de criatura humana em desenvolvimento - isto é, o feto - para a presunção de direitos fundamentais.

A primeira análise acerca da constitucionalidade dos efeitos da criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 foi feita na ADPF 54, ocasião em que foi proferido o voto favorável da Ministra Rosa Weber:

Lembre-se, ademais, que o estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Fica evidente que, para o direito penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto [...] O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 2 nov. 2018.

outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteja, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe. [...] Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida.<sup>64</sup>

Posteriormente, veio à tona o Habeas Corpus nº 124.306, processo que tratava da prisão preventiva de funcionários de uma clínica clandestina de aborto localizada no Rio de Janeiro. Em novembro de 2016, sobreveio o julgamento do HC 124.306 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que entendeu estarem ausentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar e, nesse sentido, determinou a soltura dos pacientes. A Turma seguiu, majoritariamente, o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso que, incidentalmente, concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação, considerando ser medida legal desproporcional e que viola direitos fundamentais das mulheres, tais como os direitos sexuais e reprodutivos, o direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade.<sup>65</sup>

Em síntese, percebe-se que a evolução da legislação acerca da criminalização do aborto pôde ser observada no Brasil, bem como em países como os Estados Unidos e a Alemanha, de modo que a Corte brasileira tem assentado diversos precedentes para a discussão a despeito da descriminalização do aborto.

### 2.3 - REFUTAÇÕES AO PLEITO E À DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Em contraposição aos argumentos levantados na peça inicial, é mister abordarmos as refutações arguidas pelas partes contrárias, em prol da não descriminalização do aborto e do indeferimento do pleito.

<sup>64</sup> Voto da Ministra Rosa Weber. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 3 nov. 2018.)

<sup>65</sup> Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2018.)

### 2.3.1 - ILEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E A CRÍTICA AO ATIVISMO JURÍDICO

A primeira contestação apresentada questionou justamente o ativismo jurídico a que se refere no primeiro capítulo. A Presidência da República arguiu a existência de “desacordo moral razoável sobre a questão da descriminalização do aborto nas primeiras 12 (doze) semanas”, de modo que não há consenso mínimo no Brasil acerca da discussão, que sofre influências morais, filosóficas e religiosas em nossa sociedade. Assim, entende ser de competência exclusiva do Poder Legislativo a discussão e a deliberação acerca da matéria controvertida que se trata a descriminalização do aborto, tendo em vista que “o Parlamento é o espaço democrático, dentro da estrutura procedimental do Estado de Direito, responsável por tutelar o pluralismo político, premissa para a legitimidade das decisões políticas majoritárias”. Nesta toada, o Senado Federal afirmou que, “para além da disciplina jurídica da matéria em questão, o Parlamento está promovendo as discussões pertinentes para eventual modificação do parâmetro legal”.

Em consonância, a Advocacia-Geral da União sustentou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Seguindo, então, a linha de crítica ao ativismo judicial, não reconhecendo a legitimidade da participação democrática das audiências públicas.

### 2.3.2 - LEGALIDADE DOS DISPOSITIVOS ATACADOS

Das refutações feitas no sentido de assegurar a legalidade dos dispositivos suscitados, negando que representem violação a preceitos constitucionais, temos a manifestação do Senado Federal que, em suas informações prestadas, visou ressaltar que os artigos questionados na ADPF não foram objeto da reforma legislativa empreendida no Código Penal (Lei n. 7.209/1984), razão pela qual argumentou serem legais os dispositivos aplicados pelo Poder Judiciário brasileiro. De mesmo modo, veio a manifestação da Advocacia-Geral da União, arguindo que o aborto não foi diretamente disciplinado pela Constituição Federal de 1988, não

sendo, portanto, possível inferir do seu texto a existência de suposto direito constitucional ao aborto.

A isto, acrescentou-se o argumento do Senado da aprovação pelo Poder Legislativo do artigo 2º do Código Civil de 2002, assegurando direitos ao feto viável e a defesa da Câmara dos Deputados de que as normas impugnadas têm por objeto a tutela da vida humana intra-uterina, assim, a prática do aborto implicaria em atentado contra a vida humana, direito fundamental inviolável, consoante o artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Ademais, invocou-se o caráter relativo dos direitos fundamentais frente aos demais direitos fundamentais e afirmou a adequação e proporcionalidade do marco legal do aborto na ordem jurídica brasileira, quando consideradas as hipóteses de excludente de ilicitude.

### 2.3.3 - DA NÃO APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES SUSCITADOS

No que diz respeito aos precedentes suscitados, a Presidência da República sustentou, em sua manifestação, “a existência de circunstâncias de fato e questões de direito variáveis que informam o contexto decisório do caso do feto anencéfalo e da descriminalização do aborto (ou interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas da gestação)”, de modo a afastar a aplicação do precedente formado na decisão da ADPF 54, fundamentando o uso da técnica da distinção do precedente judicial.

A despeito do precedente do Habeas Corpus nº 124.306, a Presidência alegou que o debate e a interpretação jurídica definida no julgamento ocorreu de forma incidental, isto é, sem caráter vinculante. Motivo pelo qual defendeu a não aplicação do precedente formado no litígio em análise. Ainda, com relação à ADI 3.510, arguiu que ficou assinalada, no julgamento deste precedente, a ausência de vinculação do caso controverso - que tratava da Lei de Biossegurança - com o aborto, justificando a distinção dos casos.

Em uma análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da questão, a Advocacia-Geral da União buscou validar a posição adotada na legislação, conferindo prevalência, em regra, ao direito à vida do feto sobre o direito à liberdade de escolha da mulher. Dessa forma, entendeu ausente afronta aos preceitos constitucionais suscitados como parâmetros de controle.

Desenvolvidas as razões divergentes acerca da matéria controversa, é cabível, agora, concluir a respeito da validade dos argumentos apresentados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, objetivando a descriminalização do aborto através do reconhecimento da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal.

### **CAPÍTULO 3 - SOBREPOSIÇÃO DAS CRÍTICAS E TESES APRESENTADAS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442**

Neste terceiro e último capítulo será feita uma sobreposição das teses apresentadas na ADPF 442 e das críticas feitas no capítulo anterior. Para isso, serão utilizadas as noções e pensamentos de autores expoentes no tema do aborto e sua descriminalização.

#### **3.1 - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES NA PERSPECTIVA DOS EXPOENTES NO TEMA DO ABORTO**

Para uma reflexão acerca dos direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização do aborto serão utilizadas as noções de Ronald Dworkin, filósofo, jurista e estudioso do direito constitucional dos Estados Unidos; bem como as de Silvia Federici, escritora, professora e ativista feminista italo-estadunidense. Ademais, serão estas noções relacionadas aos fatos históricos e jurídicos relevantes à matéria do aborto.

##### **3.1.1 - NOÇÕES DE RONALD DWORKIN**

Dworkin traz à argumentação o famoso caso estadunidense *Roe versus Wade* (1973), já apresentado na seção 2.2.1 deste trabalho, ressaltando que, diferentemente de diversos países em que a legislação acerca do aborto formou-se com base em acordos políticos e legislativos, os Estados Unidos tiveram sua legislação no assunto imposta por meio judicial. Por esta razão, foi defendido por muitos autores a busca de um “terreno comum”, de modo a encontrar soluções conciliatórias através da reflexão e de acordos políticos sobre o tema. A esta proposta, Dworkin se mostrou cético por acreditar que tamanha polarização jamais encontraria solução que fosse tolerada por ambos os lados que travam a disputa.

A questão gira em torno da resposta que se dá a uma pergunta polarizadora: será o feto uma criança indefesa ainda não nascida, com direitos e interesses próprios a partir do momento da concepção? Se a resposta for positiva, permitir o aborto equivale a permitir um assassinato, e abortar é pior do que abandonar à morte um bebê indefeso. Se for negativa, os que se dizem "pró-vida" podem ser vistos a partir de duas perspectivas distintas: ou estão incorrendo em um erro terrível ou

são sádicos, puritanos fanáticos, ávidos não por salvar vidas, mas por castigar as mulheres por aquilo que consideram um pecado sexual.<sup>66</sup>

Tem-se para Dworkin que existem duas formas de objeção ao aborto que diferenciariam o motivo que os indivíduos na sociedade utilizam para sustentar esta posição: a objeção derivativa e a objeção independente.<sup>67</sup>

Para aqueles que possuem uma objeção derivativa, o aborto seria errado em princípio por violar o direito de alguém a não ser morto, pois os fetos possuem interesses próprios e direitos fundamentais, inclusive o de não serem mortos. A objeção é derivativa pois essa objeção deriva justamente dos interesses e direitos que são presumidos aos fetos.

Noutra toada, aqueles que possuem objeção independente acreditam que o aborto seria errado em princípio por desconsiderar e insultar o valor intrínseco e inato da vida humana. Desse modo, o caráter sagrado da vida iniciaria antes mesmo do surgimento de qualquer movimento, sensação, interesse ou direito próprio do feto. A objeção é independente pois não depende de nenhum direito ou interesse particular, não sendo sequer pressuposta a existência destes.

Ainda na esfera de Ronald Dworkin, o Partido Socialismo e Liberdade utiliza na petição inicial, como fundamento para demonstrar a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil, a compreensão de direito como integridade, tanto no seu sentido horizontal como no vertical. Extrai-se do entendimento de Dworkin que a integridade do direito teria seu conceito a partir do direito interpretado levando-se em conta todos os princípios que estão na base da comunidade política.<sup>68</sup>

Dessa forma, como as nomenclaturas sugerem, a integridade vertical seria a harmonia da decisão judicial com os precedentes das cortes hierarquicamente superiores ao julgador. Ao passo que a integridade horizontal seria a coerência estabelecida através da uniformização da jurisprudência, tornando íntegras as decisões proferidas pelos diversos juízos de um mesmo grau, mesmo que com distintas competências.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida - Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2003. Disponível em: <[https://kupdf.net/download/dom-iacute-nio-da-vida-aborto-eutan-aacute-sia-e-liberdades-individuais-ronald-dworkin-1\\_58b32efb6454a7b810b1e8d4\\_pdf](https://kupdf.net/download/dom-iacute-nio-da-vida-aborto-eutan-aacute-sia-e-liberdades-individuais-ronald-dworkin-1_58b32efb6454a7b810b1e8d4_pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 11.

<sup>67</sup> Ibid., p. 12.

<sup>68</sup> LOPES, Jose Domingos Rodrigues. O Direito como integridade em Dworkin e a concretização dos direitos fundamentais.. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3786, 12 nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25818>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

Assim, pode-se observar que Dworkin relaciona a questão dos direitos do feto à possibilidade ou não de se atribuir personalidade aos nascituros, pois só é possível falar em direitos quando existirem interesses. Defende, ainda, que esses interesses devem ser tomados de forma atual, não podendo ser levado em conta o interesse futuro ou potencial por tratar-se de evento incerto.

Em atenção à legislação estadunidense, vê-se que a Constituição não estende, expressamente, aos nascituros a condição de pessoa titular de direitos. Ressaltando, também, que os direitos de uma pessoa juridicamente reconhecida, como é a gestante, só podem ser restritos quando outra pessoa de direitos também estiver envolvida, o que não ocorre quando o pretense sujeito passivo da questão é um feto. Esta ausência de reconhecimento do feto como pessoa titular de direitos é trazida à tona por Dworkin, quando aponta sua crítica ao posicionamento conservador em relação ao aborto.

[...] não é raro que os conservadores em matéria de aborto também admitam outras exceções. Para alguns deles, o aborto é moralmente permissível não apenas para salvar a vida da mãe, mas também quando a gravidez é resultado de estupro ou incesto. Quanto mais se admitem tais exceções, mais claro se torna que a oposição conservadora ao aborto não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida.<sup>69</sup>

Estando suficientemente demonstrada a posição de Ronald Dworkin no tema do aborto, bem como suas concepções na matéria, partimos à apresentação das noções da autora seguinte.

### 3.1.2 - NOÇÕES DE SILVIA FEDERICI

Podemos extrair da reflexão de Silvia Federici como o processo de instalação do sistema capitalista influenciou na retirada de direitos, sobretudo, reprodutivos das mulheres. Em *Calibã e a bruxa* (2004)<sup>70</sup>, Federici propõe que a caça às bruxas tenha sido “o grande evento responsável por aniquilar a participação, a força e a resistência femininas”,<sup>71</sup> após um longo

69 DWORKIN, op. cit., p. 43-44.

70 FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa*. Mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

71 D'ANGELO, Helô. A caça às bruxas é uma história do presente, diz Silvia Federici em lançamento de livro em SP. Revista Cult. 21 jul. 2017. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/silvia-federici-caliba-e-a-bruxa/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

período de inclusão na sociedade e respeito pelos seus corpos e seres, como era comum na idade média.

Apresentando a época do feudalismo em que mulheres possuíam, dentre outras liberdades, principalmente, a autonomia sobre seus corpos, tomando suas próprias decisões acerca de gravidez e aborto, Federici busca demonstrar como “os processos reprodutivos estavam em pé de igualdade com a produção”, afirmação que deixou de ser verdadeira com o desenvolver do sistema capitalista. Isso, para Federici, se deu em virtude da separação da produção e da reprodução, ocorrida a partir da hierarquização entre homens e mulheres no âmbito do trabalho. Assim, todo o sexo feminino foi categorizado entre bruxas - aquelas mulheres ditas rebeldes por não se curvarem às imposições da sociedade - e mulheres do lar, estando estas confinadas ao trabalho doméstico e reprodutivo, o que, para Federici, significava uma obrigação de reproduzir a mão de obra que futuramente serviria a favor do novo sistema instalado.

Para que se possa entender a reflexão de Federici, Helô D’Angelo traz uma forma simples, porém, muito bem elucidada de apresentação. Através da tradicional história em quadrinhos, a cartunista demonstra a perda dos direitos reprodutivos das mulheres - sobretudo, do aborto - ao passo da evolução do sistema capitalista. Sendo, assim, imprescindível a utilização destes no presente trabalho.







Em breve resumo, Prateano<sup>72</sup> exprime o conteúdo demonstrado nos quadrinhos. A perspectiva contada por Federici é a história de como a construção da figura da bruxa está intimamente ligada à história da origem do capitalismo, cujo objetivo era transformar os corpos

72 PRATEANO, Vanessa. Resenhas - Calibã e a bruxa. 2017. Disponível em: <<https://www.skoob.com.br/livro/resenhas/693234/mais-gostaram>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

femininos, por meio de um processo de aterrorização, em máquinas de produzir crianças, os futuros trabalhadores responsáveis por manter a nova ordem econômica em funcionamento. Nas palavras de Prateano, Federici explica que o poder das mulheres começou a ser quebrado a partir dos cercamentos das terras comunais, já que tendo menos poder sobre a terra e menos poder social do que os homens, as mulheres dependiam fortemente das terras comunais para plantar sua comida, garantir sua subsistência e autonomia e exercitar formas de sociabilidade junto a outras mulheres. Despossuídas da relação com a terra e dependentes de contratos de trabalho individuais acordados por seus integrantes, as famílias começaram a se desestruturar. Como resultado, não houve apenas a polarização entre ricos e pobres, mas também entre homens e mulheres, estando os homens sempre no pólo privilegiado e hierarquizado da relação.

Como observado nos quadrinhos, a Europa passava por uma crise populacional devido a peste negra, assim, o novo sistema econômico que se instalava necessitava de braços que mantivessem a fábrica produzindo. Neste momento, entra em cena a importância de se controlar o potencial reprodutivo da mulher, capaz de gerar os corpos que colocavam as máquinas em movimento, a dita reprodução da mão de obra.

O avanço do capitalismo e o retrocesso dos direitos das mulheres continuam caminhando lado a lado, desde a época retratada no livro de Federici até os dias atuais. Percebe-se que apesar das inúmeras conquistas realizadas pelos movimentos feministas, ainda encontramos resistência pela sociedade patriarcal que busca por meio de projetos criminalizar modalidades de aborto que foram excetuadas à regra - de condenação à interrupção da gravidez - como o tem feito com os casos de gravidez advinda de estupro - como visto no Projeto de Emenda Constitucional 181 (PEC 181)<sup>73</sup> - e de fetos anencéfalos - igualmente atacado na PEC 181 e novamente vindo à tona em novo projeto de lei em 2019.<sup>74</sup>

*Amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, a Associação Juizes para a Democracia (AJD) utilizou também do conteúdo histórico apresentado

73 FERREIRA, Paula; PRADO, Chico. Mulheres protestam contra PEC que criminaliza aborto em caso de estupro. O GLOBO - Sociedade. 13 nov. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/mulheres-protestam-contrapec-que-criminaliza-aborto-em-caso-de-estupro-22065452>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

74 SENADO FEDERAL. Projeto criminaliza aborto nos casos de malformação do feto. Senado Notícias. 30 abr. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/30/projeto-criminaliza-aborto-nos-casos-de-malformacao-do-feto>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

em Calibã e a bruxa para defender sua posição contrária à criminalização do aborto em nota técnica divulgada pela associação.

Carece de legitimidade social a norma jurídica proibitiva que, ao criminalizar o aborto, viola os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação, à decisão sobre seu planejamento familiar, à sua escolha de projeto individual de vida, à informação, à saúde e até à vida, o que é ainda mais profundo em se tratando das mulheres oriundas das classes menos favorecidas economicamente. Ao criminalizar o aborto, o ordenamento jurídico a um só tempo rompe com a igualdade entre homens e mulheres e aprofunda o abismo social entre as mulheres integrantes das classes dominantes e aquelas descapitalizadas.<sup>75</sup>

Superada a fase de apresentação de ideias dos autores expoentes na matéria da criminalização do aborto, faz-se mister discutir a legitimidade do Supremo Tribunal Federal e da audiência pública para o debate que tratamos.

### 3.2 - A LEGITIMIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO ESFERA JURISDICIONAL SELECIONADA PARA DEBATER A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Um dos pontos mais atacados pelos críticos à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 é o ativismo judicial e a alegada ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal para a decisão sobre a matéria, ao passo que acreditam ser o Poder Legislativo a única instância legítima para isto.

Nesta seção do trabalho será confrontada essa posição.

#### 3.2.1 - LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DISCUSSÃO DA MATÉRIA

Como já discorrido na seção 1.1, o Poder Judiciário encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 para, com legalidade e legitimidade, tomar decisões em matéria de Controles de Constitucionalidade - através da ADIN, ADC, ADO e ADPF - de Súmulas Vinculantes e em Mandado de Injunção.

<sup>75</sup>BREDA, Tadeu. Calibã e a bruxa pela descriminalização do aborto. Editora Elefante. 6 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.editoraelefante.com.br/caliba-e-a-bruxa-pela-descriminalizacao-do-aborto/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Entende-se, nesta lógica, que o Poder Judiciário deve agir como garantia ao cidadão, sobretudo, às minorias, de que as leis do Estado de Direito sejam cumpridas. Do mesmo modo, deve garantir que aos cidadãos esteja preservado o poder de exigir desse mesmo Estado que se cumpra os direitos previstos na lei. Assim, não haveria que se falar em ilegitimidade das decisões tomadas em esfera judicial, quando se trata, nada menos do que, de cumprimento da ordem constitucional que determina o Poder Judiciário como o garantidor da Constituição.

### 3.2.2 - O ATIVISMO JUDICIAL E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM DEFESA DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

Para Portella Filho, o ativismo judicial encontra respaldo com base na alta procura pela tutela judicial, em razão de omissões legislativas.<sup>76</sup> No mesmo sentido vem o entendimento de Barroso, associando o ativismo judicial “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.<sup>77</sup>

É nesta toada que o instituto processual da audiência pública se faz importante. A audiência pública busca viabilizar um maior contato entre o Poder Judiciário e a comunidade a que atende. Tem por função promover um diálogo com os atores sociais, e seu objetivo é de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante. Nestas audiências pode-se coletar informações, opiniões de especialistas e documentos acerca do tema discutido, bem como, recebem-se críticas e propostas para a resolução da controvérsia.

A audiência pública deve ser vista como um diálogo democrático, uma vez que promovido entre os atores sociais, tornando mais fácil a solução do conflito social. Com uma ampla participação da sociedade, é mais palpável uma solução que, ainda que não encontre consenso, pelo menos promoveu o diálogo social, dando oportunidade de participação aos indivíduos que são diretamente afetados pela questão em debate. Tal instituto recebe apoio tanto

<sup>76</sup> PORTELLA FILHO, José Ernesto Dolabella. *Legitimidade do ativismo judicial nas questões de saúde*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 set. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591289&seo=1>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis. v. 5, n. 1. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 6 mai. 2019.

de juristas como cidadãos leigos, pois representa um modelo de democracia ideal, que aproxima a comunidade com o centro de poder e amplia este contato, de modo a garantir uma participação de fato da sociedade, que vá além da mera participação em voto nas eleições, estando esta limitada até as eleições subsequentes para o próximo mandato.

Neste entendimento, Daniel Alberto Sabsay e Pedro Tarak, citados por Hugo Nigro Mazzilli, saem em defesa da audiência pública como se vê abaixo.

A audiência pública constitui uma importante contribuição para a passagem de uma democracia representativa para uma democracia participativa. A primeira depositava toda a responsabilidade que deriva do exercício do governo exclusivamente na parcela da sociedade integrada pelos governantes; os governados quedavam num tipo de posição passiva, de meros espectadores, carentes de capacidade de iniciativa, controle ou decisão. Já a audiência trata de tirar os governados da letargia e de levá-los a tomar responsabilidades, a assumir um papel que deles exige protagonismo e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade; [...] pode-se concluir que as audiências públicas não só têm servido como resposta aos reclamos dos cidadãos como também permitem que as autoridades melhorem a qualidade da gestão pública.<sup>78</sup>

### 3.3 - A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. Acerca disso, Rafael Bezerra Cardoso ensina:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.<sup>79</sup>

A despeito do princípio da proporcionalidade, um dos preceitos violados pela criminalização do aborto e levantado na ADPF, muito se pode absorver do voto do Ministro Luís

<sup>78</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 326.

<sup>79</sup> CARDOSO, Rafael Bezerra. O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12100>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

Roberto Barroso no Habeas Corpus 124.306<sup>80</sup> - precedente apresentado na seção 2.2.3 -, que será aprofundado em sequência.

### 3.3.1 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ENTENDIMENTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Traz o Ministro Barroso, que o legislador, ao utilizar das suas prerrogativas para definir crimes e penas, deve valorar dois vetores, para ele, essenciais: o respeito pelos direitos fundamentais dos acusados, nos planos material e processual; e o seu dever de proteção para com a sociedade, sendo sua responsabilidade primar pelos valores, bens e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

Tem-se, ainda, que os direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas, podendo, ocasionalmente, entrar em conflito entre si ou com outros princípios constitucionais. É quando ocorre este conflito que a solução do caso concreto será por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, como o é chamado.

Desse modo, como se infere das palavras do magistrado, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, serve além da aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, sendo utilizado, também, na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.<sup>81</sup>

É pacífica, internacionalmente, a divisão feita desse princípio em três subprincípios, sendo estes o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação pressupõe a análise de que os meios usados são hábeis para alcançar os fins buscados, ou seja, o meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido deve ser alcançado. A respeito do subprincípio da necessidade, uma medida restritiva de direito fundamental é considerada necessária quando o fim almejado não pode ser cumprido, com a mesma intensidade, através de medida diversa que atinja em menor potencial o direito fundamental em questão. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito completa as noções de adequação e de necessidade, correspondendo ao princípio da ponderação -

80 STF. HABEAS CORPUS: HC 124306 RJ. Voto-vista: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 8 maio. 2019.

81 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 2015. p. 289-295.

quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores há de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Desse modo, é após o reconhecimento da adequação e da necessidade da medida discutida que será, finalmente, sopesada a proporcionalidade ou não da medida, levando-se em consideração as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Nesta toada, a criminalização do aborto encontraria respaldo pelo princípio da proporcionalidade se fosse medida adequada à tutela do direito à vida do feto; não existisse outro meio que ofertasse igual ou maior proteção a esse bem jurídico, restringindo menos direitos fundamentais; e se a criminalização fosse justificável a partir da análise de seus custos e benefícios à sociedade.

Nas palavras do Ministro Barroso, em seu voto, apresenta-se o confronto aos subprincípios da proporcionalidade de modo a demonstrar a violação da máxima. Sendo o assunto pormenorizado em sequência.

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

As conclusões do Ministro Barroso demonstram, então, como a tipificação do aborto no Código Penal não encontra respaldo pelo princípio da proporcionalidade, bem como é o caso dos diversos outros preceitos fundamentais, igualmente violados.

Conclui-se que a criminalização do aborto, sendo incapaz de evitar a interrupção da gestação, é medida inadequada para a tutela da vida do feto. Se, por outro lado, fosse atribuído à tipificação do aborto o entendimento de que é eficaz para a proteção do bem tutelado, ainda há que se ponderar que existem outros meios eficazes à essa proteção e, concomitantemente, mais protetivos aos direitos fundamentais da mulher. Por derradeiro, o sopesamento dos custos e benefícios da criminalização do aborto, conclui, do mesmo modo, pela ilegitimidade

constitucional dessa tipificação penal, por conta da violação dos princípios já mencionados aliado aos custos à saúde pública, sendo estes fatores mais maléficos do que benéficos à sociedade.

Por fim, para demonstrar sua conclusão, Barroso acrescentou precedentes como o alemão - apresentado na seção 2.2.3 - que decidiu que devido “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe”, aplicando uma política alternativa à criminalização, descriminalizando a interrupção da gravidez até o primeiro trimestre, desde que cumpridos os requisitos procedimentais, sendo estes a participação da gestante em uma consulta de aconselhamento e um período de reflexão prévia de três dias. Outro precedente apresentado foi o estadunidense - caso *Roe versus Wade* (seção 2.2.1) - que, no mesmo sentido, decidiu que o interesse do Estado na proteção da vida do feto não superaria o direito fundamental da mulher de interromper a gestação, frente aos direitos e princípios violados.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se analisar todos os fatos e argumentos que permeiam a discussão acerca da criminalização do aborto, objetivando-se encontrar o respaldo necessário para que se conclua pela sua descriminalização. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), foi de enorme importância para o estudo servindo de norte para a elucidação das diversas arguições apresentadas pelos pólos que travam o debate.

Para além da discussão do aborto, foi imperioso salientar a questão da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a apreciação da matéria, agindo como garantidor do cumprimento das normas constitucionais, e utilizando das audiências públicas para resguardar e ampliar o exercício da democracia pelos cidadãos.

A polêmica do aborto, como demonstrado neste trabalho, ultrapassa a barreira jurídica, tratando-se, principalmente, de matéria de saúde pública. Contudo, em que pese as articulações a despeito da saúde das mulheres e dos seus direitos legais, grupos conservadores da sociedade ainda disputam essa demanda a partir de posicionamentos políticos exclusivamente baseados em religião. Esta falsa moralidade da sociedade patriarcal e conservadora procura, implícita e explicitamente, subordinar as mulheres à vontade do homem e retirar delas seus direitos, conquistados com luta ao longo da história, colocando a vontade do seu “deus” e de seus homens acima de qualquer direito das mulheres e até mesmo de suas vidas. Assim, da análise da eficácia da criminalização do aborto e da proporcionalidade desta medida, constata-se uma forma de perpetuação da desigualdade social, de modo que esta tipificação só gera efeitos sobre as camadas sociais menos favorecidas, estando as mulheres negras e pobres sempre condenadas à desumanidade do aborto clandestino.

Como já mencionado, tem-se a interrupção da gravidez, sobretudo, sua legalização, como tema de alta controvérsia nos mais variados âmbitos de estudo e da sociedade. Entretanto, quando tratada na esfera jurídica, essa controvérsia se torna colossal. Igualmente à matéria sensível, é controverso que a mesma legislação que concede direitos ao nascituro, conceda direitos sexuais e reprodutivos às mulheres, quando se pretende sobrepor os direitos do feto ao da mulher. No mesmo sentido, a lei que determina a igualdade entre todos e o tratamento

desigual a medida de suas desigualdades, abandona e condena as mulheres negras e pobres ao aborto clandestino, enquanto mulheres brancas de classe média-alta usufruem de clínicas de aborto - ilegais, diga-se - de qualidade.

Por esta razão, o debate acerca da legalização do aborto torna-se cada vez mais relevante, no entanto, ater-se apenas à argumentos dogmáticos, culturais ou religiosos para definir uma posição sobre o tema seria restringir o alcance da interpretação jurídica. Logo, foi vital analisar as decisões do Estado acerca do aborto - como nos precedentes da ADPF 54, da ADI 3.510 e do HC 124.306 - bem como, utilizando do direito comparado, as decisões tomadas no mundo afora - como o marco dos trimestres dos Estados Unidos e o marco das causais da Alemanha - de modo a compreender a influência que a criminalização do aborto desempenha na vida de cada mulher a partir do contexto social em que esta vive. Da mesma forma, o marco teórico de Ronald Dworkin e a análise histórica de Silvia Federici apresentaram pensamentos que se mostraram decisivos nessa temática.

A conclusão a despeito do estudo feito vai ao encontro do intuito introduzido neste trabalho. A tipificação penal do aborto na legislação brasileira, nos casos dispostos nos artigos 124 e 126 do Código Penal, isto é, a interrupção voluntária da gravidez praticada pela gestante e a interrupção praticada por terceiro com o consentimento desta, não é recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por estar demonstrada a violação dos preceitos fundamentais resguardados por esta, quais sejam: os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana; da cidadania e da não discriminação; os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida; à liberdade; à igualdade; à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante; à saúde e ao planejamento familiar, bem como o desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade. Conclui-se pela prevalência dos direitos fundamentais femininos e pela legitimidade do Supremo Tribunal Federal, através das audiências públicas, para performar, quando da omissão do Poder Legislativo, seu dever de garantidor constitucional, a fim de que os artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940 sejam declarados não recepcionados pela Constituição Federal e que a interrupção da gravidez até o primeiro trimestre seja descriminalizada pela legislação brasileira.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)Thesis. v. 5, n. 1. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 6 mai. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- \_\_\_\_\_. **Emenda Regimental nº 29/2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL029-2009.PDF>>. Acesso em 6 nov. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.882/1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Diário Oficial [da União], Brasília, DF, 18 fev. 1991. Disponível em: . Acesso em: 22 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 30 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em 18 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 dez. 2005. Disponível em: . Acesso em: 18 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025/RJ**, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 30 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: