

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO QUE DESCRIMINALIZA O
ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO – HC 124.306/RJ**

ISABELA CARDOSO CARVALHO

RIO DE JANEIRO
2017/1º Semestre

ISABELA CARDOSO CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO QUE
DESCRIMINALIZA O ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DA
GESTAÇÃO – HC 124.306/RJ**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

RIO DE JANEIRO - RJ

2017/1º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

C331a Carvalho, Isabela Cardoso
Ativismo Judicial: uma análise da decisão que descriminaliza o aborto até o primeiro trimestre da gestação - HC 124.306/RJ / Isabela Cardoso Carvalho.
- Rio de Janeiro, 2017.
60 f.

Orientadora: Ana Paula Barbosa-Fohrmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Ativismo Judicial. 2. Descriminalização do
aborto . 3. Supremo Tribunal Federal . I. Barbosa
Fohrmann, Ana Paula, orient. II. Título.

CDD 341.55621

ISABELA CARDOSO CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO QUE
DESCRIMINALIZA O ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DA
GESTAÇÃO – HC 124.306/RJ**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

Data da aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/1º Semestre

Aos meus pais, cujo amor,
preocupação e carinho me guiaram
até aqui.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. Agradeço à minha orientadora, pela paciência e cuidado com que cuidou deste trabalho. Agradeço à Faculdade Nacional de Direito por ter me oportunizado tantas conquistas e transformações pessoais. Aos meus pais e avós, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Meus agradecimentos também aos amigos da Nacional, que fizeram parte da minha formação e que, sem dúvidas, vão continuar presentes em minha vida. A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

CARVALHO, I.C. *ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO QUE DESCRIMINALIZA O ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO – HC 124.306/RJ*. 2017. 60 fls. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

O objeto de estudo do presente trabalho consiste na análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que descriminalizou o aborto até o terceiro mês de gestação no HC 124.306/RJ, bem como sua relação com o que se entende por ativismo judicial. A partir de uma reflexão sobre os direitos fundamentais envolvidos e a descriminalização do aborto no direito comparado, pretende-se compreender a descriminalização do aborto no Brasil por obra do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Aborto. Ativismo judicial. Poder Judiciário. HC 124.306/RJ

ABSTRACT

CARVALHO, I.C. *JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF THE DECISION THAT DECRIMINALIZES ABORTION DURING THE FIRST THREE MONTHS OF PREGNANCY – HC 124.306/RJ*. 2017. 60p. Monograph (Law Degree) - Federal University of Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

The object of study of the present work is the analysis of Brazilian Federal Supreme Court's decision that decriminalized abortion during the first three months of pregnancy, as well as its relation with the so called 'judicial activism'. From a reflection on the fundamental rights involved and the abortion decriminalization in comparative law, this study intends to understand the judicial decriminalization of abortion in Brazil.

Palavras-chave: Abortion. Judicial activism. Judiciary. HC 124.306/RJ

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS.....	14
1.1. Do Direito à vida	17
1.2. Dos direitos fundamentais das mulheres: direitos sexuais e reprodutivos, direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade.....	21
1.3. Do princípio da proporcionalidade	24
1.4. Do conflito entre os direitos fundamentais envolvidos	25
2. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS E ALEMANHA.....	27
2.1. Estados Unidos	27
2.2. Alemanha.....	32
2.3. Conclusão	36
3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: HC 124.306 RIO DE JANEIRO38	
3.1. Da decisão	38
3.2. Dos direitos fundamentais das mulheres	40
3.3. Do princípio da proporcionalidade	41
3.4. Da influência do direito comparado	42
3.5. Da questão constitucional brasileira	43
4. DO ATIVISMO JUDICIAL.....	46
4.1. Do ativismo no HC 124.306.....	52
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Em voto proferido no Habeas Corpus nº 124.306/RJ, no qual se pleiteava a liberdade de dois médicos que realizaram um aborto, crime tipificado no Código Penal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso concedeu a ordem, em decorrência do reconhecimento, de ofício, da não-recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940 pela Constituição da República de 1988. Em sua análise, o Ministro entendeu que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação fere direitos fundamentais das mulheres, bem como o princípio da proporcionalidade e, por isso, não merece a proteção da norma penal.

Esta decisão foi vista por segmentos da sociedade como um avanço social. A descriminalização do aborto é uma bandeira de diversos movimentos sociais, os quais argumentam, principalmente, ser uma questão de saúde pública, pois o aborto é uma realidade. Muitas mulheres optam pela realização do aborto diante de uma gestação indesejada. Entretanto, nem sempre o aborto é realizado da maneira mais segura para a mulher. Além disso, nem todas as mulheres possuem condição financeira de arcar com os custos de uma clínica clandestina. Assim, entende-se que a criminalização do aborto afeta em especial as mulheres pobres.

Por outro lado, há um movimento forte contra o aborto, encabeçado por aqueles que entendem que a interrupção voluntária da gestação fere o direito à vida e equivale a um homicídio, motivo pelo qual defendem a manutenção da tipificação penal. Cabe lembrar que este movimento “pró-vida” é promovido e apoiado por grupos religiosos, os quais possuem presença expressiva no Congresso Nacional e influência na tomada de decisões mais conservadoras.

Não se pode dizer, portanto, que há um consenso na sociedade brasileira quanto à descriminalização do aborto. Não que um consenso seja necessário para tomada de decisões políticas, pois na democracia é impossível atender a vontade de todos, devendo prevalecer a decisão da maioria. Há claramente uma controvérsia quanto a este tema, já que, de um lado, existem grupos que defendem os direitos fundamentais da mulher e, do outro lado, existem grupos em defesa da vida.

Entretanto, esta controvérsia não se esgota nesta polarização. A Constituição Federal, que deu início à nova fase constitucional brasileira, tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana. Privilegia a proteção de direitos e garantias fundamentais, de forma que estes direitos devem ser aplicados em sua maior extensão possível. No caso do conflito entre direitos fundamentais, deve ser realizado um juízo de proporcionalidade, sendo que a partir da análise de alguns pressupostos, poderá se chegar à prevalência de um princípio sobre outro em determinado caso concreto.

Com relação à descriminalização do aborto pelo Habeas Corpus nº 124.306/RJ, foi realizada uma análise de proporcionalidade entre os direitos fundamentais da mulher e o direito à vida. Para a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma adequada, é importante compreender quais os contornos destes direitos envolvidos.

Assim, no primeiro capítulo deste trabalho monográfico, buscar-se-á apresentar os direitos fundamentais envolvidos na discussão do aborto, compreendendo o direito à vida e os direitos sexuais e reprodutivos, direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade (direitos fundamentais das mulheres).

Esta discussão também deve levar em consideração o tratamento jurídico que é dado ao feto. Para alguns, a partir da fecundação já existe um direito à vida a ser protegido. Para outros, a proteção do feto se inicia a partir do momento que a sua expectativa de vida se torna mais real, ou, ainda, somente após o nascimento com vida.

O capítulo seguinte tem como objetivo analisar como a descriminalização do aborto ocorreu nos Estados Unidos e na Alemanha. Nos Estados Unidos, a descriminalização ocorreu em 1973, quando a Suprema Corte decidiu, no famoso caso *Roe v. Wade*, que a realização do aborto não viola direitos constitucionais, desde que seja realizado até o momento em que o feto tenha condições de viver fora do útero materno. O que alimentou o debate nos Estados Unidos foi a defesa do direito à intimidade, intimamente ligado ao direito à liberdade.

Já na Alemanha, o aborto foi legalizado em 1992, também pelo Tribunal Constitucional. Considerando a realidade de que a criminalização não impede as mulheres de

realizarem o aborto, os alemães preocuparam-se em tornar o aborto uma escolha consciente da mulher, que sabe mais do que ninguém o que é melhor para si e para o feto. Tomou-se em consideração o motivo que leva às mulheres a abortar, que, na maioria dos casos, representa a falta de condição financeira para criar o filho, e buscou-se apresentar soluções através de programas sociais que auxiliam na criação do filho.

Assim, a partir de um exame do aborto no direito comparado, pretende-se compreender a influência do processo de descriminalização do aborto destes dois países no Brasil.

Em seguida, o Capítulo 3 tratará da análise do Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso, que descriminalizou o aborto e foi acompanhado pelos demais Ministros da 1ª Turma do STF. A ordem foi concedida de ofício para desconstituir a prisão preventiva de dois médicos, baseando-se, essencialmente, na inconstitucionalidade do crime do aborto perpetrado no primeiro trimestre da gestação.

Embora não seja a primeira decisão do STF sobre a descriminalização do aborto, esta decisão assume extrema importância, na medida em que admite a legalização do aborto, em qualquer hipótese, desde que realizado nos três primeiros meses da gravidez.

Por fim, o objetivo do capítulo final consiste em analisar o que se entende por ativismo judicial e de que forma isso se verificou na decisão que descriminalizou o aborto até o terceiro trimestre de gestação. O ativismo judicial é uma prática comum entre os casos difíceis, os quais não fornecem soluções simples que possam agradar a todos. Comumente, trata de conflitos entre direitos fundamentais.

Constitui-se em uma atividade do Judiciário que desafia os limites da sua ação, na medida em que avança sobre o campo de atuação dos demais poderes institucionais, em especial o Poder Legislativo. Pode-se dizer que através de sua função típica de julgar, o Judiciário acaba também exercendo a função típica do legislativo, qual seja legislar, embora de forma discreta e destituída da discricionariedade que envolve o ofício dos representantes eleitos pelo povo. O julgador, portanto, ainda que esteja diante de uma situação em que lhe é

exigido atuar de forma expansiva, estará sempre vinculado e limitado pela Constituição e pelos valores que dela emanam.

Além disso, não se pode deixar de lado as críticas realizadas em razão do ativismo judicial. Estas objeções decorrem, em especial, do fato de que a jurisdição constitucional pode ser interpretada de maneiras distintas. O ativismo judicial tem estreita relação com o direito constitucional contemporâneo, o qual sugere uma incorporação da moral ao direito. Desta forma, é incentivada a busca da solução mais justa ao caso concreto, sendo permitidas soluções baseadas em princípios implícitos na Constituição, mas que emanam dos valores supra constitucionais. Por outro lado, a teoria crítica sustenta que a interpretação constitucional deve se ater aos princípios explícitos na Constituição. A moral e o direito devem permanecer em esferas distintas de análise, uma vez que a moral é subjetiva e não pode oferecer uma única resposta para todos.

Após estes esclarecimentos, o presente trabalho tem como objetivo investigar a relação entre a descriminalização do aborto no Brasil e o ativismo judicial, de forma que tais objetos serão analisados à luz da doutrina, legislação e jurisprudência, tendo como alvo o debate e uma melhor compreensão do tema.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS

Para uma análise adequada acerca da descriminalização do aborto, faz-se necessário perquirir sobre os princípios e direitos fundamentais em jogo. Neste capítulo, buscar-se-á apresentar as posições doutrinárias de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como o entendimento da melhor doutrina acerca dos direitos fundamentais que cercam o tema da interrupção voluntária da gestão.

A discussão sobre o aborto se revela extremamente polêmica, pois envolve posições diametralmente opostas acerca de qual bem jurídico deve receber proteção jurídica na hipótese de uma gestação indesejada. Pode-se dizer que o direito invocado para a defesa da manutenção do aborto como crime é, inegavelmente, o direito à vida. Em contrapartida, aqueles que se mostram favoravelmente à descriminalização do aborto apoiam seus argumentos nos direitos fundamentais da mulher, dentre os quais se destacam os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia e a integridade física e psíquica.

Os direitos postos em questão na análise acerca do aborto são direitos fundamentais, o que demanda o esclarecimento de algumas questões. Os direitos fundamentais ganham atenção a partir do momento em que o homem passa a ser o foco das relações, no lugar do Estado. São diferenciados pelo momento em que surgiram, a ser determinado pelos anseios de cada época histórica, as denominadas gerações¹.

O que garante a um direito ser compreendido e denominado como direito fundamental tem relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento material desta categoria de direitos, os quais têm como objetivo a realização e concretude da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico.² Os direitos fundamentais dão materialidade à dignidade humana e possuem eficácia imediata e vinculam os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais devem aplicá-los e zelar pela sua máxima efetivação, ainda que não estejam expressamente previstos no ordenamento.

¹ A primeira geração caracteriza-se por direitos que protegem os indivíduos e sua individualidade da atuação Estatal, como a liberdade. Já os direitos fundamentais da segunda geração têm preocupação social. A terceira geração, por sua vez, representa os direitos fundamentais coletivos, como o direito à conservação do meio ambiente.

² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147.

Os direitos fundamentais devem ser encarados, tendo em vista dois aspectos³. Por um lado, os direitos fundamentais possuem competência negativa, no sentido de limitar a interferência do Estado na vida privada dos indivíduos. Por outro lado, os direitos fundamentais possuem uma eficácia positiva, que se refere ao dever do Estado em garantir que os direitos fundamentais sejam exercidos pelos indivíduos.

A discussão sobre a descriminalização do aborto não se afasta da análise da função dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que descriminalizar o aborto dimensiona o aspecto negativo dos direitos fundamentais, uma vez que traz como um de seus principais argumentos a autonomia da mulher. Em diferente medida, aqueles⁴ que são contra a descriminalização do aborto justificam a sua posição dando peso à perspectiva positiva dos direitos fundamentais, uma vez que alegam a necessária ação do Estado para que garanta o exercício dos direitos fundamentais, que neste caso, seria o direito à vida.

Para Gilmar Mendes, que se enquadra no grupo dos que privilegiam o direito à vida, os direitos fundamentais são pretensões reveladas pela dignidade da pessoa humana. A dificuldade reside exatamente nesta questão: Como determinar qual direito fundamental em um conflito realiza de maneira mais eficaz a dignidade da pessoa humana? Na visão de Luís Roberto Barroso, é de se considerar que o que é fundamental para a realização da dignidade de uma pessoa pode não o ser para outra pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana é visto como um espelho⁵, sendo que cada qual o compreende a partir do que entende como fundamental para si mesmo.

Não há, portanto, resposta objetiva para este questionamento, o que abre espaço para a atuação do intérprete, como qualquer questão aberta e subjetiva. Tanto o direito à vida como os direitos fundamentais da mulher, a citar a integridade física e psíquica e a autonomia, têm como base e fundamento a realização da dignidade da pessoa humana, por diferentes razões a serem levadas em consideração pelo intérprete.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

⁴ Dentre os autores que se opõem a descriminalização do aborto, encontra-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273.

Embora a dignidade da pessoa humana não possua um conteúdo objetivamente delimitado, é importante esclarecer que ela pressupõe um conteúdo mínimo, qual seja, que o ser humano é um fim em si mesmo, bem como, que cabe a cada indivíduo delimitar suas escolhas existenciais, não podendo sofrer imposições de outros indivíduos.⁶

Isto revela uma das características dos direitos fundamentais: relatividade. Foi superado o entendimento de que os direitos fundamentais são absolutos, prevalecendo a ideia de que são relativos, pois são limitados entre si por outros direitos fundamentais. É importante ressaltar esta característica, tendo em vista que, a partir da premissa de que os direitos fundamentais são relativos, a descriminalização do aborto não estaria por negar o direito à vida. Deste modo, o direito à vida por não ser absoluto, pode ser limitado por outros direitos, como está sendo restringido pelos direitos fundamentais da mulher com a legalização do aborto.

Como os direitos fundamentais pressupõem uma proteção à dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que é impraticável que todos os princípios e direitos fundamentais estejam positivados no ordenamento jurídico, uma vez que a dignidade humana se reflete em variados aspectos. Nada impede, portanto, que os direitos fundamentais implícitos sejam considerados pelo julgador. Nas palavras de Gilmar Mendes, podemos entender que:

"(...) o STF é sensível à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo específico, a partir do exame da existência de um especial vínculo – que pode ser evidenciado por considerações de ordem histórica – do bem jurídico protegido com alguns dos valores essenciais ao resguardo da dignidade humana enumerados no caput do art. 5º da Carta (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade)"⁷.

Afinal, a própria Constituição no art. 5º §2º admite a existência de direitos fundamentais não mencionados pelo constituinte, os chamados “direitos materialmente fundamentais”, pois valora-se mais o conteúdo do que a forma, sem haver, contudo, diferenciação valorativa em relação aos direitos formalmente constitucionais.⁸ Quanto ao

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. 2010. p. 9

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 148.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 336.

conteúdo, deve-se verificar a dignidade da pessoa humana como fundamento, ou, ao menos, valores e bens jurídicos prezados pela sociedade.

Deste modo, é importante buscar compreender os anseios sociais para a alteração de certos paradigmas que têm como pretensão a proteção de um bem jurídico que pode estar, na verdade, em conflito com outro direito fundamental implícito que se insurge como realizador da dignidade humana, ainda que em diferente medida, como no caso dos direitos fundamentais da mulher no que toca ao aborto.

Importante salientar que a dignidade humana pode ser instrumentalizada como princípio interpretativo ou normativo⁹. No conflito entre os direitos fundamentais, no caso do aborto, o princípio da dignidade da pessoa humana não é capaz, por si só, de apontar qual direito deve prevalecer. Nota-se que, como exposto, independentemente da forma como for instrumentalizado, o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir de fundamento para as duas posições antagônicas (direito à vida *versus* autonomia da mulher). Desta forma, pode-se dizer que a criminalização ou descriminalização do aborto depende de uma opção, a qual, por sua vez, está sendo assumida pelo Poder Judiciário ao entender pela não recepção constitucional dos artigos 124 e 126 do Código Penal¹⁰.

Para que esta análise não se distancie do tema proposto, é importante apresentar a perspectiva do Supremo Tribunal Federal em relação aos direitos fundamentais em questão na discussão sobre o aborto. Para isso, serão trazidas as posições doutrinárias dos Ministros do STF Gilmar Medes, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Conhecer a posição dos Ministros acerca dos direitos fundamentais em conflito na discussão do aborto facilita a análise dos motivos que levaram à descriminalização do aborto por meio de uma postura ativa do Supremo.

1.1. Do Direito à vida

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273.

¹⁰ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O direito à vida por vezes é compreendido como um direito natural, inerente à natureza humana. Mas a despeito disso, a vida humana só começou a receber a atenção do direito positivado após a Segunda Guerra Mundial, sendo possível concluir que o direito à vida, tal como se entende hoje, se deve ao constitucionalismo contemporâneo¹¹.

No Brasil, o direito à vida somente foi expressamente considerado a partir da Constituição de 1946, em seu artigo 141, *caput*. Na Constituição de 1988, o artigo 5º, *caput*, dispõe que o direito à vida é inviolável. Conforme o artigo 4º do Pacto de San José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, a vida deve ser protegida pela lei desde o momento da concepção, sendo que todos merecem ter sua vida respeitada, sem discriminação ou privação arbitrária. No direito brasileiro, a vida recebe especial proteção do direito penal, ramo do direito que protege os bens jurídicos mais relevantes do ordenamento. Os artigos 124 a 126 do Código Penal, quando criminalizam o aborto, o fazem com a finalidade de proteger o direito à vida intrauterina.

O direito à vida é o “mais fundamental de todos os direitos”¹², valor central, pois sem ele não se poderia falar no exercício dos outros direitos fundamentais. É a premissa de todos os direitos presentes na Constituição, sendo o primeiro valor básico elencado pelo constituinte¹³, ao estabelecer a sua inviolabilidade. Gilmar Mendes entende que o direito à vida é “um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”.

Todo ser humano é titular do direito à vida. Para Gilmar Mendes, o direito à vida não pode ser entendido de forma graduada a depender de aspectos próprios de cada pessoa. Ou seja, a vida deve ser definida com base em critérios puramente biológicos, não podendo levar em consideração, por exemplo, elementos raciais, religiosos ou sociais¹⁴.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 248.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 412.

Parece óbvio, mas a vida deve ser protegida a partir de seu início até a morte. Esses dois momentos não estão claramente definidos nem pela lei, nem pela doutrina, que diverge. Para a análise aqui proposta, nós nos ateremos à discussão sobre o início da vida, relevante para a defesa ou rechaço ao aborto. Parte da doutrina entende que o direito à vida se inicia com a concepção¹⁵ e recebe proteção do ordenamento jurídico desde então, entendimento este que se alinha com o que dispõe o Pacto de San José de Costa Rica. Entendem que o direito à vida não pode ser condicionado a algum estágio de desenvolvimento orgânico, defendendo que o embrião é ser humano e desde a fecundação merece ter seu direito à vida protegido.

A partir desta corrente, a vida não estaria condicionada à autoconsciência¹⁶, pois prevalece o entendimento de que desde a fecundação já existe um ser humano e não um ser humano em potencial. Negar o direito à vida do nascituro implicaria negar-lhe a qualidade de titular do direito à vida, com o qual o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, não concorda.

Assim, o direito à vida não poderia ser limitado pelo legislador infraconstitucional. Todos têm o direito à vida, inclusive o nascituro, o qual, embora não possua ainda existência própria, é pessoa distinta da gestante. Para esta posição, o direito à vida não pode ser visto como uma liberdade, não podendo a pessoa deliberar sobre a sua vida ou de terceiros. Ressalta-se, ainda, que o direito à vida é um direito de defesa, o qual implica um dever de proteção do Estado.

Como o direito à vida é direito fundamental e pressupõe todos os demais direitos, Gilmar Mendes entende que o Estado tem legitimidade para agir em defesa da vida, ainda que isso implique a violação da liberdade de outras pessoas. Assim, ele se posiciona a favor da manutenção do aborto como crime. Em suas palavras: “Ante a superioridade do valor da vida humana, a proibição do aborto, com a tutela penal, deve subsistir, mesmo que confrontada com outros interesses, acaso acolhidos por outros direitos fundamentais.”¹⁷

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 250.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 250.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252.

Pontua que o embrião humano é ser humano distinto da mãe e por ser vulnerável deve o Estado protegê-lo eficazmente. Não se trata de uma discussão que deve colocar como valor primeiro a autonomia da mulher, mas sim a vida do embrião.

Caso o direito à vida, premissa de qualquer outro direito, entre em conflito com outros direitos fundamentais, Mendes entende que o direito à vida deve sempre preponderar, pois a prevalência de qualquer outro direito fundamental estaria por negá-lo. Além disso, ressalta que a descriminalização do aborto, por conta do entendimento de que o aborto é uma realidade, enfraquece a proteção à vida, lembrando que existem outras formas, que não a despenalização, para lidar com a interrupção voluntária da gestação, tais como programas de apoio à gestante.

Por outro lado, existem aqueles que defendem que o direito à vida só tem início a partir do nascimento (com vida). Entendem que só pode existir titularidade do direito à vida aos indivíduos personalizados.¹⁸ Não afastam a proteção ao embrião, entretanto, entendem que a proteção não é um desdobramento do direito à vida, mas sim uma “extensão” da dignidade humana que protege o processo vital. Este, por sinal, foi o entendimento do STF no voto do Min. Carlos Ayres Britto na ADIn 3.510¹⁹, que tratou da questão de pesquisas com células-tronco.

Deve ser lembrado também o caso de autorização do aborto dos fetos anencéfalos, que excepcionou o direito à vida ao dar prevalência ao entendimento de que a vida seria inviável em razão da ausência de atividade cerebral²⁰, não sendo o embrião anencéfalo titular do direito à vida. Este caso também se mostra contrário ao entendimento de que o direito à vida protege o nascituro desde a fecundação.

Alexandre de Moraes ressalta que a vida não é um direito absoluto, na medida em que a Constituição prevê limitações, como no caso de autorização para aplicação de pena de morte nos casos de guerra declarada (art. 84, XIX). Ou seja, se a inviolabilidade da vida já foi

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 417

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 19 - jan./jun. 2012. p. 134

excepcionada pelo próprio constituinte, ao autorizar a pena de morte, não há motivo para manter a criminalização do aborto sob a justificativa de que o direito à vida é inviolável.

Para Luís Roberto Barroso, o direito à vida tem origem no valor intrínseco da pessoa, elemento que integra o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, a qual preenche quase todo o conteúdo do direito à vida²¹. Entretanto, conforme esclarece Ingo Sarlet, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana não se confundem. São esferas autônomas, que podem inclusive entrar em conflito, como quando se discute a possibilidade do aborto justificado na dignidade da pessoa humana.

1.2. Dos direitos fundamentais das mulheres: direitos sexuais e reprodutivos, direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade

Dentro do discurso pró-aborto, as atenções voltam-se para alguns direitos fundamentais das mulheres. O Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso²², ao descriminalizar o aborto até o terceiro trimestre da gestação, considerou os direitos fundamentais sexuais e reprodutivos, o direito à autonomia, à integridade física e psíquica, bem como à igualdade como legitimadores da dignidade da pessoa humana no que concerne ao aborto.

Como já tratado anteriormente, é possível o reconhecimento de direitos fundamentais fora do rol específico. Não há menção na Constituição à direitos fundamentais sexuais e reprodutivos da mulher, o que não significa que eles não possam ser reconhecidos e valorados pelo intérprete, porquanto são realizadores da dignidade da pessoa humana.

A doutrina tradicional não reforça a atenção aos direitos fundamentais da mulher quando trata dos direitos fundamentais em espécie, pois, em regra, a preocupação é com o catálogo específico, já que não há controvérsia com relação à existência destes. Assim, aqui buscar-se-á apresentar, em consulta a algumas doutrinas especializadas, o núcleo essencial dos direitos fundamentais da mulher valorados para a descriminalização do aborto.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 275.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2016.

Os direitos reprodutivos e sexuais foram reconhecidos pela Conferência do Cairo, no ano de 1994, e no ano seguinte, pelas Conferências de Pequim e Copenhague, ao estabelecerem que os direitos reprodutivos dizem respeito ao direito da mulher em controlar assuntos concernentes à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva.²³ Firmou-se o entendimento de que cabe às mulheres decidir sobre o exercício da maternidade, o que deve ser garantido pelo acesso à informação e aos serviços essenciais, já que esta decisão envolve uma responsabilidade social.

Somado à isso, o discurso de que a decisão sobre o planejamento da maternidade cabe à mulher ganhou força. Assim, no caso de uma gestação indesejada, a mulher, com base em seu direito reprodutivo, direito fundamental, pode optar por não dar continuidade a ela, contanto que esteja dentro do limite temporal dos três meses iniciais da gestação.

Quanto à autonomia da mulher acerca da decisão sobre abortar, este direito é o mais claro reflexo da dignidade humana, a partir do entendimento de que constitui o núcleo essencial da dignidade humana a autonomia que o indivíduo detém para realizar suas escolhas existenciais. E, ainda que se entenda que há uma vida intrauterina em jogo, não há como negar que também exista um ser humano que sofrerá inúmeras alterações hormonais, corporais e psicológicas, a quem deve ser dada a opção de decidir sobre a continuidade da gestação, já que afeta direta e integralmente sua existência.

Impor à mulher a continuação de uma gestação que não faz parte de seus planos fere a sua dignidade, uma vez que a impede de escolher sobre uma questão que diz respeito ao seu corpo e à sua vida íntima. Além disso, a decisão sobre ter um filho está na seara do planejamento familiar da vida privada de cada um, razão pela qual não deveria o Estado intervir impondo a continuação de uma gravidez não planejada a partir da criminalização do aborto, sob o pretexto de proteger o direito à vida. Afinal, dependendo do ponto de vista, não há que se falar em vida humana intrauterina. Defende-se, ainda, que o Estado não deve intervir em questões que tocam à esfera íntima de cada qual, pois existem diversas outras

²³ PIOVESAN, Flavia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc> Acesso em 20/04/2017

questões mais relevantes do ponto de vista social que demandam a atuação de um ente dotado de um poder soberano.

A partir do entendimento de que a mulher tem autonomia para decidir sobre o prosseguimento da gestação, há que se levar em conta também que esta decisão envolve a sua integridade psíquica. Às vezes, o mal em continuar a gestação que não se deseja pode ser maior do que a opção pelo aborto. A gravidez promove uma série de alterações físicas e hormonais no corpo feminino. Ao impor a continuidade da gestação, o Estado impõe também estas alterações à mulher, o que pode afetá-la psicologicamente.

Também merece ressalva a cobrança da sociedade sobre a maternidade, cobrança em relação a aspectos do próprio processo gestacional ou da criação dos filhos, sem contar que existem prejulgamentos sobre as mulheres grávidas que decidem colocar os bebês para adoção. Seria demasiadamente angustiante a mulher ter que se submeter a todo o ônus que a gravidez proporciona sem ter consigo o desejo de ser mãe.

É importante, portanto, que o ordenamento jurídico permita às mulheres a escolha de seguir com a gestação, ainda que exista uma limitação temporal, como a decisão do Habeas Corpus 124.306. Até porque, como o homem não tem a capacidade biológica de gerar filhos, a responsabilidade penal pelo crime do aborto, em regra, sempre envolverá a mulher que engravidou.

Questões como a pressão da sociedade pelo sucesso da gestação e alterações físicas e psíquicas têm como figura principal a mulher. Além de não ter que sofrer nenhuma alteração física para ser pai, para o homem, é perfeitamente viável decidir não participar da maternidade. Já para a mulher, além de haver a proibição legal do aborto, escolher não criar a criança é muito mais difícil e reprovável. Assim, garantir o aborto, ainda que seja até o terceiro mês, é um passo para equiparar homens e mulheres no que diz respeito à maternidade, sendo, portanto, uma questão que também afeta o direito à igualdade das mulheres em relação aos homens.

Por outro lado, fato é que, independentemente da criminalização, o aborto acontece com frequência. As mulheres que possuem condições financeiras recorrem com facilidade à

clínicas clandestinas, o que, vale ressaltar, não garante um procedimento seguro. Assim, o aborto é uma realidade e a sua criminalização atinge apenas as mulheres que não possuem recursos para bancar o procedimento abortivo em uma clínica clandestina. Também não são seguros os abortos realizados fora dessas clínicas. Nada impede, muito menos a criminalização, que a mulher tente abortar em casa, o que multiplica os riscos à sua saúde.

Assim, considerando que o aborto acontece independentemente da sua criminalização, uma vez que quem quer fazê-lo encontrará um meio para tal, o que implica o risco de automutilações, a descriminalização vem em sentido contrário apoiar o direito à integridade física das mulheres. Para tanto, o poder público poderá agir de forma a tornar o procedimento abortivo o mais seguro possível.

1.3. Do princípio da proporcionalidade

Embora tenha sido tratado até aqui a respeito dos direitos fundamentais envolvidos na polêmica sobre o aborto, não se pode deixar de cuidar do princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade serve de instrumento para a interpretação constitucional, objetivando evitar excessos nas restrições à direitos fundamentais, bem como resguardar a proteção ineficiente destes direitos. É um princípio, portanto, que tem embasamento no valores de equidade e moderação.²⁴

Em matéria penal, atenta-se que o princípio da proporcionalidade evita uma intervenção exagerada do Estado na vida privada, com o fim de se proibir o excesso da punição e averiguar se ela realmente é necessária. Além de ser um princípio interpretativo, é uma garantia dos indivíduos frente ao Estado.

Somado a isso, o princípio da proporcionalidade é uma ferramenta do controle de constitucionalidade das leis, na medida em que possibilita um juízo de adequação entre o fim almejado na lei e a sua efetividade, tendo como parâmetro direitos e garantias fundamentais. Ou seja, possibilita investigar se a norma posta é moderada, e atende aos fins propostos, pois caso contrário, a intervenção penal pode violar direitos fundamentais. Segundo Guilherme Yacobucci, conforme citado por Cezar Roberto Bittencourt:

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228

"A função jurisdicional nesse controle pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente *pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular.*"²⁵

O princípio da proporcionalidade se concretiza através de uma análise acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da norma. Assim, tendo em vista os direitos fundamentais anteriormente esclarecidos, é possível se fazer a ponderação entre eles, tendo como fundamento o princípio da proporcionalidade.

No caso da descriminalização do aborto, o princípio da proporcionalidade se presta a analisar se há adequação na proteção do direito à vida do embrião, se não exista outro meio mais eficaz e menos lesivo de se evitar o aborto, e se existe uma proporção entre os meios e fins pretendidos. Assim se deu a descriminalização do aborto no Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso no HC 124.306/RJ, como será desenvolvido em capítulo próprio.

1.4. Do conflito entre os direitos fundamentais envolvidos

Como se buscou demonstrar, o aborto envolve o conflito entre o direito à vida e os direitos fundamentais das mulheres. O Habeas Corpus 124.306/RJ firmou o entendimento pela inconstitucionalidade dos artigos 124 a 126 do Código Penal que criminalizam o aborto, uma vez que não protege de forma efetiva e proporcional o bem jurídico que busca proteger, qual seja, a vida, além de violar direitos fundamentais das mulheres.

A decisão instrumentalizou o princípio da proporcionalidade para a resolução do aqui existente conflito entre direitos fundamentais, chegando à conclusão de que o aborto até o terceiro mês da gestação não constitui crime. Isso significa que o direito à vida do nascituro passa a ser relativizado, pois restou reiterado na decisão que os direitos fundamentais não são absolutos, isto é, podem ser restringidos por outros direitos fundamentais. Além do direito

²⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

fundamental em si, também integra seu conteúdo as suas restrições²⁶, sendo, portanto, a permissão do aborto até o terceiro trimestre da gestação uma das restrições ao direito à vida.

Assim, os artigos 124 a 126 do Código Penal não protegem de forma eficaz o bem jurídico que visam a proteger. Essas normas não possuem efetividade, razão pela qual, por uma questão de política criminal, o melhor caminho é a descriminalização, que possibilita, como alternativa, a realização do aborto de forma segura e em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode deixar de mencionar que a descriminalização deve vir acompanhada da promoção de políticas públicas que visem tanto à prevenção do aborto, através de campanhas de conscientização, e que no caso de sua realização, garantam que o aborto seja acompanhado por uma equipe especializada de apoio psicológico à gestante, bem como ao acompanhamento médico que for necessário.

Posto isso, no próximo capítulo, buscar-se-á compreender como ocorreu a descriminalização do aborto nos Estados Unidos e na Alemanha, e como tal processo se assemelha ao caso do Brasil.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 392.

2. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS E ALEMANHA

Uma das razões que motivaram o Min. Luís Roberto Barroso a decidir pela descriminalização do aborto foi o fato de que diversas nações desenvolvidas já haviam avançado neste ponto, não havendo motivo para o Brasil, que apresenta uma Constituição Cidadã, dedicada à realização da pessoa humana, se omitir quanto ao aborto.

Assim, neste capítulo, pretende-se examinar o aborto no direito comparado, mais precisamente, nos Estados Unidos e na Alemanha. Foram escolhidos para a análise os processos de legalização do aborto nestes dois países, por conta da sua relevância e proximidade com o que ocorreu no Brasil.

Nos Estados Unidos, a descriminalização ocorreu em 1973 por meio de decisão proferida pela Suprema Corte no caso paradigmático *Roe v. Wade*. A Corte, sem um debate prévio no seio da sociedade norte-americana, reconheceu o direito à interrupção voluntária da gestação até o momento em que a vida do feto se torna viável fora do útero materno, o que alimentou e ainda alimenta muita polêmica.

Já na Alemanha, o Tribunal Constitucional alemão, em 1992, após discussão pública, decidiu que assiste direito ao aborto à mulher grávida que não deseja continuar com a gestação, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Enquanto que nos Estados Unidos o motivo determinante foi o direito à privacidade da mulher, embasado no direito constitucional à liberdade, na Alemanha, a razão que levou à legalização do aborto foi a realização da pessoa humana. Foram, portanto, processos distintos, os quais se desenrolaram de acordo com o ordenamento jurídico constitucional que lhes é particular.

2.1. Estados Unidos

O debate sobre o aborto nos Estados Unidos é extremamente acalorado por conta de dois fatores: o alto grau de religiosidade do país e a presença de um movimento feminista bem

consolidado. Também se pontua a forma como o aborto foi inserido no ordenamento jurídico americano, que se deu mediante uma decisão da Suprema Corte americana, se assemelhando, portanto, ao caso do Brasil.

O caso-paradigma que aflorou a discussão sobre o aborto nos Estados Unidos foi o conhecido *Roe v. Wade*, julgado em 1973 pela Suprema Corte, que entendeu pela inconstitucionalidade de uma lei do estado do Texas, que criminalizava o aborto, tendo sido estendida a eficácia da decisão para que nenhum estado norte-americano pudesse criminalizar o aborto até o quarto mês de gestação, bem como até o sétimo mês, exceto nos casos de risco à saúde da gestante. A razão que determinou a delimitação deste período foi a viabilidade da vida do feto fora do útero materno, já que, em regra, é possível o nascimento prematuro do feto partir do sétimo mês.

Isto instigou os movimentos pró-vida a atuarem de forma mais incisiva em defesa da proibição do aborto, estando ameaçada, desde então, a manutenção da decisão proferida no caso *Roe v. Wade*, já que pressiona pela revogação da decisão pelos novos juízes da Suprema Corte.²⁷

De acordo com Ronald Dworkin,²⁸ o movimento pró-vida americano se divide em duas linhas argumentativas contrárias ao aborto. Uma delas seria a chamada “objeção derivativa do aborto”, entendendo-se que, a partir da concepção, há vida, a qual deve ser protegida, pois o feto tem esse direito. Esta linha de pensamento, portanto, pressupõe a existência de interesses individuais a serem protegidos. A outra corrente foi chamada pelo autor de “objeção independente”, de forma que o argumento se baseia na ideia de que a vida constitui um valor intrínseco sagrado que deve receber a proteção do Estado. Ou seja, não há aqui a atenção para um direito individual do feto, mas sim para a proteção de um valor moral da sociedade.

Assim, a objeção derivativa para Dworkin é a mais irracional, pois entender que o feto tem direito à vida pressupõe que o aborto equivale a um assassinato, o que não é factível.

²⁷ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 9

²⁸ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 32

Além disso, esta objeção anularia a possibilidade de aborto em qualquer circunstância, inclusive da gravidez resultada de um estupro, ou até mesmo no caso de riscos à saúde da mãe, o que, na prática, é aceitável até para os que são contrários ao aborto. Assim, o autor entende que esta objeção é extremamente incoerente, pois pressupõe que o feto possui interesses próprios, quando na verdade é incapaz de ter consciência ou sentir.²⁹

Fato é que a decisão *Roe v. Wade* despertou diversas críticas tanto dos movimentos contrários ao aborto quanto dos juristas americanos simpáticos à legalização do aborto, mas que, no entanto, entenderam que esta decisão foi política e deveria ter sido tomada pelos órgãos legislativos dos estados, composto pelos representantes eleitos democraticamente pelo povo. Quanto à crítica advinda dos grupos pró-vida, esta baseou-se em especial na ideia de que o aborto equivale a um homicídio, motivo pelo qual deve ser tratado como crime, aliando-se à chamada “objeção derivativa”, pois defende que a partir da concepção já existe uma vida.

Contudo, apesar das críticas, é importante investigar os argumentos que levaram a Suprema Corte norte-americana a descriminalizar o aborto. O principal argumento que favoreceu a descriminalização do aborto foi o direito à liberdade da mãe em decidir se deseja ou não ter o filho.³⁰ Entendeu-se que os direitos garantidos pela Constituição, incluindo-se o direito à liberdade, só podem ser limitados por algum motivo muito forte, qualificado como “inexorável”. E, no caso da criminalização do aborto, os estados não teriam um motivo grave e severo capaz de justificar a limitação da liberdade da mulher. Além disso, levou-se em conta que a jurisprudência americana já havia considerado em outros casos a liberdade para se decidir sobre a procriação, com justificativa no direito à intimidade.

Considerou-se também que uma gravidez indesejada pode destruir a vida de uma mulher, no sentido de dificultar a realização do seu projeto de vida, bem como que a adoção não é uma resposta simples para o não-desejo de criar o filho, pois pode se revelar uma alternativa extramente traumática para a mãe. Ponderou-se, ainda, que o aborto ilegal não deixará de ser uma opção para as mulheres, quando as coloca em risco de vida.

²⁹ A sensibilidade apenas surge no final da gestação, quando o cérebro e sistema nervoso já se encontram mais desenvolvidos. DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 24.

³⁰ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 143-144.

A decisão do caso *Roe v. Wade*, para chegar à conclusão pela descriminalização do aborto, precisou analisar se o feto constitui uma pessoa constitucional³¹, tanto no sentido de já ter vida, como no sentido de ter interesses que merecem uma proteção constitucional, já que a constituição americana não esclarece expressamente. Não foi de fato uma questão muito controversa a ser decidida, pois até mesmo os movimentos contra o aborto não insistiam nesta tecla de que o feto é uma pessoa constitucional, tanto por uma questão histórica, pois nunca se entendeu desta forma, como por ser uma teoria inverossímil.

Mas a relevância de se decidir se o feto é uma pessoa constitucional reside na previsão constitucional norte-americana da cláusula de igual proteção, pois então o feto seria merecedor de proteção, em especial da vida, tal como qualquer outro cidadão. A Corte definiu que o feto não é pessoa constitucional, não podendo os estados americanos tratarem de forma diversa. Isto permitiu o afastamento da mencionada objeção derivativa ao aborto, prevalecendo que não sendo o feto pessoa constitucional, inexistiria motivo inexorável para a proibição do aborto.

Também foram combatidas as críticas relativas ao fato de que a decisão no caso *Roe v. Wade* teve cunho político e sofreu influência das opiniões filosóficas dos juízes, no que se refere ao fato de não haver menção ao direito ao aborto na Constituição republicana, bem como por conta da incerteza se esta teria sido a intenção dos constituintes. Na verdade, essa crítica tem fundamento na forma como se entende a Constituição norte-americana. Ela pode ser interpretada como uma Constituição engessada, a chamada “Constituição de detalhes”³², que se atém à vontade do constituinte quando da elaboração da Constituição (originalismo) e o que ela expressamente menciona, ou, pode ser enxergada como uma Constituição com valores de igualdade e liberdade contingentes, a serem interpretados pelos juízes na busca de soluções justas para o caso concreto.

Para Dworkin, é mais adequando compreender a Constituição norte-americana a partir da concepção principiológica, pois a valoração dos princípios apresentados pelo constituinte

³¹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.151.

³² DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.170.

permite a tomada de decisões mais justas.³³ A interpretação dos juízes não pode ser menosprezada, vez que graças a ela inúmeras decisões extremamente relevantes foram tomadas permitindo o avanço de direitos reflexos da igualdade e liberdade, tal como a proibição da segregação racial nas escolas. Além disso, a perspectiva de que a Constituição deve ser interpretada buscando-se a vontade do constituinte originário é sensível ao risco do engessamento de direitos e garantias individuais, impedindo o aprimoramento da proteção constitucional que se mostre adequada às peculiaridades de cada momento histórico.

É claro que sempre haverá espaço para críticas às decisões tomadas pela Suprema Corte nos chamados “casos difíceis”, justamente pelo fato de que a Constituição apresenta cláusulas abertas à interpretação, sendo certo que ela pode ser realizada de diferentes modos, e, assim, apontar para conclusões diferentes. Essa preocupação se reflete de forma clara na cautela da nomeação de juízes, cujas posições filosóficas divergem. A nomeação de um juiz liberal ou conservador pode ser decisiva para a determinação de questões extremamente controversas na sociedade norte-americana.

De todo modo, é legítima a preocupação dos mais conservadores com o invencionismo que porventura possa se desenrolar em virtude da interpretação integrativa dos juízes da Suprema Corte. É possível que uma atuação ativa por parte dos juízes expanda o alcance da Constituição a ponto de ultrapassar os seus limites. Mas restringir a crítica ao fato de que confiar os valores constitucionais à interpretação dos juízes pode colocar em risco o conteúdo original da Constituição não resolve o problema da abertura das cláusulas constitucionais, tampouco o risco da Constituição se tornar ultrapassada. Assim, entende Dworkin que as críticas ao ativismo judicial da Suprema Corte norte-americana com relação ao aborto também devem ser superadas, caindo por terra a afirmação de que os direitos alegados em justificativa à proibição da criminalização do aborto, por não estarem explícitos na Constituição norte-americana, não merecem reconhecimento jurídico.

A lição, contudo, que se extrai da proibição à criminalização do aborto nos Estados Unidos é que foi uma decisão que buscou se adequar aos mandamentos constitucionais e que reafirma o direito à liberdade das mulheres no que se refere aos direitos à intimidade e à reprodução. É um caso que não vai deixar de alimentar controvérsia, enquanto a sociedade

³³ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 172.

norte-americana não chegar a um consenso acerca de concepções, como a vida, o feto e a aplicação da Constituição.

Um desdobramento relevante e que provém da forma como se deu a legalização do aborto nos Estados Unidos é a falta de estabilidade da decisão. Como o aborto foi autorizado pela Suprema Corte, composta por juízes indicados, não foi uma decisão tomada pelos representantes eleitos democraticamente. Isso possibilita que a decisão seja revogada a qualquer tempo, por ocasião de uma mudança na composição da Corte por juízes mais conservadores. Além disso, não houve um debate público prévio à decisão da Suprema Corte, o que acentua a discussão e a cisão entre os grupos pró e contra o aborto.

Outrossim, a forma federativa norte-americana leva a que os estados legislem a fim de restringir o aborto por conta da autonomia legislativa. Embora os estados não possam criminalizar o aborto, podem dificultá-lo e impor condições para a sua realização, o que, de certa forma, pode limitar a eficácia da decisão da Suprema Corte.

De todo modo, pode-se dizer que o caso dos Estados Unidos se aproxima do processo de descriminalização do aborto que se desenrola no Brasil, uma vez que a legalização também foi motivada por um caso concreto julgado pelo tribunal constitucional, não tendo sido oportunizado um debate público capaz de estabelecer um diálogo entre os posicionamentos opostos relativos ao aborto.

Somado a isso, o processo norte-americano demonstra que uma interpretação aberta da Constituição, sem que seja necessário se ater categoricamente ao texto escrito, não pressupõe uma violação dos valores constitucionais; pelo contrário, é uma forma legítima para a sua realização, que, no caso norte-americano, diz respeito, em especial, à liberdade e à igualdade.

2.2. Alemanha

O processo de descriminalização do aborto na Alemanha ocorreu de forma distinta dos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, continua haver um conflito muito claro entre aqueles que defendem o aborto, com base na justificativa da autodeterminação da mulher, e aqueles que lutam pela sua proibição, com suporte na defesa de valores religiosos sobre a vida. Este

debate aparenta ser inconciliável, pois se baseia em concepções opostas acerca do bem da vida e o seu início.

Na Alemanha, o debate é menos explosivo, pois não se volta inteiramente para a discussão sobre o início da vida. Sabe-se que a vida deve ser protegida, inclusive desde a concepção. Mas a discussão se volta para a forma como deve ser essa proteção, ou seja, como pode ser realizada de forma mais bem sucedida.³⁴

Não se pode deixar de lado o contexto histórico alemão. A Segunda Guerra Mundial resultou na divisão da Alemanha em duas: Alemanha Oriental e Alemanha Ocidental. Na Alemanha nazista, o aborto era obrigatório para as mulheres de raças inferiores, mas criminalizado para as mulheres arianas³⁵. Após a Segunda Guerra, a ordem jurídica alemã se voltou para a proteção da dignidade humana, justamente para evitar a repetição das barbaridades do passado, o que contribuiu para o desenvolvimento do debate em torno do aborto.

O processo de descriminalização do aborto na Alemanha teve início a partir da defesa junto ao Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfG), por membros do Parlamento, de que a lei que legalizava o aborto na Alemanha Ocidental padecia de inconstitucionalidade, na medida em que autorizava uma mulher grávida a interromper a gravidez durante o primeiro trimestre da gestação, em violação ao Código Penal alemão. Isso se deu no início da década de setenta, em um contexto em que o movimento feminista surgia na Alemanha e inúmeras mulheres realizavam o aborto de forma ilegal, apesar da proibição penal

O Tribunal Constitucional alemão decidiu, então, que o aborto não condizia com os valores constitucionais e equivaleria a um ato de matar, sendo necessária a criminalização de tal prática, com a finalidade de proteção ao feto. Entendeu, por meio de uma análise de proporcionalidade, que a autorização ao aborto violava a dignidade humana, prevista no artigo 1º (1) da Lei Fundamental e o direito à vida, inscrito no artigo 2º (2) da mesma Lei.

³⁴ FERREE, Marx Myra; GAMSON, William A.; GERHARDS, Jürgen; RUCHT, Dieter. Abortion Talk in Germany and the United States: why rights explanations are wrong. Contexts: Summer 2002, 1,2; Ethnic NewsWatch (ENW). p. 27.

³⁵ FERREE, Marx Myra, GAMSON, William A., GERHARDS, Jürgen, RUCHT, Dieter. Abortion Talk in Germany and the United States: why rights explanations are wrong. Contexts: Summer 2002, 1,2; Ethnic NewsWatch (ENW). p. 27.

Nota-se que o princípio da proporcionalidade foi utilizado para resolver o conflito entre o direito da mulher à autodeterminação e a dignidade humana do feto, chegando à conclusão de que a dignidade humana do feto não pode ser comprometida, conclusão diametralmente oposta à decisão brasileira pela descriminalização do aborto.

É oportuno salientar que a concepção da dignidade humana no direito constitucional alemão se assemelha ao tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A proteção da dignidade humana passou a ser a preocupação dos alemães após o desfecho da Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, a dignidade humana, cujo conteúdo tem como base a autonomia e igualdade, se tornou o valor máximo e fonte de interpretação e fundamentação do direito constitucional, estando prevista na lei fundamental alemã.³⁶

Nos anos 90, a sociedade alemã intensificou o debate (já existente desde a década de 70) acerca da legalização do aborto. De um lado, estavam os liberais, que não negavam a proteção ao feto, contudo, defendiam que esta proteção deve ser definida mediante a participação da mulher grávida. Já os mais conservadores, defendiam que a proteção do feto só será completa mediante a existência da lei penal.

Após a reunificação da Alemanha Oriental e Ocidental, o Tribunal Constitucional teve nova oportunidade para analisar a questão da criminalização do aborto, ocasião em que mudou sua posição, decidindo que a descriminalização do aborto não viola a Constituição, contanto que sejam estabelecidas políticas de acompanhamento das mulheres que desejam abortar.

Em 1992, então, o aborto foi legalizado até o terceiro trimestre de gestação, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Levou-se em conta que a vontade da mãe é essencial para a proteção do feto, ainda que essa vontade seja pela interrupção da gravidez. Em outras palavras, a discussão não se debruçou sobre o início da vida humana, pois isso pode ser compreendido a partir de perspectivas completamente diferentes. Partiu-se do consenso de que o feto tem direito à proteção, mas se abriu espaço para a participação da

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (orgs.). Estudos de direito público e filosofia do direito. Um diálogo entre Brasil e Alemanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 9-16.

gestante.³⁷ A gestante é quem sabe o que é melhor para a proteção do feto, ainda que esta proteção se resuma a interrupção da gestação.

Portanto, a Corte Constitucional alemã decidiu que o governo tem como dever a proteção da vida do feto, o que não significa que ela deve impor à mãe a continuação de uma gestação indesejada. Ponderou-se muito a dificuldade enfrentada pelas mães que não têm condições, sendo legítimo a sua opção por não continuar com a gravidez.³⁸

Neste sentido, a Alemanha buscou refratar o aborto a partir do provimento pelo Estado de condições mínimas para as mães sem condições criarem seus filhos. Ou seja, uma vez oferecidas pelo Estado as condições para a criação dos filhos, eliminando as dificuldades financeiras, as mães estariam incentivadas a não optarem pelo aborto. Enquanto essas condições não sejam oferecidas à todas as mães, o aborto terá legitimidade.

A legislação alemã elaborada após a descriminalização do aborto, em 1995, estabeleceu algumas condições a serem observadas pela gestante que deseja abortar.³⁹ É necessário que a gestante se submeta a um serviço de aconselhamento, o qual tem como objetivo orienta-la para que não ponha fim à gravidez. Após o aconselhamento, prevalecendo a vontade de interromper a gravidez, deverá esperar três dias a fim de consolidar a conscientização desta escolha. Somente após estas duas etapas, a gestante poderá se submeter ao aborto.

Na Alemanha, restou consolidada uma política anti-aborto que evita a imposição de diversas restrições severas ao aborto, mas incentiva a mulher em criar seu filho, com o oferecimento de condições básicas para a criação da criança, tais como auxílio financeiro fornecido pelo Estado para que o casal tenha filhos, seguro de saúde, o pagamento da maternidade, creche gratuita, e diversos outros benefícios. Assim, há um compromisso entre a

³⁷ FERREE, Marx Myra, GAMSON, William A., GERHARDS, Jürgen, RUCHT, Dieter. Abortion Talk in Germany and the United States: why rights explanations are wrong. Contexts: Summer 2002, 1,2; Ethnic NewsWatch (ENW). p. 31

³⁸ FERREE, Marx Myra, GAMSON, William A., GERHARDS, Jürgen, RUCHT, Dieter. Abortion Talk in Germany and the United States: why rights explanations are wrong. Contexts: Summer 2002, 1,2; Ethnic NewsWatch (ENW). p. 33

³⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 19/06/2017.

dignidade do feto e a dignidade da mulher e os direitos correlatos, como autonomia, autodeterminação no caso da mulher.

Nota-se que o ponto de congruência entre a descriminalização do aborto na Alemanha e no Brasil é o princípio da dignidade da humana. Ambas as decisões reuniram argumentos em prol da dignidade humana da mulher, o que se justifica pelo fato de que os dois ordenamentos jurídicos têm como valor e direito constitucional mais notável a dignidade da pessoa humana.

2.3. Conclusão

A legalização do aborto na Alemanha e nos Estados Unidos ocorreu de formas distintas. Enquanto que nos Estados Unidos a gestante que deseja abortar encontrará diversos obstáculos, na Alemanha o procedimento é mais simples, sendo inclusive financiado para as mulheres mais pobres. Quanto ao processo de legalização, nos Estados Unidos discutiu-se, em especial, acerca do direito à intimidade da mulher. Na Alemanha, a discussão se deu com foco na questão da proteção do feto, buscando-se a forma mais adequada para a realização de sua dignidade.

Na Alemanha, o movimento pró-aborto se volta mais para o direito da mulher e a crise existencial diante de uma gravidez indesejada. Nesse contexto, entende-se que o feto merece proteção desde a concepção, sendo que a proteção deve ser dada em conjunto com a mulher, e não contra ela. Nos Estados Unidos, a atenção não é especificamente para o direito das mulheres, mas para direitos individuais, pois as pessoas têm direito de decidir sobre a sua reprodução, com fundamento no direito à intimidade.

Assim, nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu que, no que concerne ao aborto, o direito à privacidade – implícito na Constituição – deve prevalecer sobre o direito à vida do feto. A preocupação foi examinar se cabe ao Estado intervir de forma a limitar o direito à liberdade da mulher.

Já na Alemanha, a Corte Constitucional reconhece que o Estado, com base na dignidade humana, deve proteger e promover a vida do feto, entendendo que o aborto pode

ser uma opção para as mulheres diante de circunstâncias não desejáveis para a criação de um filho, sendo certo que essas circunstâncias cabe à mulher defini-las.

3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: HC 124.306 RIO DE JANEIRO

No final de novembro de 2016, foi publicado o Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso referente ao Habeas Corpus 124.306/RJ⁴⁰, que concedeu de ofício a ordem para deconstituir a prisão preventiva de dois médicos, presos pela tipificação do crime de aborto provocado por terceiro, previsto no artigo 126 do Código Penal. Essa decisão foi motivada por dois fundamentos: (i) a ausência dos requisitos para a prisão cautelar, e (ii) a inconstitucionalidade do crime do aborto nos casos de interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Não é a primeira vez que o STF manifesta o seu entendimento a respeito da realização do aborto. O aborto voluntário já havia sido autorizado pelo Supremo nos casos de fetos anencéfalos.⁴¹ Atualmente, também se pleiteia a descriminalização do aborto nos casos de fetos com microcefalia.⁴² Há que se mencionar, ainda, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴³ ajuizada em março de 2017 perante o STF a fim de que seja declarada a não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição de 1988, sendo certo que, caso seja julgada procedente, terá efeito vinculante, *erga omnes* e, a princípio, *ex tunc*.

De qualquer forma, a descriminalização do aborto, decidida no HC 124.306/RJ, foi o primeiro passo para a descriminalização do aborto em qualquer hipótese até o terceiro mês, não se podendo negar a sua relevância. Assim, neste capítulo, pretende-se analisar a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

3.1. Da decisão

Embora a ausência dos requisitos que legitimam a prisão cautelar (risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal) tenha sido um dos motivos para a concessão da ordem do habeas corpus, o foco da descrição da decisão será

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2016.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581/DF - Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF - Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber.

especialmente reservado para a argumentação que levou à legalização do aborto no caso de interrupção voluntária até o terceiro mês de gestação.

De início, é relevante ressaltar que o controle de constitucionalidade foi do tipo concreto e incidental, mas concentrado. Isto significa que os efeitos desta decisão são *inter partes*, o que ainda não autoriza que o aborto seja deliberadamente realizado nas circunstâncias delimitadas na decisão, mas, ainda assim, já é um passo adiante para a descriminalização.

Extrai-se da decisão que não foi reconhecida a não-recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, pois foi conferida a técnica decisória de interpretação conforme a Constituição. De acordo com essa técnica, o intérprete busca a interpretação que mais se adapta aos preceitos constitucionais, dentre as várias interpretações possíveis. Dessa forma, o efeito dessa técnica decisória é declaração de constitucionalidade de uma interpretação. Como nesse caso se tratam de normas pré-constitucionais, pois o Código Penal data de 1940, o mais adequado é dizer que a interpretação recepcionada pela Constituição de 1988 dos artigos 124 e 126 do Código Penal é aquela que exclui a incidência dessas normas nos casos do aborto perpetrado durante o primeiro trimestre.

Dentre os motivos que justificam a prevalência de tal interpretação constitucional, o Min. Luís Roberto Barroso ressaltou que a criminalização do aborto nos três primeiros meses da gestação viola o princípio da proporcionalidade, bem como os direitos fundamentais da mulher. Além disso, reconheceu o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres e o fato de que os países democráticos e desenvolvidos permitem a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre.

A argumentação se construiu com base no raciocínio de que para algo ser considerado crime, deve reunir três requisitos, quais sejam: (i) a proteção de um bem jurídico relevante, (ii) que a conduta não esteja justificada no exercício de um direito fundamental, e (iii) que exista proporcionalidade entre a conduta e a sanção penal, estando ausentes, portanto, os dois últimos requisitos.

A decisão faz ponderações acerca da controvérsia a respeito do início da vida, na medida em que não nega que existem posições extremamente opostas, as quais vão se basear em escolhas religiosas ou filosóficas de cada indivíduo. Contudo, embora isso seja inconciliável, é de conhecimento geral que o feto até o terceiro mês não tem como sobreviver fora do útero materno.

Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que a escolha pelo aborto já pressupõe uma experiência desagradável para a mulher, sendo, então, desnecessário que o Estado também a puna criminalmente, o que ultrapassa os limites da dignidade humana. E, uma vez descriminalizado o aborto para as mulheres grávidas até o terceiro mês, não há razão para se manter o crime de aborto praticado por terceiros.

Quanto aos direitos fundamentais da mulher violados pela criminalização do aborto antes do terceiro mês de gestação, a decisão elencou a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos, e a igualdade de gênero, além da desigualdade social que torna o aborto uma experiência mais traumática e perigosa para mulheres pobres. Certo é que os direitos fundamentais da mulher violados por conta da proibição do aborto até o primeiro trimestre possuem ligação profunda com a dignidade humana, o que também foi ressaltado na decisão.

3.2. Dos direitos fundamentais das mulheres

Embora já tenham sido tratados no Capítulo 1 deste trabalho, não se pode deixar de mencionar a razão pela qual a decisão entendeu que os direitos fundamentais da mulher sofrem violação com a criminalização do aborto. No que respeita à autonomia da mulher, foi lembrado que a mulher, também por conta do direito à liberdade, deve poder tomar suas próprias decisões individuais no que diz respeito ao seu corpo e à sua existência, sem que haja intervenção do Estado.

Relativamente ao direito à integridade física e psíquica, foi lembrado que o aborto realizado fora do manto da legalidade pode colocar em risco a saúde da mulher e causar danos irreversíveis ao seu corpo. Há também a questão da proteção psíquica das mulheres grávidas, pois a frustração de uma gravidez indesejada é capaz de desequilibrar seu psicológico, assim

como qualquer situação imposta a alguém contra a sua vontade. No caso de uma gravidez, isto toma outras proporções, já que lida com a responsabilidade sobre a existência de outrem, bem como muda completamente a vida da mulher.

Em relação aos direitos sexuais e reprodutivos, o Ministro Luís Roberto Barroso lembrou que a criminalização do aborto impede o pleno exercício da liberdade sexual pelas mulheres. Coagir a mulher a exercer a maternidade, ainda que seja apenas durante a fase gestacional, viola igualmente seus direitos reprodutivos, os quais foram reconhecidos pela Conferência de Cairo.

E, por fim, no que tange à igualdade de gênero, aduz a decisão que o ônus da gravidez recai inteiramente à mulher, sendo por isso que deve ser dado a ela o direito a não continuar com a gestação, já que o homem não pode engravidar e nunca terá que decidir sobre esta questão. Por conta disso, constranger a mulher a manter uma gestação é mais uma medida que coloca a mulher em patamar de desigualdade em relação ao homem.

Dentre as mulheres afetadas, a decisão realçou a vulnerabilidade das mulheres pobres que abortam, pois estão mais propensas a realizar o aborto em condições que colocam em risco sua integridade física, ou até mesmo sua vida.

3.3. Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem como objetivo adequar as restrições aos direitos fundamentais, do mesmo modo que deve impedir uma proteção insuficiente. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a criminalização do aborto, além de violar os direitos fundamentais das mulheres, também viola o princípio da proporcionalidade, pois não atende de forma suficiente seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à adequação, a análise feita foi em relação à proteção da vida do feto. A criminalização do aborto só restaria adequada, caso a vida do feto estivesse sendo efetivamente protegida. Contudo, mostra a decisão que as taxas de abortos realizados nos países que criminalizam a prática e nos países que a legalizaram são muito próximas, sendo até maior nos países em que o aborto é crime. Assim, não há como dizer que a criminalização

do aborto de fato protege a vida do feto, já que o aborto acontece substancialmente, independentemente da criminalização.

A tutela penal do aborto também não condiz com o subprincípio da necessidade, por meio do qual é aferido se existem outros meios eficazes para impedir o aborto, que sejam menos lesivos, mas que também visem a proteção da vida do feto. De fato, a decisão apontou que existem outros meios menos lesivos aos direitos fundamentais das mulheres, dentre os quais estão: a descriminalização do aborto no estágio inicial, procedimentos de aconselhamento à gestante que deseja abortar, assim como investimento em políticas de planejamento familiar.

Por fim, no que concerne ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o teste consistiu em verificar se a tutela da lei penal compensa a restrição aos direitos fundamentais das mulheres, tendo sido constatado que o aborto acontece independentemente da criminalização. Portanto, a violação aos direitos fundamentais das mulheres é desmedida.

Uma forma de conciliar a proteção do feto e a restrição mínima dos direitos fundamentais das mulheres é a descriminalização até o terceiro mês da gestação, já que a lei penal protege de forma insuficiente, bem como tendo em vista que o feto nesta etapa não teria capacidade de sobreviver fora do útero materno.

3.4. Da influência do direito comparado

Sem sombra de dúvidas, a descriminalização do aborto no Brasil teve influência da legalização ocorrida em outros países, como a própria decisão faz menção aos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. Ressaltou-se que o aborto não é criminalizado nos países que são desenvolvidos e possuem uma democracia consolidada.

Com a redemocratização do Brasil no final dos anos 80, houve o fortalecimento da sociedade civil, que teve sua atuação ampliada para a reivindicação de direitos. O movimento feminista ganhou mais espaço e foi o propulsor da defesa do aborto, mas em contrapartida

motivou uma reação contrária da Igreja Católica⁴⁴. No Legislativo, não foi possível avançar na questão do aborto, por conta da bancada evangélica apoiada pelo posicionamento contrário da Igreja Católica. Assim, o espaço fértil para o avanço da discussão sobre o aborto no Brasil foi o Supremo Tribunal Federal, motivado pelo fortalecimento dos movimentos feministas.

Em relação aos Estados Unidos e a Alemanha, a forma como o aborto está sendo descriminalizado no Brasil possui semelhança em alguns pontos com o processo que se desenrolou naqueles dois países. No Brasil, Estados Unidos e Alemanha, a decisão partiu de um órgão do Judiciário que realiza controle de constitucionalidade das leis.

Tanto nos Estados Unidos como no Brasil, não houve um debate público prévio. Também se observa que, em ambos os países, os intérpretes ampliaram o alcance da Constituição para verificar que a criminalização do aborto viola direitos, que não necessariamente estão expressos na Constituição, por exemplo, direitos reprodutivos nos Estados Unidos e os direitos fundamentais das mulheres no Brasil. Além disso, Brasil e Estados Unidos são países muito religiosos, o que não impediu a descriminalização, mas alimenta muita controvérsia sobre o tema, inclusive a existência de projetos de lei contrários ao aborto.

Já em relação à Alemanha, o fundamento que embasou a descriminalização foi a dignidade humana, assim como no Brasil. Os dois ordenamentos jurídicos têm como princípio norteador a dignidade humana, tendo o Brasil sofrido influência do direito constitucional alemão.

3.5. Da questão constitucional brasileira

A decisão proferida pela 1ª Turma no HC 124.306/RJ, que acompanhou o Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso, não teria sido possível se não fosse uma leitura contemporânea do direito constitucional brasileiro, também chamado de neoconstitucionalismo.⁴⁵ Essa vertente privilegia uma interpretação constitucional que tem

⁴⁴ ROCHA, Maria Isabel Baltar. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. R. bras. Est. Pop. São Paulo, v. 23, n.2, p. 369-374, jul./dez. 2006.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

como objetivo realizar na maior medida possível os valores constitucionais e direitos fundamentais, vetores da dignidade da pessoa humana, estejam eles explícitos na Constituição Federal ou não.

O neoconstitucionalismo privilegia a materialização da Constituição, que significa que há um compromisso constitucional com valores éticos e morais, além da auto-aplicação de direitos fundamentais. Além disso, esta linha constitucional perfilha a concepção de superação da supremacia do Parlamento.⁴⁶ O que é dotado de supremacia é a Constituição, a qual engloba concepções morais e éticas, que conseqüentemente garante aos juízes maior poder, sobretudo para decidir os chamados “casos difíceis”, como o aborto.

Dessa forma, é dado ao intérprete a alternativa de fazer uso de valores éticos e morais para alcançar a decisão mais justa ao caso concreto, sendo aquela que mais se coadune com a dignidade da pessoa humana. Não há, portanto, um apego à norma escrita. Esta concepção da Constituição permite que o intérprete se preocupe em atingir um resultado justo, vinculado aos valores constitucionais.

Como a própria decisão antecipa, antes da análise dos direitos fundamentais das mulheres, os direitos fundamentais, de acordo com esta visão: (i) vinculam os poderes estatais, (ii) aproximam o ordenamento jurídico do sistema moral, (iii) devem garantir uma reserva mínima de justiça, (iv) impõem um dever de abstenção e atuação do Estado, (v) realizam a dignidade humana, (vi) limitam o poder constituinte de reforma, e (vii) possuem aplicabilidade direta e imediata.

A abertura do ordenamento ao sistema moral é que permite que direitos fundamentais implícitos sejam reconhecidos por conta de uma vinculação moral. Isto é passível de críticas, pois a moral pertence a um campo subjetivo de interpretação, o qual pode se atrelar a questões religiosas e filosóficas que variam de pessoa para pessoa.

Contudo, é possível a construção de uma decisão coerente que proteja direitos fundamentais, ainda que isto restrinja outros. O que se quer dizer é que uma argumentação jurídica baseada na ponderação de direitos e princípios extraídos implicitamente da

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

Constituição tem legitimidade, mesmo que esteja suscetível de sofrer influência dos valores morais e filosóficas do julgador.

Dessa maneira, caso o entendimento do STF fosse por uma leitura restrita da Constituição, a legalização do aborto não teria ocorrido nestes termos, ainda mais por se tratar de uma análise constitucional do aborto de forma incidental, a partir de um caso concreto. Assim, uma eventual mudança no tratamento jurídico do aborto dificilmente teria partido do Poder Legislativo, já que sofre muita influência de grupos conservadores e religiosos.

A título de exemplo, tramita atualmente no Senado Federal uma Proposta de Emenda à Constituição,⁴⁷ cujo objetivo é alterar o tratamento jurídico dado ao feto, já que teria o seu direito à vida reconhecido a partir do momento da fecundação. A proposta consiste em inserir no art. 5º da Constituição Federal a explicitação inequívoca da inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. Como se vê, uma eventual aprovação desta PEC anularia todo o avanço da descriminalização do aborto no STF, pois os efeitos da decisão aqui debatida não vinculam o Poder Legislativo. Portanto, assim como nos Estados Unidos, a decisão que contribuiu para a descriminalização do aborto no Brasil se submete à instabilidade.

De outro ponto de vista, discute-se se o STF possui legitimidade democrática para descriminalizar o aborto, pois se pode entender que isto seria de deliberação exclusiva do Poder Legislativo, o qual possui como função típica legislar. Alega-se, portanto, que o STF exerceu ativismo judicial, sendo que a doutrina diverge acerca deste tema, que pode ser entendido como algo necessário ou algo que extrapola a função do Judiciário.

Posto isso, no próximo capítulo, buscar-se-á compreender o que se entende por ativismo judicial, bem como se a descriminalização do aborto pelo STF se enquadra nesse termo.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Proposta de Emenda Constitucional nº 29, de 2015. Altera a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. In: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em 05/06/2017

4. DO ATIVISMO JUDICIAL

Para uma reflexão acerca do ativismo judicial na decisão da 1ª Turma do STF no HC 124.306, que concedeu a ordem de ofício por conta do entendimento de que os artigos 124 e 126 do Código Penal não foram recepcionados pela Constituição de 1988, é necessário delimitar o que se entende por ativismo judicial pela doutrina. Como isso se verifica com um maior relevo nos chamados “casos difíceis”, os quais afetam em especial direitos e garantias fundamentais, a repercussão dessas decisões, que possuem a pretensão de avançar, é sempre muito discutida, o que facilita o estudo.

O ativismo judicial está relacionado a uma atuação do Poder Judiciário que desafia os limites impostos às suas atribuições. Pode ser verificado nos casos em que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, decide sobre questões morais ou políticas e estabelece novos parâmetros para a sua análise. Uma das principais razões que justificam o ativismo judicial é a promoção de direitos fundamentais.⁴⁸

Segundo o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo representa uma atuação expansiva dos juízes sobre os sujeitos democráticos, ao controlar seus atos, suprimir omissões, impor obrigações, anular suas decisões, ou substituir seu espaço.⁴⁹ Além disso, ele se evidencia com mais clareza nos casos difíceis, que concentram discussões morais e atraem a discussão da sociedade, como no caso da descriminalização do aborto.

O autor Ingo Sarlet também atenta para o fenômeno do ativismo judicial, ao ressaltar que:

“(...) convém pelo menos atentar para o assim chamado fenômeno da "judicialização da política" ou do "ativismo judicial" (por mais que se possa discutir a respeito da correção dos termos e sobre o quanto são adequadamente utilizados no Brasil), para que se verifique o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a **ampla intervenção do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa e em relação**

⁴⁸ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. Revista do Programa do Mestrado em Direito UniBrasil, Direitos Fundamentais e Democracia. v. 2 (2007). p. x. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/74/73>>

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no STF e nas Cortes estrangeiras. Disponível em: <https://www.academia.edu/12379284/O_ativismo_judicial_contempor%C3%A2neo_no_STF_e_nas_Cortes_estrangeiras> Acesso em 20/03/2017.

aos atos (e omissões) do Poder Executivo. (...) os limites funcionais aparentemente se revelam cada vez mais fluidos e relativos, o que se percebe com particular ênfase no Brasil pós-1988, à vista do número de casos que foram levados ao STF e que, segundo muitos, **indicam uma crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera reservada aos demais poderes.**⁵⁰ (grifo nosso)

O que se discute é se esta atuação se reveste de legitimidade, diante das omissões dos outros Poderes institucionais, ou se esta atuação é uma afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes, o qual tem como pressuposto o equilíbrio entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que é prejudicial à democracia, pois um deles concentra mais poder que os demais.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial, de origem norte-americana, se conjectura a partir de uma atividade abrangente do Poder Judiciário, a qual busca efetivar valores e mandamentos constitucionais, de modo que acaba penetrando as esferas de atividade dos Poderes Legislativo e Executivo.⁵¹ Nesse raciocínio, os preceitos que orientam o juízo de verificação da compatibilidade de uma norma à Constituição são flexibilizados. É, portanto, o oposto da auto-contenção judicial, considerando que esta postura tende a confiar às esferas políticas a apreciação das omissões e controvérsias constitucionais.

A causa que oportuniza essa atuação expansiva por parte do Judiciário é a crise dos poderes institucionais. A não-confiança da sociedade nos Poderes Executivo e Legislativo acaba por proporcionar ao Judiciário um espaço seguro para enfrentar as questões controversas com maior flexibilidade. A instabilidade presente nos outros dois poderes não só abre espaço para que o Judiciário decida questões sobre suas respectivas atribuições, como também o obriga a se posicionar, já que, usualmente, é o poder institucionalmente sólido. Seria uma necessidade de ação do Judiciário diante de um não-fazer do Poder Legislativo.

Além da crise dos poderes institucionais, o ativismo judicial é produzido, pois a Constituição brasileira, assim como a norte-americana, possui cláusulas abertas e conceitos abstratos,⁵² o que leva à necessidade de o julgador fazer uma interpretação integrativa. O

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 237.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

⁵² PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. Revista do Programa do Mestrado em Direito UniBrasil, Direitos Fundamentais e Democracia.

mesmo raciocínio se aplica às omissões, mas no caso de uma omissão, o julgador pode adotar uma posição não-concretista, ou seja, pode optar por apenas notificar o Poder Legislativo de que há uma omissão prejudicial ao exercício de direitos. Quanto aos conceitos abertos, não cabe ao juiz ignorá-los, mas, sim, buscar um significado que atenda sistematicamente ao que dispõe o ordenamento.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial pode ser conceituado como:

“O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.”⁵³

Não podemos negar a existência do ativismo judicial no Brasil, mesmo porque o ativismo é uma característica dos países que adotam um controle de constitucionalidade concentrado. Em outras palavras, verifica-se nos países em que há um órgão cuja finalidade é interpretar e dar a palavra final sobre a Constituição.

Consoante o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, os riscos da atividade expansiva do Poder Judiciário não são capazes de objetar o progresso resultante desta atuação. Dessa forma, ainda que se possa enxergar um risco à democracia, pois se trabalha com a premissa de que em ocasiões pontuais um Poder se destaca diante dos outros, é certo que o ativismo judicial pode viabilizar avanços que a sociedade necessita.

As três objeções identificadas pelo Min. Barroso consistem nos riscos à legitimidade democrática, de politização da justiça e ao limite institucional do Judiciário. Uma vez superadas essas críticas, ficam mais evidentes os contornos do ativismo judicial.

A legitimidade democrática se verifica quando as decisões políticas são tomadas pelos representantes eleitos pelo povo. Por isso, pode-se alegar que quando o Judiciário assume essa

v. 2 (2007). p. x. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/74/73>
Acesso em 12/05/2017.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <
<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 12/05/2017

tomada de decisão, que estaria no campo de atuação do Legislativo, estaria colocando em risco a legitimidade democrática. Entretanto, não podemos esquecer que os julgadores estão vinculados à Constituição e aos valores e princípios que ela emana. O Judiciário está vinculado ao que os representantes do povo anteriormente legislaram. Não há, portanto, discricionariedade na tomada de decisões. As decisões, em que se pode verificar o ativismo do juiz, devem estar devidamente fundamentadas em normas ou princípios constitucionais. Do contrário, poderia se falar em violação da legitimidade democrática.

Cabe ressaltar que a democracia se fundamenta nas deliberações da maioria. Contudo, isso deve ser encarado com cautela, uma vez que a vontade da maioria pode acabar prejudicando os direitos das minorias. Por isso, é importante que não se confie cegamente na vontade da maioria, sendo certo que o Poder Judiciário pode e deve restringir essa vontade para que se ajuste também aos interesses da minoria.

Quanto ao risco da politização da justiça, o Min. Barroso entende que a justiça e o direito sofrem influências da política e isto não pode ser evitado. O direito não pode ser neutro à realidade, o que implica uma influência política, assim como o julgador não é neutro e está contaminado por suas vivências. O que deve ser reprimido é a discricionariedade política em uma decisão judicial. Como já foi dito, o julgador está vinculado às normas constitucionais. Assim, a politização viável é aquela que se restringe aos limites constitucionais.

Nesse sentido, o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁵⁴ aponta que as Cortes ativistas atuam como centros políticos, sem deixar de lado a função judicial. Além disso, ressalta que o ativismo judicial está condicionado ao contexto em que acontece – tempo e espaço, fatores que podem extrapolar as circunstâncias previstas pelo ordenamento legal.

Em relação ao risco do limite institucional do Judiciário, verifica-se que ele pode ser justificado pela própria natureza do ativismo judicial. Isso porque o ativismo pressupõe a superação do limite institucional do Judiciário, na medida em que consiste em uma atuação expansiva ao campo de atuação dos outros poderes. É, portanto, um risco real, mas que, não

⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no STF e nas Cortes estrangeiras. Disponível em: <https://www.academia.edu/12379284/O_ativismo_judicial_contempor%C3%A2neo_no_STF_e_nas_Cortes_estrangeiras> Acesso em 20/03/2017

há mal em repetir, se encontra limitado pelos valores e princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, os princípios republicano, federativo e do Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial é resultado do constitucionalismo contemporâneo, o qual preconiza que os princípios devem ser encarados como valores objetos de ponderação. Esta leitura dada aos princípios permite uma “atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução ao caso concreto”⁵⁵, com a finalidade de realizar a justiça. Nesta seara, o constitucionalismo contemporâneo encara o direito como uma prática jurídica, a qual acaba sendo confiada à atividade dos juízes.⁵⁶

Robert Alexy e Ronald Dworkin são dois autores que defendem o ativismo judicial como algo necessário diante da violação ou de uma proteção insuficiente de direitos fundamentais.⁵⁷ Isso se explica pelo fato de ambos defenderem uma interpretação principiológica da Constituição. Enquanto Dworkin enfatiza a construção da decisão mais adequada a cada caso concreto, Alexy trabalha o modelo de ponderação dos princípios. É inegável a influência do estudo desses dois autores na prática constitucional brasileira, pois suas obras são lembradas com frequência pelos julgadores, em especial a "Teoria dos Direitos Fundamentais", de Robert Alexy e "O império do direito" de Ronald Dworkin.

Por outro lado, além dos autores que entendem pela necessidade dessa postura ativa do Supremo, na medida em que a Constituição Federal de 1988 possibilita a expansão do seu alcance para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, há, entretanto, outra parte da doutrina que entende que a argumentação jurídica deve se ater aos limites explícitos na Constituição.

A teoria crítica alerta que uma postura ativa do STF, com fundamento na concretização de valores e princípios fundamentais, pode resultar na tomada de decisões que

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, p. 232, 2013.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁵⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. Revista do Programa do Mestrado em Direito UniBrasil, Direitos Fundamentais e Democracia. v. 2 (2007). Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/74/73> Acesso em 12/05/2017.

se distanciam do ordenamento jurídico positivado, ocasionando em inovações jurídicas ou, até mesmo, na alteração do fundamento de uma norma.⁵⁸ Esse posicionamento crítico vai além do que se entende por ativismo judicial, pois ataca o neoconstitucionalismo em sua essência.

De acordo com o Lênio Streck, o constitucionalismo contemporâneo, a partir da vinculação entre moral e direito, fornece subsídio para o que se denomina de “fábrica” de princípios,⁵⁹ os quais, justificados em valores e ideais de justiça, mas até então inexistentes no ordenamento jurídico, podem servir de embasamento para decisões discricionárias.

Nesse raciocínio, poderia se arguir, por exemplo, que o princípio da proporcionalidade e a ponderação alexyana, utilizada para se chegar à decisão mais justa ao caso concreto, não é algo que confere certeza jurídica, pois pode ter como pano de fundo posicionamentos morais e filosóficos dos Juízes, o que não se reveste de legitimidade. Pode, portanto, ocorrer a violação e o descumprimento de alguns princípios em detrimento de outros, na medida em que existe um espaço conferido ao julgador para que ele atue optando pela aplicação de um princípio em detrimento de outro, de acordo com a sua discricionariedade.⁶⁰

Assim, a preocupação que se evidencia é a de que, ainda que existam boas intenções, uma decisão que se revela justa por conta de uma interpretação jurídica sem embasamento no direito posto ou que contraria diretamente a finalidade de uma norma, não necessariamente significa que ela seja legítima. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

Em suma, bem mais do que no modelo principialista e argumentativo - **que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição** -, o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva - e não discricionária - da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. **Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidez por violação à Constituição, anulando-as do âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária;** em ambos os casos,

⁵⁸ Lênio Streck é um dos autores que defende a teoria crítica em sua obra *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45-46.

intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política.⁶¹ (grifo nosso)

Desse modo, a atividade criativa dos juízes também pode ser vista como algo que deslegitima a sua atuação e enfraquece o poder normativo da Constituição. Nesse sentido, defende-se que o julgador deve se ater à declaração da inconstitucionalidade das normas, sem avançar no campo de atuação do Legislativo.

4.1. Do ativismo no HC 124.306

A descriminalização do aborto nos termos do Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso no HC 124.306 apresenta claras marcas do que se entende por ativismo judicial. O aborto é um dilema que envolve um discurso moral e religioso muito forte. Qualquer decisão que seja tomada a respeito do *status* jurídico do aborto irá desagradar algum grupo. Vê-se que estamos diante de uma questão moral extremamente controversa, sobre a qual o Judiciário estabeleceu novos parâmetros para a sua análise.

Além disso, ressalta-se que a decisão teve como justificativa a promoção de direitos fundamentais, quais sejam os direitos sexuais e reprodutivos, direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade (direitos fundamentais da mulher). A atuação expansiva do STF, portanto, se ateve à justificativa de defesa de direitos fundamentais, como usualmente ocorre em decisões legítimas marcadas pelo ativismo judicial.

Da mesma forma, verifica-se que houve uma flexibilização na aferição de compatibilidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal com a Constituição. Isso porque foram utilizados princípios implícitos na Constituição para afastar a compatibilidade. A Constituição Federal possui cláusulas abertas, o que permite ao julgador se basear em princípios que não estejam explícitos no texto constitucional, mas que refletem os objetivos e fins constitucionais.

Salienta-se, contudo, que a questão constitucional foi levantada pelo próprio julgador. A demanda não envolvia a discussão em tese das normas contidas nos artigos 124 e 126 do

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Código Penal. O pedido se resumia à concessão de alvará de soltura de dois médicos que efetuaram um aborto. A jurisdição é inerte, entretanto, o julgador, em especial o que compõe o STF, não pode quedar-se inerte diante de uma norma que entende ser constitucional.

O STF é o guardião da Constituição. Por isso, não pode ficar limitado à manifestação quando provocado. Pode e deve se manifestar caso esteja diante de uma norma constitucional. Nesse sentido, o Min. Barroso, de ofício, concedeu a ordem aos médicos com fundamento na não-recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal.

Outro ponto que merece comentário é o fato de que a decisão limitou a descriminalização do aborto até o terceiro mês da gestação. Essa limitação temporal implica que, após o primeiro trimestre da gestação, a prática do aborto ainda constitui crime nos termos dos artigos 124 e 126 do Código Penal, ou seja, as normas desses artigos não foram totalmente afastadas. O que ocorreu foi a inclusão de um elemento temporal a ser avaliado no momento da análise do caso concreto.

Mas o que aqui interessa é a determinação deste período temporal específico. Não ficam claros na decisão os motivos que levaram à delimitação deste período de três meses. Poderiam ser três meses, quatro ou sete. O que se questiona é o motivo que limita a proteção dos direitos fundamentais das mulheres e a dignidade da pessoa humana até os três meses de gestação. O fundamento apresentado para a escolha do primeiro trimestre se resumiu ao fato de que diversos países desenvolvidos no mundo adotam este marco temporal.

Como visto anteriormente, uma das características do ativismo judicial consiste em uma atuação do Poder Judiciário que anula a deliberação do Legislativo ou substitui seu espaço. Pode-se dizer que, no HC 124.306, essas duas práticas foram verificadas. A decisão judicial, aqui discutida, invalidou a incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal até o terceiro trimestre de gestação, bem como substituiu o espaço do legislador, ao determinar o limite temporal de três meses para a realização do aborto, quando poderiam ser quatro, cinco, ou até sete meses.

De fato, a descriminalização do aborto talvez fosse melhor compreendida caso tivesse partido do Poder Legislativo. Contudo, não se pode negar que o as Casas Legislativas vêm

passando por uma crise de representatividade. Em pesquisa realizada nos meses de fevereiro a março de 2016 pelo PROTESTE Associação de Consumidores, maior entidade de defesa do consumidor da América Latina, concluiu-se que, dentre dezoito instituições analisadas, o Senado Federal é a instituição que os brasileiros menos confiam.⁶² Em relação às Assembleias Legislativas, o resultado não foi diferente. Essas ocupam o penúltimo lugar em conjunto com os sindicatos.

A crise das instituições, como visto anteriormente, é uma das causas que influenciam o ativismo judicial, pois proporciona terreno fértil para que o Poder Judiciário decida as questões mais controversas com o apoio da sociedade. Além disso, não seria precipitado concluir que talvez a descriminalização do aborto nunca ocorreria por meio de deliberação do Poder Legislativo, pois tende, em regra, a assumir posições conservadoras devido à sua própria composição atual.

Assim, pode-se concluir que a descriminalização do aborto, operada no Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso, reúne elementos caracterizadores do ativismo judicial. Isso não significa que o Judiciário tenha atuado em desrespeito às instâncias legislativas ordinárias. A atividade expansiva do Poder Judiciário é capaz de alcançar uma evolução em questões controversas, que talvez por meio do processo legislativo fossem inatingíveis.

Ademais, os riscos dessa prática à instabilidade das instituições democráticas se mostram desprezíveis em relação ao ganho para a sociedade, com a descriminalização do aborto. Como bem apontado na decisão aqui discutida, o aborto, embora criminalizado, é uma realidade, sendo certo que o propósito da norma não vem atingindo a sua finalidade. Muitas mulheres, sobretudo, as pobres, colocam suas vidas em risco, ao tentarem abortar de forma insegura. Não é razoável, portanto, que o julgador se mantenha inerte diante dessa notória e injusta realidade, por motivo de um improvável risco à estabilidade dos Poderes institucionais.

⁶² PROTESTE – Associação de Consumidores: Brasileiros desconhecem muitas das instituições e não confiam nelas. 26 set 2016. Disponível em: < <https://www.proteste.org.br/institucional/imprensa/press-release/2016/brasileiros-desconhecem-muitas-das-instituicoes-e-nao-confiam-nelas> > Acesso em: 30/05/2017

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, tentou-se demonstrar que o aborto não é uma questão sobre a qual se pode chegar a um consenso de forma espontânea. Envolve dois posicionamentos radicalmente opostos, sendo que nenhum deles é menos legítimo do que o outro. As duas posições em conflito – pró-aborto e pró-vida –, embora compreendam o assunto por pontos de vista diferentes, influenciados por questões morais e éticas, encontram-se harmonizadas em seu fim último: a realização da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a situação jurídica conferida ao aborto pela legislação brasileira, anterior à Constituição de 1988, que coincide com aqueles que se opõem ao aborto, é inepta para atingir os fins, a que almeja. A criminalização do aborto, além de não impedir as mulheres de abortarem, coloca-as em estados psicológicos e físicos degradantes, sendo, ainda, um fator que coloca em risco a vida dessas mulheres.

Se a lei imposta não oferece a resposta adequada às questões sociais, é necessário a sua modificação para se adaptar aos parâmetros constitucionais. Como o Poder Legislativo se mantém inerte e não atrai a confiança da sociedade, abre-se espaço para que o Poder Judiciário forneça a resposta mais justa e adequada no que tange ao aborto.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso no HC 124.306, embora tenha inovado juridicamente, ultrapassando os limites instituídos ao Poder Judiciário, amoldando-se ao que se denomina como “ativismo judicial”, foi um primeiro passo para a compatibilidade entre as normas proibitivas do aborto e a Constituição de 1988.

Para uma exata compreensão do que rodeia a descriminalização do aborto, foi realizada uma análise dos direitos fundamentais em contraposição. Desse modo, buscou-se demonstrar que aqueles que contestam a legalização do aborto, assim o fazem pois entendem que o direito à vida é um valor central e supremo.⁶³ Entretanto, sem negar a importância do direito à vida, avaliou-se que o direito à vida não é, por si só, capaz de se sobrepor aos demais direitos fundamentais. Isto foi superado, por conta do entendimento de que os direitos

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 248.

fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos entre si, por efeito da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos direitos fundamentais, que embasam o movimento pró-aborto, foram apontados os direitos fundamentais das mulheres, consistentes nos direitos sexuais e reprodutivos, direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade. Embora implícitos no Texto Constitucional, revelam-se concretizadores da dignidade humana e, por isso, podem e devem ser valorados pelo intérprete.

Assim, mostrou-se que as mulheres têm direito a realizar livremente e sem a intervenção do Estado suas escolhas reprodutivas, o que inclui o exercício da maternidade. Outrossim, a autonomia das mulheres deve ser preservada e incentivada no que diz respeito às suas escolhas existenciais, em especial, o planejamento familiar. Também merece ressalva o fato de que a gravidez resulta em diversas alterações corporais e psicológicas, podendo ser, na maioria das vezes, um ônus, que certamente terá sua gravidade elevada na hipótese de uma gravidez indesejada.

Não se pode esquecer que a criminalização do aborto acentua a desigualdade da mulher em relação ao homem, pois ao homem não há imposição legal que lhe impeça de se esquivar dos seus deveres como pai. Embora as mulheres grávidas possam deixar de assumir o exercício da maternidade, colocando o recém-nascido para adoção, isto não lhe confere *status* de igualdade em relação ao direito reprodutivo dos homens, pois ainda precisam se submeter a mudanças físicas e hormonais da gravidez. Assim, a legalização do aborto, ainda que de forma parcial até o terceiro mês, é um avanço para equiparar homens e mulheres.

Foi analisado, ainda, o princípio da proporcionalidade, o qual preceitua moderação nas restrições legais. Nesse sentido, foi visto que os direitos fundamentais devem ser preservados de restrições excessivas, do mesmo modo que devem receber uma proteção adequada do legislador. Além disso, tal princípio se presta a fazer um sopesamento, no caso concreto, da compatibilidade de uma norma diante da Constituição Federal.

No que diz respeito à descriminalização do aborto, o princípio da proporcionalidade auxilia na verificação dos artigos 124 e 126 do Código Penal quanto à adequação da proteção

do direito à vida do embrião, a necessidade da existência de tal norma, além da proporcionalidade em sentido estrito, ocasião em que se verifica se há uma proporção entre os meios e fins pretendidos. Com isso, foi possível concluir que essas normas penais são ineficazes diante do fim que almejam (proteção do feto) e violam diversos direitos fundamentais das mulheres.

Após a análise dos direitos fundamentais envolvidos na questão do aborto, entendeu-se pela necessidade de tratar a descriminalização do aborto no direito comparado, especialmente nos Estados Unidos, que sucedeu em 1973, e, na Alemanha, ocorrida em 1992. A partir dessa investigação, foi possível identificar os pontos em comum com o desenvolvimento da legalização do aborto no Brasil. Assim, verificou-se quais direitos fundamentais foram determinantes para a descriminalização do aborto nesses países, nomeadamente, o direito à intimidade/privacidade e a dignidade da pessoa humana, nos Estados Unidos e Alemanha, respectivamente.

Além disso, foi possível verificar que nesses dois países a descriminalização também partiu do Tribunal Constitucional e sofreu influência do ordenamento jurídico constitucional que lhes é particular. Pode-se dizer que, em relação aos Estados Unidos, a legalização se assemelha quanto à ausência de debate prévio pela sociedade, bem como quanto ao fato de que houve uma ampliação do alcance constitucional para a proteção de direitos fundamentais não expressos. Quanto ao que se desenrolou na Alemanha, o ponto convergente com a descriminalização do aborto no Brasil, notadamente, é a referência à dignidade da pessoa humana como fundamento maior, mas, diferentemente daqui e dos Estados Unidos, houve um debate público que se iniciou no início da década de setenta até os anos noventa do século passado

Em seguida ao exame do direito comparado, foi possível dar início à investigação detalhada do Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306, que foi acompanhado pelos demais integrantes da 1ª Turma do STF. A sua decisão possibilitou o avanço da descriminalização do aborto no Brasil. Com isso, foi dado o primeiro passo para a legalização do aborto, independentemente da circunstância fática de cada caso concreto, havendo limitação, contudo, de que ele seja realizado somente até o terceiro trimestre da gestação.

Viu-se que essa decisão guarda estreita relação com a interpretação contemporânea atribuída ao direito constitucional brasileiro (neoconstitucionalismo), a qual permite um vínculo entre o direito e a moral e defende a materialização da Constituição. Dessa forma, é possível que o julgador se valha de valores éticos e morais reflexos de normas constitucionais para alcançar o resultado mais justo a cada caso concreto.

Por último, buscou-se problematizar a relação entre a descriminalização do aborto e o que se entende por ativismo judicial. Embora muito se critique a atuação expansiva dos integrantes do Judiciário, que se aventuram nas atividades atribuídas aos demais poderes institucionais, em especial o Poder Legislativo, há que se compreender que, na maioria dos casos, esta atuação é necessária e viabiliza os avanços almejados pela sociedade. Além disso, a crise dos poderes institucionais propicia uma atuação desinibida do Poder Judiciário frente às demandas da sociedade.

Por conseguinte, com o reconhecimento pelo HC 124.306 de que a previsão do aborto como crime não se encontra em consonância com a Constituição de 1988, espera-se que o presente trabalho tenha contribuído para o debate a respeito da descriminalização do aborto no Brasil através do Poder Judiciário. Sem dúvida, é um tema que ainda vai render muitas discussões, pois se encontra pendente de julgamento a ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF⁶⁴, cujo objeto é a descriminalização do aborto com efeito *erga omnes*.

Sendo assim, o presente trabalho buscou destacar que a descriminalização do aborto é medida que se faz necessária para interromper a violação dos direitos fundamentais das mulheres, os quais estão respaldados na dignidade da pessoa humana. Sendo certa a improbabilidade de tal posicionamento ser deliberado pelo Poder Legislativo, não há razão para se impugnar a legitimidade do ativismo judicial do STF nesta matéria, uma vez que o avanço aqui traçado suplanta o risco inerente ao ativismo.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF - Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 19 - jan./jun. 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no STF e nas Cortes estrangeiras. Disponível em: <https://www.academia.edu/12379284/O_ativismo_judicial_contempor%C3%A2neo_no_STF_e_nas_Cortes_estrangeiras> Acesso em 20/03/2017.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREE, Marx Myra, GAMSON, William A., GERHARDS, Jürgen, RUCHT, Dieter. Abortion Talk in Germany and the United States: why rights explanations are wrong. Contexts: Summer 2002, 1,2; Ethnic NewsWatch (ENW).

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. Revista do Programa do Mestrado em Direito UniBrasil, Direitos Fundamentais e Democracia. v. 2 (2007). p. x. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/74/73>> Acesso em 18/05/2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos.** Disponível em: <
http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc > Acesso em 20/04/2017

ROCHA, Maria Isabel Baltar. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. R. bras. Est. Pop. São Paulo, v. 23, n.2, p. 369-374, jul./dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 19/06/2017.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (orgs.). Estudos de direito público e filosofia do direito. Um diálogo entre Brasil e Alemanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.