



FACULDADE  
BAIANA DE  
DIREITO

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAISA LORENA OHLWEILER DE ARAÚJO**

**O JULGAMENTO DA ADPF 442: UMA ANÁLISE DA  
ATUAÇÃO DO STF À LUZ DA REPARTIÇÃO DE  
COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS**

Salvador  
2019

**MAISA LORENA OHLWEILER DE ARAÚJO**

**O JULGAMENTO DA ADPF 442: UMA ANÁLISE DA  
ATUAÇÃO DO STF À LUZ DA REPARTIÇÃO DE  
COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador  
2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

**MAISA LORENA OHLWEILER DE ARAÚJO**

### **O JULGAMENTO DA ADPF 442: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF À LUZ DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2019.

“Ser mulher é ser mãe? Ser mãe é ser mulher? O que é ser mulher? O que é ser mãe?”

Anônimo

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar, no âmbito da temática da interrupção voluntária da gravidez, a possibilidade da descriminalização do aborto pelo Supremo Tribunal Federal, à vista das competências constitucionalmente traçadas, dando relevo à supremacia da Constituição Federal de 1988 e da separação dos Poderes estatais. Para isso, foram trazidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, posicionamentos doutrinários, estudos e precedentes jurisprudenciais que versam sobre a matéria, a fim de embasar as informações coletadas e aqui apresentadas. Inicialmente foram feitas digressões acerca do conteúdo da temática que envolve o aborto, mais precisamente o início da vida humana, os tipos e métodos abortivos, sua previsão na legislação pátria ao longo do tempo, a realidade de milhares de mulheres que recorrem ao aborto, e, por fim seu tratamento no direito comparado e o caminho trilhado por alguns países para sua legalização ou descriminalização. Por conseguinte, tratou-se da Constituição Federal de 1988 inserida no novo paradigma trazido pela constitucionalização do direito e neoconstitucionalismo, a tripartição dos Poderes, as previsões concernentes à proteção da Magna Carta no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, e, por último, a atuação do STF enquanto órgão de cúpula do Judiciário e Corte Constitucional brasileira. Por conseguinte, foi analisada a ADPF 442 e os preceitos fundamentais supostamente violados pela criminalização do aborto, o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal em outros julgamentos de igual relevância e semelhante temática, os fatores que influenciarão a vindoura decisão do Supremo Tribunal Federal e as possíveis consequências da mencionada decisão. Portanto, foi neste contexto polêmico, inundado de controvérsias e divergências que surge a necessidade inconteste de descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, através da implantação de políticas públicas de amparo à saúde da mulher.

**Palavras-chave:** aborto; descriminalização; separação de Poderes; judicialização; neoconstitucionalismo; ativismo judicial; legitimidade; saúde pública.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal de 1940
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min	Ministro
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>08</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ABORTO</b>	<b>10</b>
2.1 QUANDO COMEÇA A VIDA HUMANA?	14
2.2 AS PRINCIPAIS MODALIDADES DE ABORTO	17
2.3 ABORTO NO BRASIL	22
<b>2.3.1 Aspectos controvertidos</b>	<b>27</b>
<b>2.3.2 Técnicas abortivas preponderantes utilizadas e suas consequências</b>	<b>32</b>
2.4 BREVE ANÁLISE DO TRATAMENTO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO	34
<b>2.4.1 França</b>	<b>36</b>
<b>2.4.2 Portugal</b>	<b>38</b>
<b>2.4.3 Estados Unidos</b>	<b>41</b>
<b>3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>43</b>
3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO	48
3.2 SUPREMACIA DA CF/88 E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	51
<b>3.2.1 Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil</b>	<b>53</b>
<b>3.2.2 Controle concentrado de constitucionalidade: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</b>	<b>57</b>
<b>3.2.3 Legitimidade do Controle de constitucionalidade e Ativismo Judicial</b>	<b>68</b>
3.3 AS COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	72
<b>4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442/2017</b>	<b>77</b>
4.1 A NÃO RECEPÇÃO PARCIAL DOS ARTIGOS 124 E 126 DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS	80
4.2 CAMINHO TRILHADO PELO STF	87

<b>4.2.1 ADI nº 3.510/2008</b>	<b>88</b>
<b>4.2.2 ADPF nº 54/2004</b>	<b>91</b>
<b>4.2.3 HC nº 124.306/2016</b>	<b>94</b>
<b>4.3 FATORES INFLUENTES PARA A DECISÃO DO STF</b>	<b>96</b>
<b>4.3.1 PL 478/2007, PEC 181/2015 e PL 236/2012</b>	<b>97</b>
<b>4.3.2 A efetivação dos direitos fundamentais</b>	<b>100</b>
<b>4.4 A POSSÍVEL DECISÃO DO STF E SUAS CONSEQUÊNCIAS À LUZ DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS</b>	<b>102</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>107</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo o julgamento da ADPF nº 442 ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, à luz das competências constitucionalmente traçadas, do advento do neoconstitucionalismo, a legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade e os preceitos constitucionais albergados na Magna Carta de 1988.

Inicialmente, será feita uma análise acerca de questões extremamente relevantes que tangem à temática do aborto, com considerações acerca do início da vida humana, as múltiplas classificações existentes quanto à prática mencionada, com a posterior inserção da temática no contexto jurídico do Estado brasileiro, mais precisamente o Código Penal de 1940, e, posteriormente, uma breve imersão ao tratamento do aborto em outros países e o caminho percorrido para a sua descriminalização ou legalização.

O aborto enquanto questão milenar imbricada no seio da sociedade e mais precisamente na vivência feminina, demanda uma análise acerca das controvérsias e tabus inerentes ao tema, razão pela qual é imperioso abordar a realidade da prática vivenciada pelas mulheres, mais especificamente as mulheres brasileiras que recorrem ao aborto e os métodos precários e desumanos utilizados.

Por oportuno, em se tratando de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, serão abordados aspectos constitucionais preponderantes ao tema, tais quais a separação dos poderes estatais previstos na Carta Constitucional, as competências delimitadas ao Supremo Tribunal Federal em sua atuação e a legitimidade no desempenho de suas funções no viés concernente ao controle de constitucionalidade e ativismo judicial.

O fato é que na atualidade subsistem as mais variadas controvérsias à atuação empreendida pelo STF enquanto Corte que concentra as funções de órgão de cúpula do Judiciário e guardião da Constituição Federal, contrapondo-se argumentos que validam esse contemporâneo protagonismo do STF e aqueles que questionam ferozmente sua legitimidade na nova ordem constitucional.

Não há que se olvidar, contudo, que essa atuação em prol social não tem se dado de forma arbitrária e desapegada de provocação e fundamento, na medida em que as

decisões são feitas com estrita observação aos pleitos deduzidos e com respaldo na defesa precípua dos direitos fundamentais, incumbência essa constitucionalmente prevista.

Superadas as questões preliminares acima descritas, é demandado um aprofundamento nas razões que embasaram a propositura da ADPF nº 442, os preceitos fundamentais supostamente violados, sua justificação diante do atual cenário vivenciado pelas mulheres brasileiras e a manutenção da criminalização tal qual prevista em no Código Penal em vigência há quase 80 (oitenta) anos.

Por conseguinte, diante da elevada importância da temática ora tratada, serão feitas considerações acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal em casos de correlata importância e semelhança temática, a fim de demonstrar o posicionamento e tendência do Tribunal face a temas extremamente polêmicos que envolvem conflitos aparentes de direitos fundamentais com repercussão na dignidade da pessoa humana, questões éticas, morais, religiosas e eminentemente privadas.

Por fim, adentrado no plano das conjecturas e com base no atual cenário político e social vivenciado pelo país, incumbe tratar das possíveis reverberações sociais e políticas da decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto do julgamento da ADPF nº 442, buscando responder o seguinte questionamento: existe fundamento e legitimidade para o STF descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação?

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ABORTO

O aborto pode ser definido como “a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero, resultando na sua morte ou sendo por esta causada”, conforme leciona Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2015, p. 265).

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves (2015, p. 87), definem o aborto como sendo a “extração ou expulsão prematura do nascituro do corpo da mãe, causando-lhe a morte”.

Ronald Dworkin (2003, p. 01), afirma categoricamente que o aborto significa eliminar de forma intencional um embrião humano ainda em formação, decidindo desta forma, por sua morte antes mesmo que a vida tenha sequer começado de fato.

Já Maria Helena Diniz (2017, p. 57), expõe que o aborto é o desígnio empregado para se referir à “interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído”.

Christian de Paul de Barchefontaine (2004, p. 106) preceitua que, conforme entendimento estritamente médico, o aborto se configura como a interrupção da gravidez antes da 24ª semana, vez que, após este marco temporal, o feto passa a dispor das condições necessárias à sobrevivência fora do útero materno.

O aborto já teve tratamentos jurídicos deveras variados, ora sendo considerado como matéria inerente à seara cível, outra na seara penal, alternando tal entendimento ao longo da história e tendo como base os diversos valores éticos de cada sociedade, conforme explicitam Thais Dai Ananias de Carvalho e Carolina Ananias Junqueira Ferraz *In* Maria de Fátima Freire de Sá (2002, p. 443).

O fato é que, “o aborto é um fenômeno universal tão antigo quanto a civilização e em relação ao qual há diferentes posicionamentos dependendo da diversidade de culturas e de sociedades” (JUNGES, 2006, p. 150).

Quanto à sua prática, subsistem alguns registros, a exemplo do que dispunham as Leis Assírias, o Código de Hamurabi e o Código de Hitita, nos quais o aborto era considerado como mero ilícito civil, cuja prática não dispunha de maiores repercussões, sendo punido através do pagamento de uma multa de ordem pecuniária (SÁ, 2002, p. 443).

Existe também menção à prática do aborto na coletânea de livros sagrados dos judeus, posterior à lei judaica, em que era aceito o abortamento frente à necessidade de se preservar a vida da gestante (JUNGES, 2006, p. 150-151).

Em Roma, considerava que o feto estava sujeito ao poder familiar (*paterfamilias*), dado se tratar de um ser em formação, pertencente ao corpo feminino, razão pela qual apenas poderia ser realizado o aborto mediante autorização. Quanto ao infanticídio, entre os anos de 451 a 449 a.C., constava na Lei das XII Tábuas a possibilidade de, tendo o filho nascido com algum tipo de deficiência ou deformidade, o pai poderia mata-lo, desde que cinco vizinhos atestassem a veracidade do acontecimento (FREIRE DE SÁ, NEVES, 2015, p. 88).

Na antiga Grécia a prática do abortamento não era vista ou punida como se fosse crime, vez que o feto era visto como parte integrante do corpo da mulher (*pars mulieris*). Inclusive, alguns dos principais filósofos da época, a constar, Sócrates, Platão e Aristóteles, defendiam a ocorrência da referida prática. Sócrates defendia que o abortamento deveria ser facilitado para manter estáveis as populações gregas; Platão entendia que o aborto se tratava de um instrumento a ser utilizado para se atingir o controle populacional, procedimento que deveria ser obrigatório em gestantes com idade superior a 40 anos; por fim, Aristóteles creditava que o aborto era uma forma de redução do contingente populacional, se mostrando em um método eficaz para manter as populações estáveis, embora entendesse pela existência de limitações temporais à prática (FREIRE DE SÁ, 2002, 443).

Assim, verifica-se que em Roma o abortamento era uma prática relativamente comum, a depender do período sob análise, porquanto, quando a taxa de natalidade se encontrava elevada a prática do aborto era bem aceita pela sociedade, e quando a taxa de natalidade se encontrava baixa, o aborto era considerado como delito contra a segurança do Estado, sendo punido de forma drástica pela legislação (SCHOR, ALVARENGA, 1994, p. 19).

Ainda nesse sentido, conforme leciona Maria Helena Diniz (2017, p. 61):

Na antiguidade, entre gregos e romanos, o aborto ficava impune, ante o fato de considerarem o feto como *pars viscerum matris*, ou seja, parte integrante da mãe, que, então, podia livremente dispor de seu próprio corpo, reputando-se, mais, ou menos por volta do ano 200 d.C., o aborto feito por mulher casada como uma ofensa ao marido, no seu direito à prole esperada. Com isso a mulher solteira (*nubile iuris sui*) estava liberada para abortar. Em Roma, a incriminação do aborto teve início com a punição dos preparos de venenos,

utilizados em poções amorosas e abortivas (*pocula abortionis*), pois as leis de Cornélio castigavam as pessoas que os preparavam e usavam com trabalho forçado nas minas, com confisco de bens ou deportação, e, se houvesse morte da gestante, com a pena capital. Em Roma, as XII Tábuas e as leis da República não faziam menção ao aborto, que só posteriormente foi considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo castigado, no tempo de Septímio Severo, como uma pena extraordinária, invocando-se, para tanto, a lei contra o *veneficium*.

Seguindo um entendimento semelhante aos Romanos, o primeiro documento a condenar o aborto praticado com o consentimento da gestante foi o Édito Valenciano, cuja punição seria a pena capital. Nesse mesmo sentido, seguiu o Código Justiniano, punindo quem praticasse o aborto por razões econômicas. Destarte, “o cristianismo inaugurou uma nova perspectiva ao transferir a objetividade jurídica do patrimônio paterno para a vida humana” (FREIRE DE SÁ, 2002, p. 444).

Na Idade Média, era seguida a crença grega acerca da tripartição da alma, como sensitiva, irascível e racional, partindo do pressuposto de que a vida não se iniciava de imediato quando da concepção e sim surgia progressivamente no decorrer da gestação, razão pela qual o aborto ou a “expulsão de feto não-animado” não era visto como um pecado a ser punido de forma severa, e sim com penas mais moderadas (JUNGES, 2006, p. 150-151).

Ainda em relação à era medieval, Maria Helena Diniz (2017, p. 62) destaca que:

Ante o entendimento de que o feto seria um ser dotado de alma, e não parte integrante do ventre materno, passou-se a punir o aborto como homicídio se praticado, segundo alguns autores, no 40º dia de gravidez, sendo que para outros apenas se efetivado no 60º ou, ainda, no 3º mês de gestação, por não haver certeza sobre o momento da criação da alma. Devido à impossibilidade de se apontar o instante em que se tinha feto animado, passou-se a punir o aborto considerando-se como critério decisivo para a distinção entre feto animado e inanimado o do aparecimento dos movimentos fetais no ventre materno.

Com o advento do cristianismo e a conseqüente reprovação social que se passou a ter em face da prática do abortamento, considerando o Quinto Mandamento de que “Não matarás”, sua prática passou a ser veementemente condenada, embora tal posicionamento tendo sofrido alterações durante o tempo em razão de variados interesses de ordem econômica e política (SCHOR, ALVARENGA, 1994, p. 20)

Destarte, o aborto foi pela primeira vez considerado como crime na *Constitutio Bamberguensis* de 1507 e na *Constitutio Carolina* de 1532, as quais distinguiam o aborto de feto animado, com a pena de morte, e o aborto de feto inanimado, igualando

o aborto ao homicídio. Na França, contudo, em todas as circunstâncias era considerado crime gravíssimo punível com a pena de morte (DINIZ, 2017, p. 62).

No século XVIII, conforme leciona Maria Helena Diniz (2017, p. 62), em razão de manifestações contra a severa punição atribuída à prática do abortamento, reduziu-se o rigor da punição, substituindo a pena capital por uma pena mais branda, através da pena de prisão ou da aplicação de multas.

Outrossim, no século XIX, ainda com base no entendimento da Igreja Católica, passou-se a crer que a alma, conseqüentemente o surgimento da vida, se concretizava de imediato, quando da fecundação, razão pela qual o feto merece proteção integral, não havendo a possibilidade da realização do aborto em nenhuma fase da gestação. Com o advento do século XX, contudo, a discussão do aborto adquiriu contornos diversos, pautados mais especificamente na autonomia de escolha da mulher (JUNGES, 2006, p. 150-151).

Na União Soviética, por exemplo, com o advento da Resolução de 1917 e um decreto de 1920, o abortamento não mais era considerado como um crime, vindo a ser tratado como um direito da mulher, bem assim, em países como a Suécia, França, Áustria e Reino Unido também houve a legalização do aborto. No entanto, no cenário pós Primeira Guerra Mundial, alguns países europeus seguiram em um viés totalmente divergente ao suplantado pela União Soviética, adotando uma legislação extremamente severa quanto à prática do aborto, bem como, face a métodos contraceptivos comuns. Esse viés mais extremo também se perpetrou e se intensificou com a “ascensão do nazifacismo” e no período pós Segunda Guerra Mundial, excetuando-se alguns países escandinavos, socialistas e o Japão, no qual o aborto já legal desde 1948 (SCHOR, ALVARENGA, 1994, p. 20).

Nesse sentido, cabe asseverar o quanto trazido por Nélia Schor e Augusta Alvarenga (1994, p. 20), *in verbis*:

A partir dos anos 60, em virtude da evolução dos costumes sexuais, da nova posição da mulher na sociedade moderna e de outros interesses de ordem político-econômica, a tendência foi para uma crescente liberalização. Acentuou-se na década de 70 e as estatísticas revelam que, em 1976, 2/3 da população mundial já viviam em países que apresentaram as leis mais liberais, mais da metade delas foi aprovada nesta última década.

Mas, há também casos de países que voltaram às leis anteriores, como aconteceu com a Romênia, Bulgária e Hungria (razões de ordem demográfica) e com Israel (motivos político-religiosos).

Atualmente, no século XXI, conforme dicção de Maria Helena Diniz (2017, p. 62), a sociedade se encontra dividida ao redor de duas visões centrais, quais sejam, daqueles que clamam pela descriminalização da prática, seja totalmente ou parcialmente, e daqueles que pleiteiam que prática seja mantida como crime “com punição mais ou menos severa, havendo forte tendência de atenuar a pena para a mulher que o pratica, ou que com ele consente, agravando-a, contudo, para os abortadores”.

Dessa maneira, partindo do pressuposto de que o aborto é uma prática historicamente comum, é incontestável que o abortamento sempre esteve na pauta jurídica, subsistindo períodos em que era uma prática plenamente autorizada já que se tratava de uma temática de caráter puramente familiar, períodos que era tratado como um crime de menor lesividade, e, portanto, sua punição se dava de forma mais branda, e ainda, períodos em que sua prática era punida com alto teor de severidade (DINIZ, 2017, p. 61).

## 2.1 QUANDO COMEÇA A VIDA HUMANA?

As discussões que pautam o início da vida humana são imbuídas de variadas contradições e entendimentos divergentes, dispondo dos mais diversos critérios e teorias que se prestam a definir a partir de qual momento se inicia a vida humana, sem, contudo, chegar-se a uma unanimidade capaz de apaziguar a questão (RAMOS, 2015, p. 51).

Assim, é de senso comum que não subsistem bases irrefutáveis de quando se consuma o início da vida humana, muito menos a partir de qual marco começa a pessoa humana, ou seja, quando o embrião deverá passar a ser considerado como pessoa humana e, portanto, se tornar detentor de direitos propriamente ditos (BARCHIFONTAINE, 2004, p.110-111).

Clarissa Ribeiro Schinestsck (2008, p. 10-11), destaca a existência de cinco teorias biológicas que tratam acerca do início da vida, que seriam a teoria da Concepção, a teoria Embriológica, a teoria Neurológica, a teoria Ecológica ou Tecnológica, e, por fim, a teoria Sensciente.

No que concerne a teoria da Concepção, para os seus adeptos, o zigoto já seria detentor dos mesmos direitos dos seres humanos, haja vista que a vida humana tem início com a fecundação e conseqüente existência de código genético próprio e completo. Já para a teoria Embriológica, o embrião humano apenas passa ser considerado como um indivíduo a partir da terceira semana de gestação. Quanto à teoria Neurológica, a vida humana somente surge a partir da oitava semana de gestação, quando da formação do cérebro. Destarte, para a Teoria Ecológica/Tecnológica, pressupõe-se que a vida se inicia com a formação dos pulmões do feto, e conseqüente possibilidade de sobrevivência externa ao útero, ou seja, a partir da 24ª semana de gravidez. Por derradeiro, quanto a teoria Senciente, considera-se que a vida humana tem início entre a 24ª e a 28ª semana de gestação, quando o embrião começa a sentir sensações como dor e prazer (SCHINESTOCK, 2008).

Na dicção de Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 119), existem diversos estudos, das mais variadas searas do conhecimento, que visam teorizar acerca de qual seria o marco inicial de criação da vida humana, o qual não pode se confundir com as teorias que objetivam determinar o início da personalidade humana. Nesse sentido, de acordo com a referida autora, sobrepõem-se as teorias médicas ou desenvolvimentalistas, a teoria concepcionista e a teoria da potencialidade, as quais fundamentam-se em indicadores genéticos e biológicos.

No bojo da teoria concepcionista, vislumbra-se que a vida humana teria início quando da concretização, natural ou artificial, da união entre o espermatozoide e o óvulo, ou seja, quando da ocorrência da fusão dos gametas feminino e masculino e a conseqüente união entre suas informações genéticas e formação de um patrimônio genético individual. Aqui não se faz relevante a análise do estágio de desenvolvimento do embrião (ARAÚJO, 2014, p. 119).

No caso em exame, dá-se ao embrião o mesmo patamar de relevância jurídico e moral da pessoa, ao qual, por conseqüência, devem ser derogados as mesmas prerrogativas e direitos inerentes ao último, pressupondo a “ilegitimidade das condutas que violem a vida e a integridade embrionárias, o que permite incluir o uso de métodos contraceptivos que atuem sobre o ente já fecundado”. Tal perspectiva é adotada tanto pelas religiões católica quanto protestante, as quais se pautam na crença de que a alma surge a partir do momento da concepção e que a intervenção humana implica

necessariamente em uma contrariedade à vontade divina (ARAÚJO, 2014, p. 120-122).

Destarte, seus teóricos utilizam das mais variadas argumentações para respaldar tal posicionamento, cabendo destacar (COSTA, JÚNIOR, 2015, p. 299):

(...) seus adeptos procuram sustentar esta teoria, apresentando diversos argumentos, de cunho jurídico e científico, invocando normas em vigor, e de leis que já foram revogadas, como o código civil de 1916, como também normas de natureza constitucional e até internacional, para confirmarem a tese de que a vida começa na concepção e, tendo em vista que o direito à vida é um direito inviolável, a proteção a ela deve começar naquele exato momento.

Outrossim, Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 120-123), menciona que os defensores de tal teoria se baseiam também no Pacto São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual foi ratificado pelo Brasil, bem assim, o artigo 2º do Código Civil de 2002, que derroga proteção aos direitos do nascituro desde a concepção.

Nesse sentido é o entendimento de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2015, p. 158), os quais concluem que a vida se inicia desde a fecundação ou concepção do embrião, tornando-se viável a partir da nidação, devendo-lhe ser reconhecido “o direito à proteção de sua integridade, de sua vida, de seus direitos personalíssimos”, e, conseqüentemente, ser considerado como pessoa ou ser humano.

Para as teorias médicas ou desenvolvimentalistas são necessários alguns indicadores biológicos, pautados na diferenciação das células embrionárias nos mais variados estágios da gestação. Para tanto, “o alcance da individualidade e do desenvolvimento do patrimônio genético é fator indicativo necessário para que se possa falar em existência de uma vida humana”. Daí destacam-se a teoria da implantação, para a qual a nidação, implantação do zigoto no útero feminino, daria a viabilidade de início da vida do embrião; teoria do princípio da formação do sistema nervoso que se ramifica entre a teoria do aparecimento da atividade cerebral e o aparecimento da crista neural; e por fim, a teoria utilitarista para o qual o feto é um simples conjunto de células que não dispõe de condições biológicas suficientes para ser titular de direito à proteção moral e jurídica (ARAÚJO, 2014, p. 123-125).

Raphael Mendonça Costa e Cildo Giolo Júnior (2015, p. 323), defendem veementemente a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central, aduzindo

que é a partir do surgimento da atividade cerebral no feto que tem início a vida humana, asseverando que “É da essência do ser humano o seu psiquismo, o seu pensar, o seu sentir, o seu ser. Não seria razoável aceitar que a vida humana, assim como a vida dos animais, possa ser resumida à vida biológica”.

Por fim, ainda na dicção de Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 125-127), para a teoria da potencialidade o embrião seria apenas uma representação potencial de pessoa, cuja vida apenas teria início a partir da reunião de fatores que viabilizem a sobrevivência extrauterina, ou seja, o embrião não é titular de direito à vida por não ter ainda nascido com vida, havendo mera potencialidade embrionária. Destarte, subsiste “a existência de uma unidade biológica com patrimônio genético, portadora de condições necessárias a seu posterior desenvolvimento, que significa a potencialidade ou a aptidão para se tornar uma pessoa”, merecendo assim, disciplina jurídica especializada.

Como visto alhures, depreende-se que não subsiste uma unicidade nem pacificidade no que tange à temática do início da vida humana, seja entre os cientistas, religiosos ou demais searas do conhecimento, tendo sido formuladas as mais diversas e variadas teses acerca do tema (COSTA, JÚNIOR, 2015, p. 298).

## 2.2 AS PRINCIPAIS MODALIDADES DE ABORTO

Nas ilustres palavras de Débora Diniz e Marcos de Almeida (1998, p. 126), destaque-se quanto à conceituação e categorização da prática do aborto:

A variedade conceitual é proporcional ao impacto social causado pela escolha de cada termo. Infelizmente, e isso é claro para qualquer pesquisador interessado no tema, não se escolhem os conceitos impunemente. Cada categoria possui sua força na guerrilha linguística, algumas vezes sutil, que está por trás das definições selecionadas. (...)

Além da variedade conceitual, outro ponto interessante, no tocante ao estilo dos artigos sobre o aborto, é a escolha dos adjetivos utilizados pelos autores para se referirem a seus oponentes morais. (...)

Nem mesmo sobre o resultado de um aborto há consenso: as denominações variam desde “embrião” e “feto” até “criança”, “não-nascido”, “pessoa” ou “indivíduo”.

Maria Helena Diniz (2017, p. 58-60), autora eminentemente contrária à prática do aborto, traz diversas modalidades de classificação quanto ao aborto, tais quais:

classificação do aborto quanto ao objeto; quanto à causa; quanto ao elemento subjetivo; quanto à finalidade; quanto à perspectiva da lei.

No que se refere à modalidade de abortamento quanto ao objeto, a supracitada autora aduz a existência do: (i) aborto ovular, aquele que é praticado antes da oitava semana de gestação; (ii) o aborto embrionário, que é aquele que praticado até o terceiro mês ou décima quinta semana de gravidez; (iii) abortamento fetal, aquele cuja prática se dá após da décima quinta semana de gestação (DINIZ, 2017, p. 58).

Em relação à motivação ou causa que leva à prática do aborto, Maria Helena Diniz classifica a ocorrência em: (i) espontâneo: ocorrência da interrupção da gravidez de forma não intencional ou natural, a qual se dá em razão de graves circunstâncias de saúde da gestante anteriores à concepção, ou em decorrência de defeitos do próprio embrião/feto; (ii) acidental, ocasional ou circunstancial: aborto que não resulta de qualquer ato que vise tal finalidade, ou seja, não resulta de nenhuma ação proposital imbuída de intenção de interromper a gestação, decorrendo desta forma de fatores externos à vontade da gestante, tais quais, susto, fortes emoções, queda, etc.; (iii) provocado: interrupção intencional da gravidez, pela própria gestante ou terceiros autorizados ou não para a prática de tal conduta (criminoso ou legal), através de agentes externos físicos, químicos ou mecânicos, pelas mais variadas motivações, terapêuticas, eugênicas, morais, sociais, psicológicas ou econômicas (DINIZ, 2017, p. 58).

Sobre as referidas tipologias de aborto quanto à causa ou motivação, Rogério Greco (2015, p. 356-357), menciona subsistirem duas espécies de aborto, sendo elas o aborto natural ou espontâneo, hipótese em que o produto da concepção é expelido pelo próprio corpo da mulher sem a intervenção de terceiros, e o aborto provocado, subdividido em doloso, aquele realizado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem o seu consentimento, e aborto culposo, aquele que ocorre a partir de um comportamento da própria gestante causando a morte do feto, sem, contudo, visar tal resultado.

Outrossim, trazendo à baila outros entendimentos, segundo Christian de Paul de Barchifontaine (2004, p. 106-107), o aborto espontâneo pode ser classificado como aquele que que “acontece por causas naturais”. Ademais, o aborto provocado ou induzido pode se dar pelas mais variadas causas/indicações, dentre elas:

Indicação médica ou terapêutica, quando o aborto é provocado para salvar a vida ou a saúde da mãe; indicação eugênica, quando o aborto é provocado para se livrar de um nascituro com taras, anomalias, defeitos ou doença fetal previstos, eventualmente já constatados em exame pré-natal; indicação socioeconômica, quando o aborto é provocado por falta de condições para criar uma família, moradia sem espaço, insegurança de emprego, baixo salário, doenças na família, responsabilidade com os idosos, sensibilidade à defesa da qualidade de vida acima de sua quantidade numérica, falta de proteção à mãe solteira e aos filhos excepcionais; indicação psicossocial, quando o aborto é provocado por meio da discriminação da mãe solteira, complicação de filho sem pai, desonra da família, incapacidade de tomar conta do filho, medo da gravidez e de seus riscos, falta de vontade de ter filhos ou este filho, para não perder seu emprego, seu sustento ou forma física, gravidez indesejada causada pelo fracasso dos meios anticoncepcionais, as exigências da educação dos filhos; indicação ética, quando o aborto é provocado por motivos chamados morais, como a gravidez resultante de estupro (violência carnal), incesto, adultério, relação fora do matrimônio; indicação cultural, quando o aborto é provocado pela mudança do papel da mulher e da família na sociedade, sociedade consumo e sua propaganda pelos bens materiais, culturais e conforto físico; indicação política, quando o aborto é provocado por causa de políticas de salários, de seguridade social, do serviço de maternidade que reprimem a taxa de natalidade, medo de uma explosão demográfica e de superpopulação, mentalidade antivida.

No que tange à classificação do aborto quanto ao seu elemento subjetivo, Maria Helena Diniz (2017, p. 58), classifica-o enquanto: (i) aborto sofrido: aquele praticado com a ausência de consentimento da gestante, ou seja, abortamento infligido sobre a gestante sem sua autorização, fazendo desta uma vítima; (ii) consentido: aborto praticado com a autorização da gestante, seja essa permissão livre ou obtida mediante fraude, violência ou grave ameaça; (iii) procurado: tem-se por esta modalidade a prática de um aborto quando o agente principal for a própria gestante.

Quanto à finalidade que se objetiva com a prática do aborto, este poderá ser terapêutico, sentimental, eugênico, econômico, estético e *honoris causa* (DINIZ, 2017, p. 59-60). Assim, a referida autora aduz que o aborto será:

a) *terapêutico*, se abranger duas modalidades: o *aborto necessário*, permitido por lei e praticado por médico, com ou sem o consenso da gestante, desde que não haja outra alternativa para salvar sua vida, que corre perigo, independentemente de autorização judicial ou policial [...]; e o *aborto para evitar enfermidade grave*, ou seja, para impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante [...]; b) *sentimental*, admitido por lei, por ter sido a gravidez resultante de estupro, desde que sua interrupção seja provocada por médico, com prévia anuência da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, independentemente de autorização judicial, uma vez comprovada a violência ou o delito sexual [...]; c) *eugênico*, isto é, interrupção criminosa da gestação quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.; o embrião não pertencer ao sexo

almejado. É o praticado, portanto, com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dores físicas [...]; d) *econômico*, se se aniquilar criminosamente o feto sob a alegação de que a gestante, ou o casal, não tem recursos financeiros suficientes para prover adequadamente o sustento e a educação desse filho, que, ainda, viria a agravar a situação econômico-familiar, lesando os demais filhos, que poderiam ficar na penúria; e) *estético*, se a gestante interromper a gravidez por não querer ficar com o corpo disforme; f) *honoris causa*, se, criminosamente, praticado por gestante para ocultar sua gravidez da sociedade, visando preservar a honra, evitar escândalo e manter sua reputação social.

Na dicção de Débora Diniz e Marcos de Almeida (1998, p. 126-127), entendimento consonante com o de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p. 90-91), com respaldo na literatura médica e no entendimento de parte de bioeticistas, as modalidades de aborto podem ser dispostas em quatro grandes agrupamentos de interrupção da gestação, a constar, eugênica, terapêutica, seletiva e voluntária.

Na interrupção eugênica da gestação (IEG), o abortamento se dá pautado em valores étnicos, sexistas, racistas, entre outros, visando exclusivamente o “melhoramento” da espécie. A referida interrupção da gravidez se dá em regra sem o consentimento da gestante, sendo esta uma vítima, tendo como exemplo mais marcante os casos ocorridos durante o nazismo, período em que diversas mulheres foram forçadas a terminar suas gestações por serem judias, negras ou ciganas (DINIZ; ALMEIDA, 1998, p. 126).

Há que se destacar, contudo, segundo entendimento de Débora Diniz e Marcos Almeida (1998, p. 127), a confusão conceitual ou “terminologia de guerra”, que se refere à denominação/conceituação da interrupção seletiva da gravidez, aquela que decorre da malformação do feto e possível inviabilidade de vida extrauterina, como interrupção eugênica da gravidez, a qual decorre de tentativa de melhoramento da espécie, ainda que o feto seja viável.

No que tange à divergência conceitual supradita, impende destacar o entendimento de Thais Dai Ananias de Carvalho e Carolina Ananias Junqueira Ferraz (2002, p. 448-449), as quais tratam a interrupção eugênica da gravidez (IEG), como sendo interrupção seletiva da gestação (ISG), aduzindo que “o aborto eugênico é a interrupção da concepção do feto quando, feitos acurados exames médicos, se

verificar a certeza de impossibilidade de vida extrauterina”. Aduzem ademais que a adoção da nomenclatura do aborto eugênico por alguns autores se mostra como uma desvirtuação da nomenclatura dada à tentativa de aproximar a referida nomenclatura com as práticas nazistas e a tentativa de melhoramento da raça ariana.

Destarte, a interrupção terapêutica da gestação (ITG), que ocorre com o objetivo exclusivo de proteger a saúde física e psíquica da gestante dado ao fato de a gravidez pôr em risco sua integridade, hipótese que, dado os avanços da medicina, tem ocorrido de forma reduzida. Já na interrupção seletiva da gestação (ISG), realizada nos casos de ocorrência de anomalias no feto, a exemplo da anencefalia, justifica-se ante a constatação de inviabilidade do feto fora do útero, ou seja, ocorre dada a existência de anomalias ou deformidades que são patentemente incompatíveis com a vida extrauterina. Por fim, a interrupção voluntária da gravidez (IVG), é aquela que tem como escopo a defesa do direito de escolha da mulher, a partir do exercício de sua autonomia reprodutiva e com fulcro na liberdade do planejamento familiar, ou ainda, em situações em que a gravidez se originou de uma relação não consensual/estupro (DINIZ, ALMEIDA, 1998, p. 126).

Assim, excetuando-se a interrupção eugênica da gestação (IEG), todas as outras três tipologias atribuídas ao aborto pelos autores supramencionados, *ab initio*, levam em consideração o desejo da gestante ou do casal em dar continuidade à gestação, aspecto considerado como fundamental na distinção entre as variadas modalidades de aborto (DINIZ, ALMEIDA, 1998, p. 127).

Outrossim, a interrupção seletiva da gestação (ISG) pode ser denominada como interrupção terapêutica da gestação (ITG) por alguns pesquisadores, ou serem incluídas na mesma categorização, no entanto, tal diferenciação se faz deveras importante, na medida em que na primeira hipótese a razão determinante de se praticar o aborto é a saúde do feto, e no segundo caso, objetiva-se a proteção da saúde materna (DINIZ, ALMEIDA, 1998, p. 127).

Por último, e não menos importante, subsiste ainda a prática do aborto segundo a classificação da perspectiva da lei, podendo ser legal, abrangendo o aborto *necessário* e o *sentimental*, hipóteses em que o dispositivo legal não impõe punibilidade (excludente de punibilidade) à prática do aborto; e o aborto criminoso, que implica na conduta de interromper a gravidez em qualquer de seus estágios,

culposamente ou dolosamente, com ou sem o consentimento da gestante (DINIZ, 2017, p. 60).

### 2.3 ABORTO NO BRASIL: LEGISLAÇÃO E PRÁTICA

*A priori*, cabe destacar que (PEDRO *apud* HENTZ, 2013, p. 54):

As legislações mudam não porque precisam melhorar em si, mas porque precisam responder a novas questões, a novos conflitos de classe, a novas necessidades de controle social, que surgem com as mudanças de uma sociedade e que uma legislação antiga não consegue mais responder. Não é diferente no que se refere à legislação criminal sobre aborto e infanticídio, marcada por ondas de criminalização e descriminalização que não seguem uma trajetória linear.

O ponto de partida para a análise das legislações brasileiras que tratam do aborto são as *Ordenações Filipinas*, legislação que regia o Reino de Portugal, e, que regeu o Brasil em boa parte do período colonial. A referida legislação não dispunha de nenhum dispositivo/artigo referente à criminalização do aborto, embora fosse socialmente reprovável, ao passo que subsistia uma espécie de vigilância social e policial, no sentido de monitorar mulheres grávidas que disfarçassem a gravidez ou daquelas que porventura “perdessem a aparência de gravidez sem, contudo, apresentar alguma criança” (HENTZ, 2013, p. 58).

A primeira legislação a dispor de previsão específica sobre o aborto foi o *Código Criminal do Império do Brasil*, datado de 1830, no bojo do qual o aborto praticado pela gestante não era uma situação tipificada como crime, como se retira da leitura dos arts. 199 e 200 do referido *codex*. No entanto, o aborto realizado por terceiro, ainda que com consentimento da gestante, recebia pena de 1 a 5 anos de prisão com trabalho, e sem o seu consentimento, a pena era dada em dobro, conforme previsão disposta no art. 199 (NEVES, SÁ, 2015, p. 90).

Assim, conforme esclarece Matthieu de Castelbajac (2010, p. 43), o que se pune não é precisamente a gestante que pratica o aborto, e sim “o ato de fazer abortar uma mulher”, ou seja, resta tipificado e penalizado apenas o indivíduo/terceiro que pratica o ato em face de uma gestante, com ou sem o seu consentimento. Tal aspecto decorre do *status* de fragilidade imprimido às mulheres, bem como, aos métodos brutais

utilizados à época para a realização do aborto, os quais infligiam graves danos físicos na mulher.

Outrossim, no bojo do mesmo Código Criminal de 1830, em seu art. 200, encontrava-se previsto o crime autônomo de fornecimento de meios ou drogas abortivas afim de se viabilizar a realização do abortamento, ainda que não se concretizasse, cuja pena cominada era de 2 a 6 anos de prisão com trabalho, ou de 4 a 12 anos de prisão, caso fosse realizado por boticário, médico ou cirurgião (NAVES, SÁ, 2015, p. 90).

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Naves Torquato (2015, p. 90) mencionam que, em sentido parecido ao anterior, o Código Penal brasileiro de 1890 não criminalizava a hipótese em que a própria gestante procedia à interrupção da gravidez, ou auto aborto, dispondo de dois dispositivos equivalentes aos presentes no Código Criminal de 1830, prevendo ainda uma outra hipótese que distinguia o resultado do aborto quanto a expulsão ou não do fruto da concepção. Em caso de efetiva expulsão do feto ou fruto da concepção, a pena era de “prisão celular” por 2 a 6 anos, e, em sentido contrário, caso não houvesse a expulsão do feto, a pena poderia variar entre 6 meses a 1 ano.

Num viés diametralmente oposto, a professora Isabel Cristina Hentz (2013, p. 29), leciona que o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, promulgado em 1890, trouxe pela primeira vez a criminalização da mulher que procedesse à prática do aborto, subdividindo as modalidades de práticas de aborto, tendo, inclusive, as penas cominadas aumentadas. Assim, pela primeira vez na legislação penal brasileira passou-se a punir não apenas o aborto provocado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante, mas também o auto-aborto, com o abrandamento da pena no caso de ocultação de “desonra própria”, *honoris causa* (BARROS, 2009, P. 68-69).

Previo o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, em seu artigo 301, a pena de prisão de um a cinco anos para o indivíduo que provocasse o aborto na gestante com a sua anuência, dispondo ainda, em seu parágrafo único, *ipsis litteris*, que “Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra própria”. Ou seja, em se havendo a peculiaridade de ocultação, de ato libidinoso desonroso para a mulher, através da prática do crime de aborto, a pena cominada respectiva para o crime cometido restaria diminuída.

O referido Código ainda dispunha de previsão no aspecto de permitir a prática do aborto na hipótese de sua realização objetivar salvar a vida da gestante, punindo, contudo, a parteira ou médico cuja ação culposa culminasse na morte da mulher parturiente (BITENCOURT, 2017, P. 184).

Constata-se, portanto, que o tema do aborto, tal qual tratado no Código Penal de 1890 e durante sua vigência, tangia dois arquétipos, a constar, o paradigma da honra, ao passo que o aborto se mostrava justificável caso fosse realizado para esconder a desonra da mulher, vindo a perder sua força com o tempo, e o paradigma da vida, o qual se engradeceu com a passagem do século XX, na medida em que a vida do feto passou a estar acima do sentimento da desonra. Daí, implica concluir que o objetivo preponderante da legislação mencionada era “definir e regular um conjunto de valores sociais que implicavam desde o modelo de família que se almejava, até o projeto de população e nação” (HENTZ, 2013, p. 229).

O vigente Código Penal não sofreu modificações significativas quanto ao crime de aborto, vez que tal prática manteve-se sob o viés da criminalidade, com exceção da parte que concerne à atenuante no caso de cometimento de aborto pela própria gestante, ou auto-aborto, visando ocultar desonra própria (BARROS, 2009, p. 69).

À vista disso, o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, em sua Parte Especial, Título I - Dos crimes contra a pessoa, Capítulo I – Dos crimes contra a vida, dispõe sobre as diversas hipóteses de aborto e suas penas cominadas em seus artigos 124 a 128 (BRASIL, 1940), *ipsis litteris*:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez 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

**Forma qualificada**

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Conforme se depreende da leitura dos artigos supra indicados, o Código Penal tipifica algumas modalidades/espécies dolosas de aborto, a constar: (i) o auto-aborto, aquele praticado pela gestante em si mesma ou o aborto provocado na gestante mediante seu consentimento, presente no art. 124; (ii) o aborto induzido ou realizado por terceiro sem o consentimento da gestante, disposto no art. 125; e, por fim, a tipologia presente no art. 126, o qual se refere ao aborto provado por terceiro mediante o consentimento da gestante (GRECO, 2017, p. 135).

Cezar Roberto Biterncout (2017, p. 184), traz de forma mais sucinta as modalidades indicadas nos referidos artigos, subdividindo-os em aborto provocado (art. 124), aborto sofrido (art. 125), e aborto consentido (art. 126).

Já Flávio Augusto Monteiro de Barros (2009, p. 79), menciona subsistirem quatro tipologias de aborto do Código Penal de 1940, como sendo: (i) o auto aborto e (ii) o aborto consentido, ambos presentes respectivamente no artigo 124, primeira e segunda parte; (iii) aborto realizado sem o consentimento da gestante, localizado no art. 125 e art. 126, parágrafo único; (iv) aborto consensual, aquele disposto no art. 126.

À luz do artigo 124, deduz-se que o sujeito ativo do crime de aborto, seja ele auto-aborto ou aborto consentido é a própria gestante, e, nas hipóteses dos artigos 125 e 126 o sujeito ativo do crime de aborto pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo, em conformidade com os artigos 124 e 126 do Código Penal é o feto/embrião (produto da concepção), ou a sociedade se levar em conta o entendimento de que o primeiro não é uma pessoa propriamente dita, e, no caso do art. 125, o sujeito passivo é o feto ou embrião e também a gestante, vez que o aborto nessa hipótese foi praticado sem o seu consentimento (NUCCI, 2017, p. 635-639).

O artigo 127 prevê causas especiais de aumento a pena, ou “forma qualificada” para o crime de aborto, nas hipóteses em que o aborto é provocado por terceiro mediante ou não a anuência da gestante, na modalidade culposa, vez que o objetivo único é o de causar a morte do feto, quando resultar em lesão corporal grave na gestante (art. 129, §§ 1º e 2º do CP/1940), ou até mesmo a morte da gestante. No primeiro caso

haverá a elevação da pena em um terço, e, no segundo caso, com o falecimento da gestante, haverá a duplicação da pena (GRECO, 2017, p. 140-141).

Por conseguinte, o artigo 128 dispõe de hipóteses em que, embora ocorra o aborto, tal prática não restará tipificada como crime, ou seja, prevê hipóteses de excludente de ilicitude da interrupção da gravidez ou de aborto legal, desde que realizada por médico. Na hipótese presente no inciso I do referido disposto, o abortamento se apresenta como meio de salvaguardar a vida da gestante, desde que inexistente outro meio de salvá-la, e, na segunda situação, constante no inciso II do mesmo artigo, é lícita a realização do aborto mediante o consentimento da gestante ou, no caso de incapaz, com autorização do representante legal, na hipótese de a gravidez resultar de estupro (BITENCOURT, 193-194).

Tanto Cezar Bitencourt (2017, p. 194-196), quanto Rogério Greco (2017, p. 143), trazem classificações e considerações para as supramencionadas hipóteses de excludente de ilicitude, categorizando-as em aborto necessário ou terapêutico, em se considerando a circunstância trazida no inciso I, e aborto humanitário, sentimental ou ético no segundo caso, no qual a gravidez resulta de estupro, conforme inciso II, art. 128 do Código Penal.

Destarte, a situação contida no inciso I correspondente ao aborto necessário ou terapêutico, pressupõe a existência dos requisitos de perigo real à vida da gestante, a inexistência de outro meio legítimo de salvaguardar não somente sua saúde, mas mais especificamente a vida da mulher grávida, considerando dispensável o seu consentimento ou o consentimento do representante legal para a realização do procedimento, vez que, a legislação não faz essa exigência, e, por fim, tal procedimento apenas poderá ser realizado por médico (BARROS, 2009, p. 86).

Outrossim, quanto à previsão disposta no inciso II do art. 128, a qual se refere ao aborto humanitário, sentimental ou ético, pressupõe que para a realização do abortamento a gravidez deve obrigatoriamente resultar de estupro, fazendo-se imprescindível a consentimento da gestante para sua realização, ou, em caso de grávida incapaz, a autorização de seu representante legal. Cabe asseverar que a prova do estupro há de ser irrefutável, produzida por todos os meios admissíveis pelo Direito, e, o consentimento ou autorização devem se dar por escrito ou ocorrer na presença de testemunhas fiáveis, visando resguardar especialmente o médico (BITENCOURT, 2017, p. 195).

Não obstante, para a realização do aborto pelo médico no caso supra indicado, é prescindível a “autorização judicial, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual”, conforme aduz Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 195), vez que o texto legal não dispõe de nenhuma limitação nesse sentido.

Assim, a partir dos dispositivos do Código Penal de 1940 referentes ao aborto, denota-se que o bem jurídico tutelado/protegido é a vida humana intra-uterina ou o produto da concepção, não se protegendo especificamente a pessoa humana e sim sua formação embrionária, cumprindo destacar que “no aborto provocado por terceiro o bem jurídico protegido é também o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante” (BARROS, 2009, p. 71).

Nas precisas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 184), cabível mencionar que o “Código Penal de 1940 foi publicado segunda a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30”, e que, tantos anos após o início de sua vigência, mais precisamente setenta e nove anos, mostra-se gritante que a matéria tangente ao aborto permaneça intacta, considerando todos os avanços científicos, sociais, tecnológicos e médicos pelos quais a sociedade brasileira vem passando.

### **2.3.1 Aspectos controvertidos**

Alcilene Cavalcante e Dulce Xavier (2006, p. 11), explicitam que ponto central da problemática do abortamento está na constatação de que tal discussão abrange uma gama multifacetada de searas do conhecimento, com questões que envolvem a religião, o direito, a legislação, a saúde pública, a moral, entre tantos outros vieses, o que decididamente converge em impasses e no impedimento de um diálogo aberto e esclarecido, levando em conta aspectos basilares, tais quais, a autonomia da mulher, a laicidade do Estado brasileiro e especialmente a saúde pública.

Em um flanco temos aqueles que consideram o aborto um crime gravíssimo que deve ser punido, até mesmo em alguns dos casos permissivos contidos na legislação vigente, estando pautados na crença de que o feto é um ser humano independente do corpo da mulher desde a concepção “capaz de presidir o seu destino”, e, noutra ala, temos aqueles para o qual a prática do aborto, da forma clandestina que

atualmente é realizada, traz graves consequências à saúde da mulher, causando-lhe inclusive, a morte (DINIZ, 2017, p. 108-110).

Sobre essa divergência entre aqueles que se dizem pró-vida ou pró-aborto, Karla Ferraz, Vanessa Cruz e Benedito Gonçalves (2013, p. 495), trazem ainda outras questões, tais quais:

Se, por um lado, o cerne da argumentação gira em torno do fato do aborto clandestino e/ou inseguro, realizado em condições precárias, ser uma das maiores causas de morbimortalidade materna, relacionando-se, assim, à defesa dos direitos humanos, por outro, a moralidade que advoga a manutenção de sua proibição justifica-se pelo princípio da sacralidade da vida, segundo a qual o início da existência ocorreria a partir da concepção e, portanto, quem aborta estaria tirando uma vida. Reflexo da moralidade religiosa ainda vigente, esta perspectiva é imposta à sociedade por intermédio de uma legislação que criminaliza o aborto, impedindo sua realização com segurança.

Ressalte-se, contudo, que a controvérsia do tema não se restringe àqueles que dispõem de um posicionamento estritamente conservador e àqueles de posicionamento totalmente liberal e permissivo quanto à prática do aborto. O que existe de fato são variados tipos e graus de opinião, subsistindo posicionamentos mais extremos, bem como, posicionamentos mais moderados insertos no “espectro conservador-liberal” (DWORKIN, 2009, p. 42).

Acerca do espectro conservador-liberal, Ronald Dworkin (2003, p. 44-46), menciona que as concepções liberais do aborto não se resumem apenas a negar que o feto possa ser considerado como uma pessoa que dispõe de direito à vida, dispondo também de um posicionamento mais complexo e deveras moderado. Destarte, tal autor enumera quatro partes ou opiniões: i) daqueles que veem no aborto uma questão moralmente problemática quando se tratar de um aborto tardio; ii) daqueles para o qual o aborto “não só é moralmente permissível como pode ser uma necessidade moral”, citando uma série de variáveis importantes, como nos casos que se busca salvar a vida da mãe, nos casos de estupro, incesto ou de anomalias fetais; iii) o posicionamento daqueles que defendem que, dependendo das consequências de uma gravidez indesejada na vida da mulher e de sua família, o abortamento é deveras justificável; iv) por fim, cita a opinião política, que consiste naqueles consideram moralmente condenável a prática do aborto na fase final da gravidez, quando o feto já se encontra em estágio avançado de desenvolvimento para dispor

de interesses próprios, o que, no entanto, não legitimaria uma intervenção do Estado, cabendo a decisão de abortar ou não à gestante.

Outrossim, ainda com base no supradito espectro, existem aqueles que adotam um posicionamento mais conservador, acreditando que o aborto nunca é, ou quase nunca é moralmente aceitável. Assim, podem ser citados aqueles que acreditam que as mulheres devem ser livres para tomarem suas próprias decisões, não cabendo uma imposição legislativa sobre se podem ou não abortar uma vez que o governo não pode dispor da prerrogativa de “ditar a moral privada de nenhum indivíduo”; aqueles que acreditam que a lei deve sim impor a proibição da prática do aborto, comportando algumas exceções; e, por fim, aqueles que não dispõem de qualquer viés de tolerância quanto à prática do abortamento e são convictos de que o governo deve proibir o aborto em toda e qualquer situação (DWORKIN, 2003, 42-43).

Maria Helena Diniz (2017, p. 46-54), ferrenha crítica da prática do abortamento, com supedâneo na previsão contida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, defende a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, ou seja, desde a fecundação do óvulo, mencionando reiteradamente que o aborto consiste no “assassinato de um ser humano inocente e indefeso”, bem assim que, considerando que este não faz parte do corpo da mulher, o direito à vida do feto sobrepõe-se ao direito da mulher sobre o seu próprio corpo, devendo ser garantindo ao feto “todos os privilégios e direitos”, embora a Magna Carta não disponha de forma explícita sobre o direito à vida do feto/embrião/nascituro, ou ainda, qual seria o marco inicial da proteção constitucional à “inviolabilidade do direito à vida”.

A esse respeito, Ronald Dworkin (2003, p. 15) traz a seguinte reflexão:

A crença em que a vida humana, em qualquer estágio, tem um valor intrínseco e sagrado pode, portanto, oferecer uma razão para que as pessoas se posicionem violentamente contra o aborto, vendo-o como uma crueldade em qualquer circunstância dada, sem acreditar, em hipótese alguma, que um minúsculo conjunto de células recém-implantadas no útero, ainda sem órgão, cérebro ou sistema nervoso, já seja alguma coisa que tem interesses e direitos. [...]

A exaltada retórica do movimento “pró-vida” parece pressupor a afirmação derivativa de que um feto já é, desde o momento de sua concepção, uma pessoa em sua plenitude moral, com direitos e interesses de importância igual aos de qualquer outro membro da comunidade moral.

Ademais, ainda em referência a esse ideal de que o direito à vida do feto se sobrepõe ao direito da mulher sobre o próprio corpo, Flávia Biroli, em seu artigo *Autonomia e*

*justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas* (2014, p. 63), explana com clareza outros aspectos envolvidos nessa problemática, *in verbis*:

Intrinsecamente relacionada à recusa à integridade e cidadania das mulheres, a concepção de vida mobilizada em oposição ao direito ao aborto respalda o sexismo. Em vez do direito das mulheres a decidir sobre si e sobre o que se passa em e com seu corpo, ganha centralidade a afirmação de que esse corpo tem significados que o tornam alheio à própria mulher – a santificação da maternidade e a objetificação da mulher pela perspectiva masculina fazem parte de uma mesma gramática que nega às mulheres o direito a autonomia.

Desta feita, depreende-se da argumentação contrária ao aborto utilizada por diferentes grupos sociais, que a preocupação central é a defesa da vida do feto, ignorando por completo as outras variantes que demandam igual preocupação e relevância, como o direito da mulher de escolher se quer ou não ter um filho, a quantidade de mulheres que morrem diante de realização de abortos na marginalidade, ou então no que tange à qualidade de vida que essa criança terá ao nascer ou de que forma ocorrerá o seu desenvolvimento (HENTZ, 2013, 230-232).

Sobre tal viés, Maria José Rosado Nunes (2006, p. 32), assevera que:

Uma criança deve ser desejada e recebida para a vida. Isso é o que significa “escolha procriativa”, “maternidade e paternidade responsáveis”. Por isso, uma gravidez não planejada, inesperada, ou indesejada pode ou não tornar-se objeto de uma acolhida. É exatamente o reconhecimento da dignidade e da “sacralidade da vida” que coloca a exigência moral de tornar possível a interrupção de uma gravidez e o correlato respeito por essa decisão. Afirmar a reprodução humana como escolha, como resultado de decisão tão livre quanto possível, colocando-a, ao mesmo tempo, no campo dos direitos - direitos reprodutivos – permite-nos cruzar o campo político da cidadania com o campo da ética e da moral. Talvez tenhamos aí elementos para enfrentar de maneira adequada as forças fundamentalistas – religiosas e laicas - que hoje parecem querer minar as bases de uma sociedade justa, pluralista, não racista, tolerante e democrática.

Assim, resta evidente a incoerência presente em tal linha de pensamento, na medida em que a proteção e defesa da vida não deve, de forma alguma, se resumir à vida apenas do feto, considerando que a criminalização do aborto consiste basicamente em uma condenação de morte para as mulheres que recorrem a tal prática, mulheres essas que realizam abortamentos inseguros, pondo sua saúde e sua própria vida em risco “em nome da defesa da vida” (NUNES, p. 30).

Por oportuno, da mesma forma que não se deve negligenciar os direitos da mulher, não há que se olvidar que é legítima a preocupação com a vida do feto, devendo tal aspecto fazer parte da discussão acerca da interrupção da gravidez, embora seu

tratamento jurídico e moral encontra-se em uma área deveras turbulenta (SARMENTO, 2006, p. 120).

Inegável, portanto, a relevância social da discussão em tela dado aos bens que se buscam tutelar, seja com base na fundamentação trazida por aqueles creem que a vida do feto deve ser respeitada de forma cabal e absoluta, seja daqueles que defendem um tratamento mais humanizado em prol e para a mulher. Assim, considerando a pluralidade de entendimentos e posicionamentos, a discussão acerca do aborto deve se dar com parcimônia e embasada no diálogo claro e com argumentos coerentes, para que se possa enfim chegar a um denominador comum (JUNGES, 2006, p. 152).

À vista disso, da mesma forma que se engrandecem as condutas e posicionamentos vanguardistas e liberais, a exemplo da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF nº 54 que concerne à permissão da realização do abortamento nos casos de fetos anencéfalos, ainda subsistem posicionamentos deveras retrógrados e conservadores sob a luz da religião e da proteção absoluta da vida, a exemplo do Projeto de Lei nº 478/2007369, mais precisamente o Estatuto do Nascituro, posicionamentos estes que subjagam o direito das mulheres de decidir por si mesmas e relegam a segundo plano sua saúde física e psicológica. (HENTZ, 2013, 230-232).

Flávia Biroli (2014, p. 48), resume precisamente a questão ora tratada, constatando que:

As posições contrárias ao direito ao aborto mobilizam valores familiares tradicionais, ou assim entendidos, e definem a opção pelo aborto como um desvio moral que seria característico da exacerbação do individualismo nas sociedades contemporâneas. Além da recusa à noção liberal do direito do indivíduo a dispor do seu corpo e a determinar seu estilo de vida de modo que seja condizente com valores morais que assume como seus, essas posições negam a validade das motivações das mulheres – e mesmo sua individualidade – no debate sobre o aborto.

O fato é que a prática do abortamento se encontra intimamente inserta na sociedade e, a sua criminalização e punição, além de agravar os riscos ante à imposição de clandestinidade à prática, definitivamente não produz quaisquer efeitos positivos no sentido de diminuir ou evitar que abortos continuem a ser massivamente realizados (BARROS, 2009, p. 70).

### 2.3.2 Técnicas abortivas preponderantes utilizadas e suas consequências

*A priori*, cabe asseverar que “são diferentes regimes, práticas e saberes que regulam a negociação moral entre atraso menstrual, métodos para a regulação do ciclo e medidas para a concretização do aborto”, utilizando-se por vezes de líquidos, chás e ervas, medicamentos, às vezes com a combinação dos mencionados métodos e finalização em hospitais públicos, ou recorrendo diretamente a clínicas particulares clandestinas (DINIZ, MEDEIROS, 2012, 1676).

No Brasil Colonial e nos séculos que se seguiram, as mulheres utilizavam-se dos mais variados tipos de métodos para a indução do aborto, orientadas ou não por benzedeadas ou parteiras, métodos estes que iam desde a ingestão de chás e poções, saltos, levantamento de peso, indução de vômitos ou diarreias, até medidas mais drásticas e desesperadas como golpes na barriga e introdução de objetos cortantes em seus úteros, o que, em grande maioria das vezes as levava a óbito (DEL PRIORE *apud* REBOUÇAS, DULTRA, 2011, p. 422).

Destarte, os artifícios utilizados pelas mulheres brasileiras para abortar, sofreram significativas alterações desde a década de 80, considerando que, antes do referido marco temporal, subsistiam altíssimos índices de mortalidade das mulheres brasileiras, vez que as mesmas, em grande parte dos casos, recorriam à utilização de objetos perfurantes, sondas e substâncias cáusticas para a realização do aborto (DINIZ, MADEIRO, 2012, p. 1796).

A partir da década de 1980, com a inserção do Cytotec (misoprostol), medicamento utilizado para o tratamento de úlceras gástricas, verificou-se drástica redução na mortalidade feminina, embora a prática do abortamento inseguro “ainda se manter como uma das principais causas de mortalidade de mulheres em idade reprodutiva”. Ainda assim, constatou-se que o referido medicamento induziu a uma diminuição dos casos de infecção e hemorragias, com o aumento da ocorrência de abortos “completos”, apesar de ainda subsistirem abortos “incompletos”, com a necessidade de internação hospitalar. (DINIZ, MADEIRO, 2012, p. 1796).

Débora Diniz e Marcelo Medeiros expõem em seu artigo “Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras” (2012, p. 07), construído com base na Pesquisa Nacional de Aborto de 2010 (PNA), com técnica de urna, que baseia-se em

um questionário preenchido pelas mulheres entrevistadas e depositado em uma urna de forma sigilosa, que o principal método utilizado atualmente para a indução do aborto é o “cytotec isolado ou o cytotec combinado com chás, líquidos e ervas (52%, 64), seguido de curetagem em clínica privada (36%, 44) ”.

Não obstante, constata-se na PNA de 2016, utilizando-se da mesma técnica de urna supradita, que continua a imperar o método medicamentoso de indução do aborto, com a utilização do Cytotec/Misoprostol, representando metade do percentual de mulheres entrevistadas, e, ainda que na maioria dos casos se faça necessária a internação da mulher para a finalização do aborto, o referido medicamento é indicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como sendo um método abortivo seguro (DINIZ, MEDEIROS, MADEIRO, 2016, p. 656).

Destarte, o meio pelo qual essas mulheres adquirem o referido medicamento, como o utilizam, ou até mesmo quem as ajuda no processo, não são informações muito conhecidas e difundidas, na medida em que não são muitos os estudos que exploram essa questão, e, nos casos em que tal informação foi passada, as amigas e os companheiros eram os principais responsáveis por conseguir o Cytotec. Outrossim, não subsistem meios para atestar a procedência ou a eficácia do medicamento adquirido, muito menos a dose exata a ser utilizada, havendo indicação ainda de uso vaginal combinado com cremes vaginais (DINIZ, MEDEIROS, 2012, 1672-1678).

Para além das técnicas acima referidas, existem mulheres que recorrem à “casa das aborteiras”, nomenclatura utilizada pelas mulheres para “descrever espaços domésticos em que curiosas as auxiliaram com sonda ou outros apetrechos na clandestinidade”, caso em que quase sempre se faz necessária a internação hospitalar para finalizar o abortamento. Acerca das tais casas de aborteiras cumpre consignar (DINIZ, MEDEIROS, 2012, p. 1677-1679):

As casas das aborteiras são também chamadas de “clínicas de fundo de quintal” ou “casas das curiosas”, um espaço nebuloso em que práticas de alto risco são realizadas e repletas de segredo. Diferentemente das clínicas privadas, as casas das aborteiras estão escondidas nas periferias, em locais só conhecidos pela geografia da comunidade. A senhora aborteira é uma mulher idosa, descrita como uma “enfermeira de hospital”, o que sugere que ela tenha conhecimentos para além dos tradicionais. A típica casa da aborteira reserva um quarto para o atendimento das mulheres, cujos apetrechos são a sonda, o lubrificante e uma bacia. As mulheres descrevem os locais como sujos, escuros e sem proteção.

Da exposição alhures é possível apreender que as mulheres brasileiras são submetidas e se submetem aos mais diversos tipos de violação e degradação a seus corpos na desesperada tentativa de interromper uma gravidez inoportuna ou indesejada. O fato é que o Estado brasileiro ainda se encontra significativamente atrasado em face ao tratamento do aborto em relação a outros países, cabendo trazer alguns dos posicionamentos e legislações existente, bem assim, o caminho trilhado para a descriminalização ou legalização do aborto em países como a França, Portugal e Estados Unidos da América.

## 2.6 BREVE ANÁLISE DO TRATAMENTO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO

O tratamento jurídico dado à prática do abortamento é imbuído de extrema e intensas alterações ao redor do mundo, dividindo aqueles que entendem que à mulher deve ser dado o direito de escolha, e daqueles que creem na defesa suprema do direito à vida do nascituro, como visto alhures, envolvendo debates jurídicos, religiosos, morais e de saúde pública (SARMENTO, 2006, p. 117).

Destarte, no decorrer do século XX, com a paulatina laicização dos Estados e crescimento dos clamores por direitos, que países como a Suécia legalizou o aborto com algumas restrições no ano de 1938, e, consecutivamente, a Finlândia em 1950 e à época as Repúblicas Bálticas - Estônia, Lituânia e Letônia - no ano de 1955 (MACHADO, 2017, p. 6).

Por oportuno, foi com a revolução cultural desencadeada nos anos 1960 que se iniciaram de fato as mudanças jurídicas acerca do tratamento dado ao aborto em diversos outros países, retirando a interrupção voluntária da gravidez da seara penal e transferindo-a para o âmbito da saúde, bem-estar e privacidade da mulher (CORRÊA, 2004, p. 01).

Acerca dessas inquietações que desaguaram na descriminalização ou a legalização do aborto, cabe destacar que isso ocorreu de forma deveras diferenciada de um país para outro, bem assim, que tal processo se deu em razão de um forte movimento de separação entre o Estado e a religião somado aos movimentos feministas emancipatórios (SARMENTO, 2006, p. 120-121).

Assim, levando em conta a salvaguarda dos direitos fundamentais das mulheres e a adoção de novos valores sociais, legisladores de determinados países e Tribunais Constitucionais “promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações”, a constar, países como os Estados Unidos, França, Inglaterra, Alemanha, Itália, entre outros (SARMENTO, 2005, p. 45).

José Henrique Rodrigues Torres (2012, p. 41-42), faz um resumo simplificado do panorama do início do século XXI no que tange ao tratamento normativo do aborto na União Europeia e na América Latina, respectivamente:

- a) proibição do aborto, sem exceções:** Malta;
- b) aborto permitido a pedido da mulher, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 24 semanas):** Reino Unido, Holanda, Suécia, Romênia, Dinamarca, Letônia, República Checa, Eslováquia, Grécia, Hungria, Bélgica, Bulgária, França, Alemanha, Lituânia, Estônia, Portugal, Eslovênia, Áustria e Itália;
- c) aborto permitido em razão de risco de vida para a gestante, sempre:** Reino Unido, Dinamarca, Suécia, Letônia, Polônia, Eslovênia, Áustria, República Checa, Eslováquia, Romênia, Chipre, Grécia, Hungria, Espanha, Portugal, França, Alemanha, Lituânia, Estônia e Luxemburgo e Irlanda (inclui risco de suicídio);
- d) aborto permitido em razão de risco de vida para a gestante, com algum tempo determinado de gestação:** Holanda e Finlândia;
- e) aborto permitido em razão de risco para a saúde da gestante, sempre: Dinamarca, Eslovênia, Áustria, República Checa, Eslováquia, Romênia, Chipre, Hungria, Bélgica, Itália, França e Alemanha;
- f) aborto permitido em razão de risco para a saúde da gestante, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 28 semanas):** Lituânia, Letônia, Holanda, Reino Unido, Estônia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Polônia e Espanha;
- g) aborto permitido quando a gravidez resulta de estupro ou outro crime sexual, sempre:** Romênia, Chipre, Grécia, Alemanha e Hungria;
- h) aborto permitido quando a gravidez resulta de estupro ou outro crime sexual, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 28 semanas):** Dinamarca, Finlândia, França, Espanha, Bélgica, Polônia, Luxemburgo, Portugal, Lituânia, Estônia, Holanda, Letônia e Itália;
- i) aborto permitido quando há malformação fetal, sem exigência de tempo de gestação:** Reino Unido, Áustria, República Checa, Eslováquia, Romênia, Chipre, Hungria, França, Alemanha e Bulgária;
- j) aborto permitido quando há malformação fetal, com algum tempo determinado de gestação:** Holanda, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Letônia, Polônia, Eslovênia, Grécia, Espanha, Bélgica, Itália, Portugal, Lituânia, Estônia e Luxemburgo; e, finalmente,
- k) aborto permitido por razões socioeconômicas, com algum tempo determinado de gestação:** Holanda, Finlândia, Itália, França e Luxemburgo. [...]
- a) Cuba,** em 1965, legalizou o aborto até 12 semanas de gestação e mantém uma taxa de abortos inferior a 21 para cada mil mulheres em idade reprodutiva, dez pontos abaixo da média regional;
- b) Chile, El Salvador, Nicarágua e República Dominicana** criminalizam o aborto e não admitem nenhuma exceção (no Chile e em El Salvador, como

testemunham Faúndes e Barcelatto, “os médicos realizam abortos para tratamento de gravidez ectópica e ou de câncer do trato genital em mulheres grávidas, sem nenhuma repercussão legal”, com base em dispositivos normativos gerais descriminalizadores; mas, no Chile, a lei processual penal determina que os médicos denunciem aos carabineiros o fato de uma mulher apresentar sintomas de ter praticado um aborto, o que os coloca sempre em conflito com direito das pacientes ao sigilo) (14);

**c) Honduras**, por força de seu Código de Ética Médica, permite o aborto para salvar a vida da gestante;

**d) Argentina, Venezuela, Costa Rica, Peru e Paraguai** admitem o aborto para salvar a vida da mulher, mas na Argentina também é facultativo o aborto quando a mulher é “idiota ou demente” e, na Venezuela, é permitido, também, para proteger “a honra” da mulher ou do homem; e

**e) Uruguai, Colômbia, Equador, Bolívia, México, Panamá e Guatemala** permitem o aborto nos casos de violação ou incesto, mas o Uruguai também o admite no caso de “angústia econômica” e a Colômbia, o México e o Panamá, também quando há malformação fetal.

Outrossim, em relação a países fora dos parâmetros acima, José Henrique Rodrigues Torres (2012, p. 42), faz ainda as seguintes considerações:

[...] na Austrália o aborto é admitido, embora dependa de autorização médica; no Canadá e na China (11), é legal em todos os aspectos; na Coreia do Norte, admite-se o aborto necessário; no Egito, quando a mulher padece de certas doenças, como câncer ou diabetes; na Índia, a interrupção da gestação é autorizada quando há risco de vida e para a saúde física e mental da mulher, quando a gravidez não é desejada, por estupro ou outros crimes sexuais e, ainda, em razão da situação econômica da gestante, mas não é permitido por simples solicitação; em Israel, permite-se o aborto diante de risco psicológico ou físico para a mulher, nos casos de malformação fetal e, também, o humanitário; no Japão, o aborto é legal até 20 semanas de gestação em casos de malformação fetal, enfermidade mental ou retardamento mental da mulher ou de seu cônjuge, risco de vida para a mulher, estupro e incesto; no México, são admitidos o aborto necessário e o sentimental; e, na Rússia, o aborto é legal e gratuito até três semanas de gravidez.

Dessa forma, serão tratados de forma resumida os países em que houveram relevantes enfrentamentos jurisdicionais e importantes iniciativas legislativas sobre a temática ora tratada.

### 2.6.1 França

Na França a legalização do aborto se deu em 1975 a partir de uma iniciativa legislativa que culminou na aprovação da Lei nº 75-17, de vigência temporária de 05 (cinco) anos, no bojo da qual restou autorizada a realização do abortamento voluntário, desde que feito por médico, a pedido da gestante nas dez primeiras semanas da gestação quando gestação lhe causar grave angústia, e, sem limite de tempo determinado, nas

hipóteses em subsistirem riscos à saúde ou vida da gestante ou quando existir a probabilidade de o feto nascer com alguma doença grave e incurável. Há que se destacar que antes de realizar o procedimento abortivo de fato, a gestante deveria passar por um aconselhamento especializado para o enfrentamento da questão que a tivesse influenciando a optar pelo referido procedimento (SARMENTO, 2006, p. 124).

A referida lei, também conhecida como Lei Veil, foi fortemente defendida em um discurso histórico feito pela ministra da Saúde à época, Simone Veil, a qual sustentou como fundamento medular o fato de que mulheres instruídas e de boas condições financeiras já realizavam o aborto ou em países vizinhos ou em clínicas particulares na França mesmo, enquanto mulheres menos abastadas restavam abandonadas à própria sorte, se submetendo a abortos em condições precárias. Nesse aspecto, destacou ainda que os próprios servidores sociais, médicos e outros cidadãos já se viam insertos nesse contexto e coagidos de certa forma a compactuar com as mulheres que optavam por abortar (SANTOS, 2012, p. 134).

Destarte, antes de entrar efetivamente em vigor, parlamentares que eram contrários à legalização do aborto provocaram o Conselho Constitucional, o qual proferiu decisão em janeiro de 1975, atestando a conformidade da Lei nº 75-17 com a Constituição francesa e demais normas partícipes do bloco de constitucionalidade (SARMENTO, 2006, p. 125).

Assim, nas palavras de Beatriz Carneiro dos Santos (2012, p. 134), a supramencionada lei dispunha dos seguintes parâmetros:

A Lei Veil estipula a suspensão de penalizações legais quando a interrupção voluntária de gravidez é praticada antes da décima semana, por um médico, num estabelecimento público ou privado que satisfaça condições preconizadas pelo código de saúde pública. Ela estabelece que a mulher pode pedir a seu médico uma interrupção e que este deve encaminhá-la a um “estabelecimento de informação” que lhe atribuirá um atestado de consulta. Essa consulta visa oferecer assistência e conselho à mulher, além de indicar-lhe meios para resolver eventuais “problemas sociais” decorrentes da gravidez. Entre a comunicação ao médico da intenção de abortar e o procedimento, um prazo de pelo menos uma semana deve ser respeitado. No caso de a mulher ser menor de idade e solteira, uma autorização de um dos pais ou de um representante legal é exigida.

Por conseguinte, as previsões dispostas na Lei nº 75-17 tornaram-se definitivas em 1979, e, no ano de 1982, foi editada nova lei a qual previa que “70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez” deveriam

ser arcados pela Seguridade Social da França. Não obstante, em 2001 foi promulgada a Lei nº 2001-588 acerca do aborto, submetida a novo crivo de constitucionalidade e aprovada, tornando facultativo o aconselhamento prévio para as mulheres adultas para o posterior abortamento, bem como, ampliou o prazo limite de 10 para 12 semanas para a realização do procedimento abortivo (SARMENTO, 2006, p. 125).

### 2.6.2 Portugal

Até o ano de 1984 a legislação penal portuguesa proibia por completo a prática do abortamento, quando, a partir da introdução da Lei nº 6/84 de 11 de maio de 1984, passou-se a permitir a interrupção da gravidez nas hipóteses em que houvesse a constatação de que caso a gravidez fosse levada a termo acarretaria danos físicos ou psíquicos à mulher, quando houvesse risco de vida, quando a gravidez resultasse de “violação”, e, por fim, nos casos de malformação fetal (MONTEIRO, 2012, p. 590).

Por oportuno, a referida lei foi impugnada através de um controle preventivo de constitucionalidade, sob a alegação de que a mesma violava o direito à vida do nascituro, oportunidade na qual, através do Acórdão nº 25/84 proferido pelo Tribunal Constitucional português, restou reconhecida a legitimidade da referida lei sob o argumento de que, em que pese a Constituição de Portugal tutelar o direito à vida do feto, a tutela à vida das pessoas já nascidas se dá com maior veemência (SARMENTO, 2006, p. 131-132).

Destarte, a atuação do Tribunal Constitucional de Portugal se mostrou deveras intensa ao longo das alterações normativas no que toca ao aborto, conforme menciona Ruth Rubio-Marín (2017, p. 358-359), *ipsis litteris*:

Portugal tem uma rica história no campo do constitucionalismo do direito ao aborto, tendo o seu Tribunal Constitucional proferido cinco decisões sobre o assunto desde meados da década de 1980 e, em todos os casos, validando reformas cada vez mais progressistas. No primeiro conjunto de decisões, de 1984 e 1985, o Tribunal Constitucional aprovou reformas baseadas no modelo de indicações em oposição à proibição criminal completa. No segundo conjunto de decisões, de 1998 e 2006, o Tribunal reiterou a constitucionalidade da reforma progressista por meio de referendos nacionais sobre a introdução legislativa de um modelo de prazos. A mais recente decisão do Tribunal em 2010 promoveu o desenvolvimento da lei europeia sobre o aborto constitucional, validando um modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo, baseando-se na Constituição Portuguesa que exige a proteção estatal da vida intrauterina e da autonomia reprodutiva das mulheres.

Em 1985, diante de novo questionamento acerca do direito à vida do feto, o Tribunal Constitucional proferiu nova decisão no bojo do acórdão nº 85, reafirmando que, apesar de a vida intra-uterina ser protegida constitucionalmente, apenas as pessoas já nascidas dispõem de direitos fundamentais, pelo que, a proteção constitucional à vida do feto não se dá plena e irrestritamente (SARMENTO, 2006, p. 133).

Não obstante, nos anos que se seguiram, mais precisamente em 1997 e 1998, ocorreram diversas proposições legislativas objetivando facultar à mulher a opção pelo aborto no período inicial da gestação, sob o argumento da “ineficácia da criminalização para prevenir abortos ilegais ou que mulheres com os recursos necessários viajassem ao exterior para realizar abortos legais”, iniciativas legislativas essas que não obtiveram êxito (RUBIO-MARÍN, 2017, p. 363).

Em virtude do embaraço legislativo supradito, o governo convocou um referendo de caráter vinculante para que a população portuguesa opinasse sobre a questão do aborto, mais precisamente, se concordavam com a “despenalização” do abortamento no prazo limite das 10 (dez) primeiras semanas de gestação, no caso de interrupção voluntária da gravidez por escolha da própria mulher (RUBIO-MARÍN, 2017, p. 364).

Tal proposta de referendo realizada em 1998 foi submetida ao Tribunal Constitucional português para controle preventivo de constitucionalidade, situação em que, através do Acórdão nº 288, o referido Tribunal reiterou o entendimento outrora suplantado no que tange à intensidade de proteção derogada ao nascituro e às pessoas já nascidas, decidindo pela compatibilidade da proposta com os preceitos constitucionais vigentes, declarando-a válida e comungando com o estabelecimento dos prazos perquiridos para a realização do aborto (SARMENTO, 2006, p. 134).

O supramencionado referendo ocorreu em junho de 1998, no entanto, considerando o elevadíssimo índice de abstenção, qual seja, 68,1% dos eleitores cadastrados, tal proposta não vingou, haja vista a necessidade de participação de pela metade do número total de eleitores efetivamente cadastrados para se atribuir efeito vinculativo à votação do referendo (RUBIO-MARÍN, 2017, p. 364).

Com efeito, ainda que não tenha se atingido o quórum necessário para atribuição de efeito vinculativo ao referendo popular realizado, o legislador português optou por

seguir o resultado suplantado e rechaçar a mudança normativa intentada (SARMENTO, 2006, p. 135).

Por conseguinte, quase uma década depois foi convocado um novo referendo público dispondo da mesma proposta do referendo anteriormente realizado e rechaçado, baseando-se também nos mesmos argumentos trazidos pelo anterior tais quais “a existência do aborto clandestino, a ineficácia da criminalização, o controle deficiente da legislação penal em vigor e a percepção crescente de que Portugal estava simplesmente atrasado em relação aos vizinhos europeus”. O segundo referendo passou também por um crivo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português, o qual manteve o mesmo posicionamento anteriormente reiterado (RUBIO-MARÍN, 2017, p. 367).

Conforme explana Ruth Rubio-Marín (2017, p. 368), o referendo público foi realizado em fevereiro de 2007, e, em que pese apenas 43,57% dos eleitores cadastrados terem se manifestado não ensejando a índole vinculativa da votação, ressalte-se que 59,25% dos que votaram foram favoráveis à mudança normativa, o legislador português acatou o referido resultado.

A título conclusivo, Rosa Monteiro (2012, p. 587) expõe:

O ano de 2007 representou um marco decisivo na história da militância pela descriminalização do aborto em Portugal. Nele se realizou o (segundo) referendo sobre a “Interrupção Voluntária da Gravidez” (designação oficialmente adotada) realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas de gestação, e do qual o “sim” saiu vencedor. Em consequência, foi publicada a Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, que despenaliza a IVG. Em 2005, o Partido Socialista (ps) tinha inscrito no seu programa eleitoral a realização deste novo referendo, empenhando-se na campanha pelo “sim”, o que constituiu, sem dúvida, um fator importante para o resultado desta consulta, depois de mais de trinta anos de reivindicações feministas.

Por fim, cabe destacar que em 2015 houveram movimentos retrógrados em relação à legislação do aborto, com duas propostas de reforma da lei publicada em 2007, Lei nº 134 e Lei nº 136, ambas de 2015, as quais estipulavam respectivamente, que a mulher optante pela realização o aborto nas 10 primeiras semanas de gestação deveria arcar com os custos do procedimento, e, a submissão obrigatória a aconselhamento psicológico e social. Tais propostas de reforma foram sumariamente rejeitadas, permanecendo a Lei nº 16/2007 inalterada (RUBIO-MARÍN, 2017, p. 378).

### 2.6.3 Estados Unidos

*Ab initio*, cabe destacar que, contrariamente ao que aconteceu em diversos outros países em relação às normas que tratam do aborto, as quais foram desenvolvidas e suplantadas a partir de “uma série de acordos legislativos” e políticos, nos Estados Unidos a legislação acerca do abortamento foi imposta a partir de uma decisão do Supremo Tribunal, o qual tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis dos estados ou do próprio Congresso, decisão essa que nenhuma outra instância do governo pode se insurgir, a não ser, através de uma emenda constitucional (DWORKIN, 2003, p. 6)

Nesse sentido, quando do julgamento do caso *Roe vs. Wade* em 1973, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos modificou a legislação dos estados norte-americanos, conforme assevera Daniel Sarmiento (2006, p. 121):

A questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição norte-americana, mas no famoso caso *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973, entendeu-se que o direito à privacidade, reconhecido por aquele Tribunal no julgamento do caso *Griswold v. Connecticut*, de 1965, envolveria o direito de a mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação. Com base nessa orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que esse fosse realizado para salvar a vida da gestante.

A decisão proferida no caso supradito desaguou em três questões essenciais, a constar: (i) que os estados americanos não dispõem da legitimidade de proibir a prática do aborto arbitrariamente como bem entenderem, reafirmando que a mulher grávida dispõe de direito constitucional à “autonomia procriadora”; (ii) em que pese o anterior, os estados possuem, até certo ponto, um interesse genuíno e plausível de ter suas normas próprias no que tange ao aborto; (iii) traçou limites a serem observados pelos estados na produção de suas legislações, decretando que os estados não detêm o poder de proibir o aborto no primeiro trimestre da gestação, apenas podem dispor do aborto a partir do quarto até o sexto mês de gestação na hipótese em que a saúde materna estiver comprometida, e, por fim, que o aborto apenas poderá ser totalmente proibido no último trimestre da gravidez (DWORKIN, 2003, p. 235).

Destarte, cabe mencionar que em julgamentos que sucederam o caso *Roe vs. Wade*, ocorrido em 1992 (*Planned Parenthood vs. Casey*), o Supremo Tribunal flexibilizou a hipótese que permitia a prática do aborto irrestrito até o primeiro trimestre da gestação, apenas no caso em que já subsista a factibilidade de o feto sobreviver fora do útero; decretou a inconstitucionalidade de uma lei que exigia o consentimento do pai do feto para que a gestante procedesse ao aborto, entre outras decisões, das quais cabe destacar o entendimento suplantado no caso *Harry vs. McRae*, *ipsis litteris* (SARMENTO, 2006, p. 124):

Todavia, a força dessa orientação jurisprudencial em favor dos direitos reprodutivos das mulheres restou comprometida em face da orientação da Suprema Corte, firmada em *Harris v. McRae*<sup>13</sup>, e reiterada em casos subseqüentes, no sentido de que o Estado não está obrigado a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde ou a arcar com os respectivos custos, mesmo tratando-se de mulheres carentes, incapazes de suportar os ônus econômicos inerentes aos procedimentos médicos necessários.

Com efeito, a mencionada decisão desencadeou uma verdadeira celeuma nos Estados Unidos, considerando não apenas os mais diversos esforços políticos empregados pelos militantes do grupo “pró-vida” na tentativa de iniciar um processo de emenda à Constituição dos Estados Unidos declarando que o direito à vida dos fetos mereciam total proteção constitucional, mas também, o fato de que tal decisão foi tomada de forma discordante pelos integrantes do Supremo Tribunal, tribunal esse composto por juízes que nem sequer foram eleitos pela população (DWORKIN, 2003, p. 7).

Por fim, em recentíssima legislação aprovada pelo Senado estadual do Alabama, mais precisamente no dia 14/05/2019, restou proibido no referido Estado, a prática do abortamento até nos casos de gravidez decorrente de estupro e incesto, não importante em quase fase da gestação a mulher esteja, com exceção apenas para os casos em que a vida da gestante esteja em grave risco. Cabe asseverar ainda que a referida lei “foi aprovada com votos de 25 senadores, todos eles homens, brancos e membros do Partido Republicano” (THE NEW YORK TIMES, 2019).

### **3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

As conjecturas para o introito do processo de redemocratização do Brasil, após longo período de um “regime autocrático” de cunho militar iniciado com o Golpe de 1964, ocorreram, inicialmente, no final dos anos 1970, e, posteriormente, com o fortalecimento de movimentos sociais entre os anos de 1983 e 1984, a exemplo das “Diretas Já”, mobilizado por “entidades da sociedade civil, por partidos de oposição ao regime, por governadores eleitos pelo PMDB e pelo PDT” (PILLATI, 2008, p. 19).

Destarte, foi com a publicação de uma Emenda Constitucional à Constituição de 1967-1969, a EC nº 26 de 27 de novembro de 1985, a qual continha a previsão de criação de uma Assembleia Nacional Constituinte, encaminhada por José Sarney ao Congresso Nacional em 1985, que se formaram os contornos para o início do processo de criação da Constituição Federal de 1988 (TAVARES, 2015, p. 142).

Nesse ponto, cabe asseverar o quanto aludido por Adriano Pilatti (2008, p. 01), que “a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC) foi palco de grandes conflitos de interesse e opinião que haviam permanecido latentes, irresolutos ou agravados, durante os anos de repressão”, dando ensejo à mobilização de diversos setores da sociedade brasileira, que culminou num “processo decisório caracterizado pelo dissenso, pela intensa e permanente mobilização de atores coletivos internos e externos, por votações altamente polarizadoras”.

O primeiro turno de votações no Plenário para a escolha das normas que passariam a formar a Constituição, tiveram início em 27/01/1988, findando-se no início do mês de julho do mesmo ano. O segundo turno de votações teve início em 26/07/1988 em meio a uma grande tensão entre o Governo e a Constituinte, findando-se com a votação da redação final do projeto em 22/09/1988 (TAVARES, 2015, p. 107).

A “Constituição Cidadã” surgiu para elucidar uma “espécie de novo pacto institucional para a democracia”, na medida em que incorporou “a promessa da construção e manutenção de uma democracia sustentável após um longo período de tempo em que o Brasil foi marcado mais por governos de exceção que por governos democráticos”. Para além da instauração de um novo modelo de governo democrático, a Magna Carta de 1988 trazia também a promessa de garantia de direitos de inclusão social, com a

redução de desigualdades de cunho econômico e de oportunidades, bem assim, as desigualdades regionais (VERÍSSIMO, 2008, p. 408).

Conforme leciona Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 458):

A Constituição de 1988 surge como esperança para o povo brasileiro, suscitando no País um sentimento constitucional jamais visto antes. Sob sua égide e motivação, acontecimentos históricos foram registrados. O brasileiro passou a participar mais ativamente do processo político nacional, a ponto de comover o Congresso Nacional a deflagrar o *impeachment* de um Presidente da República, tirando-lhe do cargo; partidos de esquerda assumem o poder político nacional; cidadãos desprovidos de moradia se organizam em movimentos sociais de envergadura, que ganha força e repercussão nacional; o trabalhador do campo ganha mais proteção; políticas sociais são melhor direcionadas, enfim, o homem passou a ser o centro em torno do qual se edificou um novo modelo de Estado Social, promotor do bem-estar de toda a comunidade.

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2006, p. 36), aduz:

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.

A Carta Magna de 1988 possui a seguinte organização: Preâmbulo; Título I – Dos Princípios Fundamentais, do art. 1º ao 4º; Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, do art. 5º ao 17; Título III – Da Organização do Estado, assentado no art. 18 ao 43; Título IV – Da Organização dos Poderes, presente no art. 44 ao 135; Título V – Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas, no art. 136 ao 144; Título VI – Da Tributação e do Orçamento, no art. 145 ao 169); Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, presente no art. 170 ao 192; Título VIII – Da Ordem Social, no art. 193 ao 232; Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais, do art. 233 ao 250; Título X – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias no art. 1º ao 114 (CUNHA JR., 2017, p. 458-459).

Prevê o artigo 2º da Magna Carta de 1988, *ipsis litteris*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, cujas funções encontram-se especificadas no Título IV – Da Organização dos Poderes, artigos 44 a 135 (BRASIL, 1988).

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 908), leciona que a CF/88 “consagrou a *separação dos Poderes* como um *Princípio Fundamental* do Estado brasileiro, considerado de elevada importância para a democracia constitucional e para o regime de liberdades públicas”, conferindo especial proteção a tal princípio, tornando-lhe impassível de alteração ou remoção, como se infere de seu art. 60, § 4º, inciso III.

O alicerce da separação de Poderes reside, portanto, na especialização das funções governamentais e independência orgânica, independência esta que deverá se dar de forma harmônica e pautada na colaboração e reciprocidade entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, não basta que haja a divisão de funções, devendo haver também a incumbência dessas respectivas funções a órgãos diferentes, hipótese que desagua na teoria dos freios e contrapesos (BEZERRA, 2007, p. 260).

Sobre tal aspecto, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 14) elucida que a teoria clássica da divisão dos poderes assinalada por Montesquieu voltava-se mais para um “preceito de arte política do que um princípio jurídico”, não se tratando, portanto, de “um princípio para a organização do sistema e estatal e distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real”, através da inibição de um poder pelo outro de forma recíproca.

Não há que se olvidar, contudo, que as funções estatais não são exercidas em caráter de exclusividade por cada órgão do Poder, e sim, de forma predominante, ou seja, subsistem funções típicas que são específicas e próprias de cada Poder exercidas com certo monopólio, e aquelas funções consideradas atípicas, exercidas como forma de garantir a própria independência e autonomia (CUNHA JR., 2017, p. 909).

A regulação dos Poderes, como visto alhures, inicia-se partir do artigo 44, com o Poder Legislativo Federal, órgão que exerce a função legislativa e adota o sistema de *bicameralismo*. O artigo 44 da CF/88 prevê expressamente que “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, em que os representantes de ambas as casas, deputados federais e senadores, são eleitos pelo povo através do voto (BEZERRA, 2007, p. 260).

Com efeito, o Congresso Nacional, Órgão do Poder Legislativo da União, possui competências legislativas previstas no art. 48 da CF/88, previsão meramente exemplificativa, competências essas que necessitam da sanção do Presidente da

República por meio de regular processo legislativo federal, e, são exercidas pelas duas Casas Legislativas em sessões apartadas e sucessivas. Bem assim, dispõe ainda de competências políticas exclusivas atribuídas pela Magna Carta em seu art. 49, através da realização de sessão conjunta de suas Casas, as quais independem de sanção presidencial (CUNHA JR., 2017, p. 933).

A esse passo, legislar e fiscalizar constituem duas das funções típicas do Poder Legislativo, para o qual, além de a CF/88 estabelecer as diretrizes para o processo de elaboração de normas jurídicas pelo Congresso Nacional, também previu que “a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial do Poder Executivo”, tal qual estabelece o art. 70 da Magna Carta. Por oportuno, o Poder Legislativo ainda dispõe de funções atípicas que são as de administrar e julgar, restando caracterizada a primeira quando o próprio Legislativo trata de sua organização e funcionamento, e, no segundo caso, quando do “processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, por exemplo (MORAES, 2015, p. 432).

Destarte, prevê o art. 76, da CF/88, através da adoção do sistema presidencialista de governo, que o Presidente da República é o encarregado pelo Poder Executivo Federal, dispondo do auxílio dos Ministros de Estado, cabendo-lhe a chefia Estado, de Governo e de Administração através da representação e liderança política nacional, nos moldes do quanto previsto no artigo 84 da Magna Carta de 1988 (MARTINS, 2011, p. 436-437).

A respeito das atribuições do Poder Executivo, leciona Alexandre de Moraes (2015, p. 492), que não subsiste uma exclusividade absoluta, ao passo que exerce funções típicas e atípicas, o qual, para “além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62 – Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas”.

Quanto aos Poderes Legislativo e Executivo, Luís Roberto Barro (2016, p. 398), menciona que eles dispõem essencialmente de atribuições políticas, e, portanto, “são espaços por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias”.

Já ao Poder Judiciário, cabe a função jurisdicional através da qual o Estado “substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõe os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar suas próprias decisões na persistência do conflito”. Destarte, a atuação do Judiciário não se resume apenas à resolução de conflitos intersubjetivos, prestando-se ainda à garantia dos valores constitucionalmente albergados, dos direitos humanos fundamentais e à defesa do Estado Democrático de Direito (CUNHA JR., 2017, p. 997-998).

Nesse diapasão, para além do desempenho de sua função típica de imposição da validade do ordenamento jurídico através da aplicação da lei a um caso concreto, o Judiciário dispõe ainda de funções atípicas como as de natureza administrativa, a exemplo da concessão de férias aos seus membros (art. 96, I, *f*, CF/88), bem como, as de natureza legislativa, a exemplo da elaboração de seus regimentos internos (art. 96, I, *a*, CF/88) (MORAES, 2012, p. 524-525).

Com efeito, respaldada na grandiosa importância da função jurisdicional desempenhada pelo Judiciário, a Constituição lhe conferiu garantias constitucionais que visam uma atuação autônoma, livre e independente. Tais garantias subdividem-se em garantias funcionais ou garantias da magistratura, “que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional”, devidamente previstas no art. 95 da Constituição Federal, bem assim, as garantias institucionais, compreendendo “as garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira” que assistem ao próprio Poder Judiciário, dispostas nos artigos 96 e 99 da Magna Carta (CUNHA JR., 2017, p. 1006-1010).

Desta forma, visando a continuidade do Estado democrático de direito com o respeito aos direitos fundamentais do homem, tais Poderes possuem funções estatais inerentes, dispendo de prerrogativas e imunidades “invioláveis e impostergáveis”, bem assim, independentes e harmônicos entre si, viabilizando dessa forma um melhor exercício das funções que lhes são cabíveis (MORAES, 2015, p. 426, 429).

Por todo o exposto, se infere que a Constituição Federal de 1988, oriunda do processo de redemocratização do Estado brasileiro e marco do “novo direito constitucional”, impõe diretrizes e limites aos Poderes no desempenho de suas funções.

### 3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO

No constitucionalismo antigo a concepção de Constituição mostrava-se deveras limitada, na medida em que se pautava em um texto não escrito, utilizado primordialmente à limitação de alguns órgãos estatais e à organização política dos Estados antigos, reconhecendo ainda, de forma primitiva a existência de alguns direitos fundamentais e o caráter absoluto do Parlamento. Destarte, com o constitucionalismo moderno a Constituição passa a ser considerada como uma “norma jurídica fundamental e suprema”, escrita, prevendo a organização e disciplina do poder político, a indicação direitos fundamentais e a respectiva forma a ser utilizada para garanti-los (CUNHA JR., 2017, p. 23).

Assim, a partir de uma “evolução do constitucionalismo ocidental” e da superação do positivismo legalista e do jusnaturalismo, o neoconstitucionalismo tem como base prevalência tanto formal quanto formal da Constituição, com a abertura do sistema jurídico a valores e fatos sociais. O fenômeno referido se estabeleceu com a constitucionalização do direito, mediante o abarcamento pela Constituição dos mais variados temas dedicados à legislação infraconstitucional, o que repercute diretamente nos Poderes estatais e nos particulares, bem assim, com a supremacia normativa da Constituição (SOARES, 2013, p. 32-35).

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2006, p. 29-30) leciona que a constitucionalização do Direito repercute diretamente na atuação dos três Poderes, através da expansão das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, circunstância na qual “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. Tal movimento de profunda constitucionalização do Direito, na acepção do referido autor (BARROSO, 2006, p. 30), se deve às mudanças ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, quais sejam: (i) o advento do Estado Constitucional de Direito, enquanto marco histórico; (ii) o pós-positivismo com a primazia dos direitos fundamentais e embasamento ético do Direito, como marco filosófico; (iii) e, por fim, com o desenvolvimento de “uma nova dogmática da interpretação constitucional, com a força normativa da Constituição, e o crescimento da jurisdição constitucional.

Assim, depreende-se que o neoconstitucionalismo dispõe como caracteres primordiais o desenvolvimento de um novo imperativo de interpretação da Magna Carta, pela conformação de sua força normativa, e, por fim, pela ampliação da jurisdição constitucional (CARVALHO, 2009, p. 156).

O neoconstitucionalismo, com a intensa constitucionalização do Direito, desenvolveu-se inicialmente na Europa a partir da 2ª Guerra Mundial, e, no Brasil, somente a partir da Magna Carta de 1988 (SOARES, 2013, p. 32). Nessa medida, Ricardo Maurício Freire Soares (2013, p. 32-34), observa a existência de alguns caracteres do neoconstitucionalismo na CF/88, importando destacar os seguintes: “desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais fundada no valor supremo da dignidade da pessoa humana”; valorização da funcionalidade e eficácia jurídica da principiologia constitucional; valorização do Poder Judiciário com a judicialização das demandas políticas e sociais, com a consequente legitimação do ativismo social; o fenômeno da constitucionalização do direito; entre outros.

Em sentido diametralmente oposto, o professor Humberto Ávila (2009, p. 17-19), tece duras críticas ao movimento neoconstitucionalista inserido no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que tal fenômeno não disporia de respaldo na Constituição Federal de 1988, e defender tal ideário seria o mesmo que incorrer na contradição de violar a Constituição sob o fundamento de defender sua supremacia.

Acerca disso, o referido autor (ÁVILA, 2009, p. 03-17) faz quatro considerações e desconstruções acerca dos fundamentos normativo, metodológico, axiológico, organizacional do neoconstitucionalismo e sua aplicabilidade ao contexto da CF/88, assim sintetizados (2009, p. 17-19):

Não se pode, em primeiro lugar, asseverar que o tipo normativo prevalente adotado pela Constituição Brasileira de 1988 seja o princiológico: embora não se possa afirmar que a Constituição tenha adotado um modelo exclusivo de princípios, nem um arquétipo único de regras, se um qualificativo tiver de ser escolhido para representar a sua espécie normativa típica, esse qualificativo deverá ser o de “Constituição regulatória”. Não é exato declarar, pois, que se passou das regras para os princípios, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma espécie para outra. O que se pode afirmar é, tão-só, que a Constituição é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares.

Não se pode, em segundo lugar, dizer que a subsunção cede lugar à ponderação como método exclusivo ou prevalente de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro. Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o

aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas. Ele deve, é claro, interpretar as regras legais escolhendo, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se encaixar nos ideais constitucionais; interpretar as regras legais gerais e abstratas, adaptando-as às particularidades do caso individual e concreto, eventualmente afastando a previsão geral diante de um caso efetivamente extraordinário; interpretar as hipóteses constantes das regras legais, cotejando-as com as finalidades que lhes são subjacentes, quer as ampliando, quer as restringindo, quando elas se revelarem muito restritas ou muito amplas relativamente à sua finalidade. O que ele, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático, mesmo que com base em princípios que pretende “otimizar”. Se assim é, porém, a correspondência conceitual, vinculada a finalidades, persiste como importante método de aplicação do Direito. E se isso for verdadeiro, não é correto afirmar que se passou da subsunção para a ponderação, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma para outra. Não se pode, em terceiro lugar, sustentar que a justiça particular deve prevalecer, em extensão ou importância, sobre a justiça geral. As regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, servindo, por isso, de valiosos instrumentos de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A consideração dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo, antes assume uma importância fundamental num Estado de Direito. Sendo isso correto, não é correto enunciar que se passou da justiça geral para a justiça individual, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma para outra. Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se passou do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de um para outro.

De forma semelhante, Lênio Streck (2011, p. 12) afirma que, considerando as características singulares do direito brasileiro, os atributos do denominado neoconstitucionalismo acabaram por favorecer a corrupção do próprio texto da Magna Carta, provocando condições patológicas, materializadas na crença de que a jurisdição é a “responsável pela incorporação dos *verdadeiros valores* que definem o direito justo”.

Por oportuno, o supradito autor (STRECK, 2009, p. 13) explana que não se pode conformar o direito para aquilo que os tribunais dizem que é, sobrepondo a justiça constitucional ao próprio direito, acirrando as tensões entre os Poderes

constitucionalmente estabelecidos e comprometendo as bases da democracia representativa.

Destarte, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 443), elucida que “a hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa”, ao passo que, por consectário lógico, em se escolhendo a ampliação dos intentos e disposições constitucionais com o conseqüente fortalecimento do Judiciário enquanto protetor dos preceitos constitucionalmente previstos, restará facilitada a depreciação e derrocada do sistema representativo.

### 3.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição, “compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras”, encontra-se no centro do sistema jurídico, dispondo tanto de supremacia formal quanto de supremacia material, constituindo-se numa espécie de “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional” (BARROSO, 2010, p. 86-87).

A supremacia material da Constituição se perfaz através das normas nela contidas, a exemplo dos “direitos e garantias fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes”, as quais traduzem os fundamentos formadores do Estado de Direito, já a supremacia formal da Constituição, se perfaz a partir do complexo e solene procedimento de sua elaboração em relação às normas ordinárias, constituindo atributo inerente às Constituições rígidas (NOVELINO, 2008, p. 48-49).

Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso (2004, p. 67):

O princípio da supremacia da Constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a ideia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem.

Ainda quanto à rigidez da Constituição como pressuposto da supremacia constitucional, explana Dirley da Cunha Junior (2017, p. 36):

Ademais de uma Constituição formal, é necessário compreendê-la como uma *norma jurídica fundamental*, rígida e suprema, a fim de que se possa distingui-la das leis comuns. Aliás, a rigidez constitucional decorrer exatamente da previsão de um processo especial e agravado, reservado para alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Essa diferença de regime, consistente na existência de um processo especial e demasiadamente complexo para a alteração das normas constitucionais, confere à Constituição o *status* de norma jurídica fundamental, suprema em relação a todas as outras.

A rigidez da Magna Carta de 1988, encontra respaldo explícito em seu art. 60, o qual aborda o mecanismo concernente à Emenda Constitucional, consubstanciado em um procedimento deveras solene e dificultoso, e, que se propõe a viabilizar a feitura de modificações no texto constitucional (BOMFIM, 2008, p. 32).

Com efeito, a Constituição brasileira, contém normas de várias tipologias, funções e naturezas, e, em que pese algumas disporem de maior eficácia que outras, todas as normas jurídicas nela presente possuem imperatividade, imperatividade essa que desagua em sua supremacia face às outras normas comuns, as quais devem se coadunar ao texto constitucional, “seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material)” (CUNHA JR., 2017, p. 24-26).

A fim de se assegurar a manutenção dessa imperatividade e superioridade da Constituição, e garantir o respeito aos princípios fundamentais nela dispostos “sob a qual se estrutura todo o ordenamento jurídico”, se faz indispensável a existência de um mecanismo apto para tal (VIDAL, 2009, p.106-107).

Dessa maneira, através da via judicial, “a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*”, cujo componente de extrema importância se materializa através do controle de constitucionalidade, o qual visa “declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição” (BARROSO, 2010, p. 85).

Quanto à abrangência do controle de constitucionalidade, Walber de Moura Agra (2008, p. 16-17), assevera:

O controle de constitucionalidade pode ocorrer na lei ou no ato normativo, modificando sua estrutura legal, ou na interpretação da lei ou do ato normativo, mantendo-se a literalidade do texto, mas operando redução em sua incidência. No primeiro caso, há a necessidade de modificações na estrutura do comando normativo que afronta a Constituição, retirando a inconstitucionalidade do mundo jurídico. No segundo, não há a necessidade

de modificações na estrutura do comando normativo, pois o acinte à Carta Magna pode ser saneado por meio de restrições ao alcance da norma.

A fiscalização de constitucionalidade das normas abrange as leis em sentido formal, os atos normativos e os atos jurídicos privados. Leis em sentido formal são oriundas do Poder Legislativo, a exemplo das emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, resoluções, etc. Atos normativos são espécie produzidas na esfera administrativa e que, por contrariarem as disposições constitucionais, podem ser passíveis de controle de constitucionalidade. [...]

Ato jurídico privado é aquele firmado pelas partes contratantes, mas que produz efeitos jurídicos. Qualquer ato particular que afronte a Constituição Federal pode ser passível de controle de constitucionalidade.

Destarte, conforme leciona Marcelo Novelino (2008, p. 149-142), “a inconstitucionalidade em sentido estrito decorre do antagonismo entre uma determinada conduta (*positiva* ou *negativa*) do Poder Público e um comando constitucional (art. 102, I, a e III; art. 103, § 2º)”, oportunidade em que classifica as formas de inconstitucionalidades subsistem, quais sejam: (i) quanto ao tipo de conduta – ação ou omissão; (ii) quanto à norma constitucional ofendida – formal ou material; (iii) quanto à sua extensão – total ou parcial; (iv) quanto ao momento – originária ou superveniente; (v) quanto ao prisma de apuração – direta ou indireta.

Assim, conforme se depreende de toda a explanação alhures, o controle de constitucionalidade constitui um mecanismo de extrema relevância, na medida em que se propõe a compatibilizar as normas jurídicas infraconstitucionais, materialmente e formalmente, com as normas Constitucionais, normas de hierarquia superior, garantindo à Magna Carta a manutenção de sua supremacia. Nesse ponto, não há que se olvidar que, para muito além de garantir a supremacia e força normativa da Constituição, o controle de constitucionalidade das leis se propõe especialmente a proteger e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, refreando os “excessos, abusos e desvios de poder” (CUNHA JR., 2017, p. 33-34).

### **3.2.1 Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil**

Até a efetiva declaração de independência do Brasil em 1822, vigorava no país o estatuto jurídico português, as Ordenações Filipinas, as quais dispunham da noção de controle de constitucionalidade, materializando-se na hipótese de decretação de nulidade de determinada lei pelo corregedor municipal quando a mesma incorria em contradição face a alguma norma presente nas Ordenações (AGRA, 2008, p. 18).

Por conseguinte, após a proclamação da independência e com o advento da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, não se vislumbrou qualquer previsão acerca do controle de constitucionalidade, o que, conforme leciona Dirley da Cunha (2017, p. 91), deve-se ao axioma francês da rija separação de Poderes e à influência inglesa no que concerne à visão de supremacia do Parlamento.

O fato é que, a guarda da Constituição do Império, interpretação, suspensão ou revogação das normas jurídicas cabiam ao Poder Legislativo, formado pela Assembleia Geral Legislativa e pelo Senado, ao passo que o art. 15, inciso VIII e IX da mencionada Lei Maior determinava tal função, restando o Judiciário impossibilitado de empreender o controle de constitucionalidade (AGRA, 2008, p. 18).

Ademais, destaque-se a atribuição conferida ao Imperador, “Poder Moderador”, o qual era responsável “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”, conforme prescrevia o art. 98 da Lei Maior de 1824, incumbido de dirimir possíveis controvérsias surgidas entre os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, não restando ao último a prerrogativa nem confiabilidade de exercer o “controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público” (CUNHA JR., 2017, p. 92).

Com o advento da Constituição de 1891, veio a expressa hipótese de exercício de controle de constitucionalidade pelas justiças da União e dos Estados que deveriam se pronunciar sobre a invalidade de leis em relação à Constituição, mais precisamente em seus artigos 59 e 60, adotando o modelo americano incidental e difuso de controle, o qual vigeu praticamente intacto até a Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2016, p. 85).

Cabe destacar que, em razão do modelo adotado com a multiplicidade de órgãos judiciários aptos à realização do referido controle, sobrevieram diversos julgamentos dispare, deficiência essa que apenas veio a ser atenuada com o advento da Constituição de 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em seus artigos 91, IV, 96 e 179, e, apesar de ainda ter mantido o controle judicial difuso e incidental nos moldes do quanto dito alhures, deu os primeiros passos em direção ao desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade, ao dispor da representação interventiva/ação direta interventiva regulada pelos artigo 7º, I, alíneas a a h, e art. 12, V, § 2º (CUNHA JR., 2017, p. 94-95).

Walber de Moura Agra (2008, p. 21), resume de forma concisa as inovações trazidas pela Constituição de 1934, como se infere:

Houve a introdução de *quórum* qualificado de maioria absoluta, com requisito para decretar a inconstitucionalidade de qualquer lei em órgãos colegiados (art. 179). Em seu art. 68, foi vedado ao Poder Judiciário apreciar questões exclusivamente políticas, seguindo exemplo norte-americano denominado de *political questions*.

Outra inovação foi possibilitar ao Senado Federal, de forma discricionária, suspender a execução, no todo ou em parte, de ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, estendendo os efeitos à generalidade dos casos semelhantes, ou seja, *erga omnes*. Dispunha seu art. 91, IV, que compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Com a suspensão de eficácia pelo Senado das normas consideradas inconstitucionais, houve a introdução do efeito *erga omnes* no controle de constitucionalidade brasileiro, o que representou ganho para a eficácia do sistema, impedindo a coexistência de decisões contraditórias acerca de mesma matéria. Houve aprimoramento do sistema de freios e contrapesos, em que um órgão do Poder Legislativo, verificando a conveniência e a oportunidade do caso, poderia ampliar a eficácia da decisão judiciária.

Outra contribuição de relevo da Constituição de 194 foi a introdução da primeira ação direta de controle de constitucionalidade, a ação interventiva, com objetivo de assegurar a integridade dos denominados princípios sensíveis, que deveriam ser obrigatoriamente repetidos pelas Constituições estaduais e não podiam ser maculados.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, a mais autoritária até o momento, aspirou o enfraquecimento do Poder Judiciário face ao controle de constitucionalidade, ao passo que previa possibilidade presente em seu art. 96, parágrafo único, de o Poder Executivo proceder à retirada de eficácia de “decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal” através do voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas, quando se tratasse de lei de iniciativa do Presidente da República, hipótese esdrúxula na medida em que era o próprio presidente que exercia essa função ante ao não funcionamento do Poder Legislativo que não foi sequer convocado (CUNHA JR., 2017, p. 95).

Outrossim, a Constituição de 1946, que manteve basicamente intacta os institutos da Constituição retro, introduziu uma mudança drástica no controle de constitucionalidade do país a partir da EC nº 16, de 26 de novembro de 1965, qual seja, o controle concentrado de constitucionalidade ou controle por via principal, em seu artigo 101, *k*, através da inclusão da ação genérica de inconstitucionalidade. Tal ação incumbia ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, devidamente direcionada pelo Procurador-Geral da República (BARROSO, 2016, p. 86).

A Carta Magna de 1967/69 não fez alterações significativas nas normas referentes ao controle de constitucionalidade trazidos pelas Constituições anteriores, cabendo mencionar as mais relevantes: deixou de versar sobre dispositivo que permitia aos Estados a decretação de inconstitucionalidade de lei ou atos municipais que fossem de encontro direto às suas Constituições, inserta pela EC nº 16/65; através da EC nº 01/69 passou a admitir a representação interventiva pelos Estados em face dos municípios; por fim, com a EC nº 7/77, advieram a previsão de cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, *p*), e, a criação da “representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *l*)” (CUNHA JR., 2017, p. 97).

Com o advento da Magna Carta de 1988, houve a manutenção do controle de constitucionalidade “difuso-concreto-incidental” e do controle “concentrado-abstrato-principal”. Através do mecanismo difuso-concreto-incidental, o controle de constitucionalidade das omissões e atos do poder público é realizado através de uma ação judicial em concreto pelo juiz ou tribunal. No que tange ao método concentrado-abstrato-principal, o controle de constitucionalidade é realizado através de uma ação direta, pelo STF, em caso de conflito de “atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal”, ou então, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal em se tratando de uma afronta de atos estaduais ou municipais frente à Constituição Estadual (CUNHA JR., 2017, p. 97).

Por oportuno, cabe asseverar que foram implantadas diversas inovações, tais quais as que seguem (BARROSO, 2016, p. 87-89):

- a) a ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

[...] A principal inovação trazida pelo constituinte de 1988, que ampliou significativamente o exercício da jurisdição constitucional do Brasil, foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Com a nova Carta, o controle de constitucionalidade por via principal passou a poder ser deflagrado por um extenso elenco de legitimados, alinhados no art. 103 [...].

Não obstante, subsistem ainda a criação da ação declaratória de constitucionalidade em 1993 através da EC nº 03, cujo processo e julgamento foi disciplinado em conjunto com o da ação de inconstitucionalidade por meio da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Outrossim, através da Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999, passou a ser regulamentada a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2016, p. 89).

Destarte, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 98), à luz da Constituição de 1988, expõe de forma resumida o atual cenário do controle de constitucionalidade brasileiro, *in verbis*:

- 1) o controle **difuso-concreto-incidental**, provocado por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal, e
- 2) o controle **concentrado-abstrato-principal**, provocado por via das seguintes ações diretas perante o STF:
  - 2.1) Ação direta de inconstitucionalidade (**ADI**)
  - 2.2) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (**ADO**)
  - 2.3) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (**Representação Interventiva**)
  - 2.4) Ação declaratória de constitucionalidade (**ADC**)
  - 2.5) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (**ADPF**)

Constata-se, portanto, que houve um soerguimento no alcance do controle de constitucionalidade, uma vez que antes se prestava apenas a auferir materialmente e formalmente a concordância entre leis e atos normativos face à Carta Magna, e, no presente, se presta a corrigir as omissões do legislador infraconstitucional, bem assim, o cumprimento das lei programáticas da Constituição através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, “impondo aos entes estatais a obrigatoriedade de realizar determinadas ações para concretizar o preceito fundamental disposto no texto constitucional” (AGRA, 2008, p. 14).

Por fim, não há que se olvidar que a Constituição Cidadã de 1988 procedeu à significativa ampliação das hipóteses de controle constitucional abarcadas pelo modelo concentrado (CUNHA JR., 2017, p. 98), modelo esse que será melhor tratado a seguir.

### **3.2.2 Controle concentrado de constitucionalidade: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

Os antecedentes do controle concentrado de constitucionalidade, por via principal ou por ação direta, foi inicialmente a Constituição brasileira de 1934 através da

representação preventiva, cabível na hipótese de “inobservância de algum dos denominados princípios constitucionais sensíveis” por algum Estado-membro, o que resultava em uma intervenção federal no referido ente. Posteriormente, com a ampliação do controle por via principal, através da EC nº 16, de 26 de novembro de 1965, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a ação genérica de inconstitucionalidade (BARROSO, 2016, p. 191).

A Constituição de 1988 procedeu à “criação de novas ações diretas a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal e outras autoridades, órgãos e entidades”, aproximando o STF dos Tribunais Constitucionais europeus, prevendo a possibilidade de concessão de efeitos vinculantes no bojo das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado, ampliando-o e aperfeiçoando-o (CUNHA JR., 2017, p. 185).

Assim, em seu artigo 102, I, a e § 1º, a Magna Carta de 1988 prevê o controle por via principal de competência reservada ao STF, e, em seu art. 125, § 2º, dispõe da competência estadual dos Tribunais de Justiça para a realização do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade (NOVELINO, 2008, p. 180).

De forma didática, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 185), explana o controle concentrado, *ipsis litteris*:

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma **fiscalização abstrata** das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma **ação direta**, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de **questão principal**, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém, jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental<sup>1</sup> - é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

Em assim sendo, como anteriormente já explicitado, a Carta Magna de 1988 dispõe de quatro instrumentos em seu texto para a concretização do controle de constitucionalidade por via principal, quais sejam, “ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação de inconstitucionalidade por omissão (AIO), ação

declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) ” (NOVELINO, 2008, p. 180).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação constitucional destinada especificamente à proteção dos preceitos constitucionais fundamentais eminentemente ameaçados em face de atos ou omissões do poder público, mediante a provocação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal (CUNHA JR., 2017, p. 322).

A referida ação constitucional foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, dispondo originalmente de previsão em seu artigo 102, parágrafo único, posteriormente foi eliminado pela Emenda Constitucional nº 03/1993. A citada emenda dividiu o parágrafo único eliminado em dois novos parágrafos, passando a ADPF a ter previsão no parágrafo 1º do artigo 102, da CF/88 (CUNHA JR., 2017, p. 317-318).

Dispõe o § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 que, “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Desponta da citada previsão seu caráter extremamente enigmático, provendo apenas duas conclusões de sua leitura, quais sejam, inicialmente a necessidade de uma lei que regulamente o instituto da ADPF, e de outro lado, a competência do STF para seu processamento e julgamento, conforme aduz Gabriel Dias Marques da Cruz (2011, p. 32).

Nesse sentido, visando a elaboração da proposta de um anteprojeto para a regulamentação da ADPF, em 07 de julho de 1997, foi editada a Portaria nº 572, constituindo uma Comissão Especial, pelo então Ministro da Justiça Iris Rezende. Tal comissão foi composta pelos professores Celso Ribeiro Bastos, Ives Grandra da Silva Martins, Arnoldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, cuja proposta, quando de sua apresentação ao Senado Federal, sofreu algumas modificações. Assim, a proposta foi aprovada com 14 artigos, 18 parágrafos e 09 incisos (CUNHA JR., 2012, p. 584-585).

Quando de sua submissão à sanção presidencial, a proposta teve alguns de seus dispositivos vetados, o que decerto lhe acarretou algumas deturpações e a criação de algumas perplexidades, deixando ainda de explicar de forma compreensível o

significado e alcance da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, adverte Luís Roberto Barroso (2016, p. 322-323).

Desta feita, foram vetadas quatro proposições pelo Presidente, quais sejam, o inciso II do parágrafo único do art. 1º, o inciso II do art. 2º, o § 2º do art. 2º, o § 4º do art. 5º, e, por fim, os §§ 1º e 2º do art. 8º. A vedação dos respectivos dispositivos tinham fundamentalmente como respaldo a não interferência excessiva do STF sobre o Poder Legislativo, o não comprometimento funcional do pretório excelso ante a possível elevação de processos ajuizados, e, por último, o elevado *quórum* para a consecução da procedência ou improcedência da ADPF, o que comprometeria desnecessariamente a agilidade e efetividade da ação em comento (CRUZ, 2011, p. 38-39).

Destarte, infere-se que, em que pese ter sido pautada e concebida como um instrumento a permitir a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, da forma que a ADPF restou regulamentada, especialmente em decorrência dos vetos presidenciais que sofreu, a arguição brasileira “ficou mais para advocatória do que para ação constitucional do cidadão”, conforme dicção de Gustavo Binbenbojm (2014, p. 242).

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas veio a ser regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, a qual, apesar das flagrantes deficiências contidas na Lei que regula o processo e julgamento da ADPF, não há de se negar que ela tenha proporcionado uma correção em referência a certos equívocos da jurisprudência do pretório excelso, trazendo consigo ainda, avanços no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade (CUNHA JR., 2017, p. 319)

Destaque-se que, a Lei nº 9.882/1999, logo de sua entrada em vigor foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, ADI 2.231, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, a qual levou o STF à suspensão do julgamento de diversas ADPF's. Por oportuno, quando do julgamento da ADPF nº 46/DF, e da ADPF nº 54/DF, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, restou explícito que a Lei nº 9.882/99, apesar de ter sua constitucionalidade questionada, encontrava-se em pleno vigor (BARROSO, 2016, p. 325).

A despeito do retro mencionado, a lei de processo e julgamento da ADPF possibilitou um controle concentrado-incidental junto ao STF em qualquer processo judicial concreto, um controle abstrato de atos infra legais e concretos da União, Estados,

Distrito Federal e Municípios, bem assim, a constitucionalidade do direito ordinário anterior à entrada em vigor da CF/1988 (CUNHA JR., 2017, p. 319).

Com efeito, impõe destacar que se sedimentou entendimento no STF acerca da impossibilidade de proposição de ADPF que vise questionar súmulas de Tribunais, atos inacabados e sujeitos de modificação e atos que já tenham sido extirpados do ordenamento jurídico, em consonância com o quanto exposto por Gustavo Binbenbojm (2014, p. 245-246).

Por conseguinte, prevê o art. 1º da Lei nº 9.882/1999: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999).

Há que se destacar, inicialmente, e em conformidade com o entendimento albergado por Marcelo Novelino (2008, p. 200), que *descumprimento* não é o mesmo de *inconstitucionalidade*.

Conforme leciona Gabriel Dias Marques da Cruz (2011, p. 46), subsistem duas correntes teóricas que tratam da distinção entre os termos retro mencionados, a constar: (i) para a primeira corrente o *descumprimento* seria algo mais amplo que pressupõe um espectro maior de atos do Poder Público que podem vir a ter sua constitucionalidade questionada, ou seja, seria um gênero que comporta a *inconstitucionalidade*; (ii) já a segunda corrente, em sentido totalmente contrário, assume que a *inconstitucionalidade* seria um gênero que abarcaria o *descumprimento*.

O supracitado autor afirma que, em que pese a prevalência da primeira corrente anteriormente mencionada, a qual confere maior abrangência ao termo *descumprimento*, há de se destacar que, com respaldo no texto constitucional, é insubsistente a necessidade para a existência de uma diferenciação entre os termos, haja vista que ambos os comportamentos perpetrados através de uma manifestação omissiva ou comissiva do Poder Público, desencadeiam necessariamente uma contrariedade à Magna Carta (CRUZ, 2011, p. 46-47).

Em sentido contrário, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 329-330), leciona que a *inconstitucionalidade* consiste num desacordo de atos e omissões do poder público com o texto constitucional, através de leis ou de atos normativos, ou seja, uma

desconformidade direta e imediata com a Constituição. Já o descumprimento que instrumentaliza a ADPF seria algo de cunho mais amplo, com vasto objeto de controle, referindo-se a leis ou atos normativos, atos não normativos e decisões judiciais, oriundos de órgãos públicos, pessoas físicas ou pessoas jurídicas, compreendendo violações indiretas à Magna Carta.

No que tange à locução “preceito fundamental”, note-se quem nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 9.882/1999 se prestaram a definir o que seria ou qual o alcance da locução retro mencionada, delegando tal incumbência à atividade jurisdicional e à doutrina, deduzindo-se, contudo, que preceito fundamental não se refere a qualquer preceito disposto na Magna Carta (BARROSO, 2016, p. 328).

Com efeito, nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 9.882/1999 se prestaram a definir o que seria ou qual o alcance da locução retro mencionada, delegando tal incumbência à atividade jurisdicional e à doutrina, deduzindo-se, contudo, que preceito fundamental não se refere a qualquer preceito disposto na Magna Carta (BARROSO, 2016, p. 328).

Partindo do pressuposto inegável de que a Constituição é uma lei fundamental e que por consectário lógico suas normas são fundamentais, depreende-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação direcionada exclusivamente à proteção de um determinado espectro de normas constitucionais, os ditos preceitos fundamentais. Assim, deve-se proceder a uma análise valorativa da CF/88, ou seja, há de se sopesar suas normas e desta forma identificar quais seriam os referidos preceitos fundamentais, os quais “estão diretamente ligados a valores supremos do Estado e da Sociedade” (CUNHA, 2017, p. 325).

Na acepção de Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 327) destaque-se:

Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tenta a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe darão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição. É por essa razão que o constituinte deliberou por destinar aos preceitos fundamentais uma proteção especial, através de uma ação também especial.

Desta feita, deve-se admitir que, de fato, subsistem normas constitucionais que inequivocamente dispõem de maior relevância se postas frente a outras normas constitucionais, o que, via de consequência, desemboca na constatação de que subsiste uma “hierarquia material ou axiológica” entre as normas dispostas na Magna Carta (CRUZ, 2011, p. 49).

O Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADPF nº 33/2002 de sua relatoria, explicitou a dificuldade de se indicar quais seriam os preceitos fundamentais dispostos no texto constitucional que poderiam ser objeto de um controle de constitucionalidade através da ADPF. No entanto, esclareceu que alguns desses preceitos encontram-se explícitos na Magna Carta, a exemplo dos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º, dentre outros dispostos esparsamente na CF/88, os princípios constantes na cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, bem assim, os princípios sensíveis presentes no art. 34, VIII (STF, ADPF 33, 2002).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2016, p. 329), destaca um espectro de normas constitucionais cujo conteúdo deve ser irrefutavelmente considerado como preceito fundamental, a constar: os princípios fundamentais presentes nos artigos 1º a 4º, Título I da Constituição Federal de 1988, nos quais encontram-se dispostos os princípios fundamentais; os artigos 5º e seguintes, os quais tratam dos direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos sociais; os princípios ensejadores da intervenção federal, ditos como princípios constitucionais sensíveis, os quais estão assentados no artigo 34, inciso VII e, por fim, as cláusulas pétreas constantes no § 4º, do artigo 60. Deve-se destacar, contudo, que tal arrolamento não é exaustivo.

Dirley da Cunha (2017, p. 329) entende ainda, pela inclusão ao retro mencionado rol de preceitos fundamentais, as normas de organização do Estado brasileiro, dispostas no Título III da CF/88, bem como, das normas que tratam da organização dos Poderes, presentes no Título IV.

Outrossim, ainda da leitura do art. 1º, *caput*, e inciso I, da Lei nº 9.882/1999, grande parte da doutrina prescreve que subsistem duas tipologias distintas de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a constar, a arguição autônoma, com o fundamento de evitar ou reparar lesão à preceito fundamental em virtude de atos do Poder Público, e a arguição incidental, quando o fundamento da controvérsia constitucional se mostrar relevante (BARROSO, 2016, p. 325-326).

Prescreve o art. 1º, *caput*, e inciso I, da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL, 1999), *verbis*:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Destarte, em que pese o supracitado, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 330-331), destaca que tal distinção é puramente processual pautada numa distinção de ritos não subsistindo de fato duas tipologias distintas de ADPF, pois, do contrário, a lei infraconstitucional teria criado nova modalidade de arguição, o que seria, por consectário lógico, inconstitucional.

Assim, o retro mencionado autor explana que a arguição autônoma se configura como um processo de natureza objetiva, visando a proteção de preceitos fundamentais ameaçados ou já lesados pelo poder público, independentemente de uma controvérsia preexistente, diretamente direcionada ao STF. Já a arguição incidental caracteriza-se por um *processo de natureza subjetivo-objetiva*, com respaldo em uma controvérsia preexistente diante de qualquer juízo ou tribunal, que, assim como a autônoma, tem como objeto a discussão da aplicação de lei ou ato normativo que se mostrem violadores de preceito fundamental relevante (CUNHA JR., 2012, p.597-598).

Com efeito, a legitimidade para proposição da referida ação se encontra presente na Lei nº 9.882/1999, em seu art. 2º, inciso I, ou seja, os mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, regulamentadas pela Lei nº 9.868/99, conforme se infere do art. 103 da Constituição Federal de 1988 (NOVELINO, 2008, p. 199).

Nesse ponto, impõe ressaltar que a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de distinguir os legitimados universais, aos quais se permite o manejo irrestrito das ações de controle principal, e, os legitimados especiais para a propositura da ADI e da ADC, e, por consequência a ADPF, sendo eles o “governador de Estado ou de Distrito Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou de Câmara Legislativa do Distrito Federal, assim como as confederações sindicais e entidades de classe”, os

quais deverão “demonstrar de modo cabal a relação entre o perfil da entidade e o interesse perseguido com o ajuizamento da ação direta” (CRUZ, 2011, p. 73-74).

A competência para seu processamento e julgamento restou atribuída tão somente ao STF, nos moldes do quanto estabelecido no art. 102, § 1º, da Magna Carta, exatamente por se tratar de um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade (NOVELINO, 2008, p. 200).

Luís Roberto Barroso (2016, p. 342), destaca que, apesar de a CF/88 não ter previsto a possibilidade da ADPF no âmbito dos Estados-membros, com base no princípio da simetria, a mesma poderia ser instituída pelo constituinte estatal, cabendo avultar que tal hipótese restou concretizada nas Constituições estaduais do Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Alagoas.

Outrossim, deve-se destacar o caráter subsidiário da ADPF contido expressamente no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o qual prevê que “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”, entendimento esse amplamente suplantado pela doutrina e por precedentes do próprio STF (BARROSO, 2016, p. 335-336).

Sobre o entendimento majoritário e adota pelo STF quando à subsidiariedade da ADPF, aduz Gabriel Dias Marques da Cruz (2011, p. 97-98), *ipsis litteris*:

A arguição de descumprimento seria cabível nas hipóteses de objetos que não podem ser manejadas nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva ou por omissão, bem como nas ações declaratórias de constitucionalidade – postura que vem encontrando repercussão no STF. Logo, para o Tribunal, a compreensão da subsidiariedade deve estar vinculada à ausência de mecanismos que estejam aptos a resolver a controvérsia no âmbito das ações de controle *principal* de constitucionalidade, ou seja, que não sejam eficazes no bojo do processo objetivo, embora persistam dificuldades em sua interpretação.

A respeito das decisões que a ADPF comporta, a decisão liminar, o art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 prevê expressamente que é competência do Plenário do Supremo Tribunal Federal o exame de pleito de concessão de medida liminar, cujo requisito para seu deferimento é o voto da maioria absoluta de seus membros, admitindo-se ainda, de forma excepcional, que tal medida seja analisada e concedida *ad referendum* do Plenário do Tribunal pelo Ministro relator, nas hipóteses contidas no § 1º do art. 5º do mencionado diploma legal (CUNHA JR., 2017, p. 342).

Nesse diapasão, sintetiza o professor Gabriel Dias Marques da Cruz (2011, p. 99):

[...] pode haver *deferimento* liminar, em decisão monocrática do relator, em três hipóteses: (1) extrema urgência, (2) perigo de lesão grave ou (3) período de recesso, em todos os casos *ad referendum* do Tribunal Pleno (§ 1º do art. 5º). Pode haver, também, deferimento liminar pela decisão da maioria absoluta dos Ministros do STF (art. 5º, *caput*).

Em ambos os casos a liminar permite uma grande variedade de efeitos, abrangendo: (1) determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento dos seus processos; (2) determinação da suspensão dos efeitos das decisões judiciais; (3) determinação de suspensão de quaisquer outras medidas que apresentem relação com arguições de descumprimento. Em todas as hipóteses de suspensão devem ser preservadas as decisões acobertadas pela coisa julgada – o que foi, inclusive, alvo de decisão do STF na ADPF 79 (§ 3º do art. 5º).

A título exemplificativo, cabe destacar a decisão liminar proferida no bojo da ADPF nº 54 em que se debatia a possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de fetos anencéfalos, na qual, o relator Ministro Marco Aurélio deferiu o pedido de medida liminar determinando o sobrestamento das demandas judiciais ainda não transitadas em julgado que tratassem da matéria objeto da arguição, bem assim, reconhecendo “o direito constitucional de as gestantes submeterem-se ao parto terapêutico, tendo a última parte sido revogada pelo Plenário do STF para apreciação de mérito em decisão definitiva de mérito, mantendo-se a primeira parte intacta (BARROSO, 2016, p. 359-360)

Dessa maneira, nota-se a excepcionalidade da decisão proferida em sede liminar “em razão de militar em favor dos atos estatais de presunção de sua constitucionalidade”, sendo cabível apenas nas hipóteses em que se constam a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (CUNHA JR., 2017, p. 342).

No que se refere à decisão definitiva de mérito da ADPF, há de se observar, inicialmente, que a sessão de julgamento só será realizada caso haja o *quórum* mínimo de instalação de pelo menos dois terços dos Ministros do STF, equivalente a oito de seus integrantes, e, para o efetivo julgamento de procedência ou improcedência da ADPF, exige-se o pronunciamento de maioria absoluta dos Ministros, conforme prescreve o art. 97 da Magna Carta de 1988 (CUNHA JR., 2017, p. 357-358).

Luís Roberto Barroso explana de forma sucinta o conteúdo da decisão e as providências posteriores, *in verbis*:

A decisão fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10), podendo fazer cessar o ato ou a decisão exorbitante ou determinar medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição. Após o julgamento, será feita a

comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados e determinado o cumprimento imediato da decisão, lavrando-se acórdão posteriormente (art. 10 e parágrafo único). Dentro de dez dias a partir do trânsito em julgado, a parte dispositiva do acórdão será publicada na imprensa oficial (art. 10 §§ 1º a 3º).

Quanto aos efeitos da decisão proferida no bojo da arguição, Luís Roberto Barroso (2016, p. 361-362), os subdivide em *subjetivos* e *objetivos*. Em relação aos efeitos subjetivos dispostos no art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99, refere que “a decisão proferida em ADPF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. No que tange aos efeitos objetivos, em se tratando de um ato normativo, os efeitos serão semelhantes aos de uma declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade; caso se trate de um ato administrativo, tal disposição haverá de ser extirpada do ordenamento, ou ser declarado nulo; e, por fim, em se tratando de uma decisão judicial, caso “a simples afirmação da tese jurídica não produzir consequência apta a evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, uma decisão específica deverá ser proferida pelo juiz natural”.

Destarte, impõe asseverar que, no caso das decisões proferidas no bojo do controle difuso de constitucionalidade, as mesmas apenas irão adquirir o efeito *erga omnes* “mediante resolução suspensiva do Senado Federal, no uso da competência prevista no art. 52, X, da CF”, ainda subsistam posicionamentos discordantes que defendem que tal efeito se dê de forma automática a todas as decisões do STF (CRUZ, 2011, p. 100).

Por oportuno, quanto aos efeitos temporais e o efeito *erga omnes* da decisão, o art. 11 da Lei nº 9.882/99, à semelhança do art. 9.868/99 (Lei que regulamenta a ADI e a ADC), é facultado ao STF, respectivamente: (i) a possibilidade de conceder à decisão proferida efeitos *ex tunc* (retroativos), ou *ex nunc* (a partir do trânsito em julgado), ou em outro momento que julgar adequado, inserto no lapso ente a publicação da norma impugnada e o efetivo trânsito em julgado da decisão que declarar sua inconstitucionalidade; (ii) restringir os efeitos da decisão excluindo certas situações e limitando sua eficácia *erga omnes*. Não há que se olvidar, contudo, que para a concretização das mencionadas hipóteses, exige-se o pronunciamento de dois terços dos Ministros (requisito formal), bem assim, a configuração do excepcional interesse social na modulação de tais efeitos (requisito material) (CUNHA JR., 2017, p. 361-362).

Com efeito, a decisão definitiva de mérito proferida no bojo da arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurável e não pode ser sujeitada à ação rescisória, conforme prescreve o art. 12 de seu diploma legal, admitindo-se, no entanto, a oposição de embargos de declaração nas hipóteses legais previstas (CRUZ, 2011, p. 99).

Por fim, ante o descumprimento da decisão, é cabível a interposição de reclamação, com fulcro no art. 13 da Lei nº 9.882/99 (BARROSO, 2016, p. 360).

Desta feita, depreende-se que a ADPF, além de flagrantemente se prestar à defesa dos preceitos fundamentais constitucionalmente albergados, tem o condão de transformar-se em um poderoso mecanismo de controle das omissões do poder público nas oportunidades em que essa inércia for de encontro direto aos mencionados preceitos constitucionais (CUNHA JR., 2017, p. 324).

### **3.2.3 Legitimidade do Controle de constitucionalidade e Ativismo Judicial**

É evidente que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem atuado ativamente e proferido importantes decisões em casos deveras complexos e notórios, tangendo à Magna Carta, as competências dos Poderes constituídos e à política nacional, gerando ao mesmo tempo aprovação e críticas, na medida em que também torna palpável a fluidez existente entre política e justiça na contemporaneidade (BARROSO, 2012, p. 23).

A esse passo, e em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso (2016, p. 76), destaca a existência de duas principais “impugnações” ou críticas realizadas em face da inexistência de legitimidade dos tribunais para realizar o controle de constitucionalidade das leis, quais sejam: (i) a chamada dificuldade contramajoritária, materializada no argumento de que “agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões de órgãos legitimados pela escolha popular”; (ii) a inviabilidade de controle democrático das decisões proferidas pelos órgãos judiciais quando do esgotamento dos recursos cabíveis, diga-se de passagem, na esfera do próprio Judiciário, exceto através da superação da decisão proferida através de uma emenda constitucional.

Assim, em razão de os juízes não serem eleitos através da vontade e voto popular, é suscitada a falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário para proceder ao controle de constitucionalidade das leis na via judicial, na medida em que as leis foram “elaboradas por um Poder Legislativo eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito” (CUNHA JR., 2017, p. 37). Nessa medida, a atuação dos juízes no controle de constitucionalidade violaria frontalmente o princípio da separação de Poderes, restringindo a dita “vontade nacional” consumada na promulgação de legislações votadas e aprovadas pelo parlamento (CUNHA JR., 2017, p. 41).

Destarte, Geovanne de Mori Peixoto (2013, p. 171-172) entende que, justamente em razão de os membros do Poder Judiciário não terem sido diretamente escolhidos por uma maioria, “se revestem da imparcialidade necessária, e, até mesmo, se blindam contra as pressões da “maioria”, utilizando as garantias e direitos fundamentais para proteger as “minorias” dos ataques contra elas perpetrados”.

Nessa medida, cabe asseverar que a democracia não tem apenas como alicerce o princípio majoritário. Baseia-se ainda na concretização de valores essenciais e na efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, através de ferramentas que garantam a participação isonômica e livre de todos os cidadãos no processo de tomada de decisão (BARROSO, 2016, p. 81).

Acerca do supra exposto, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 44) refere que a legitimidade da jurisdição constitucional encontra amparo na “capacidade que ela tem de *harmonizar* os valores do Estado Democrático – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais”, ao passo que as minorias também passar a dispor de proteção no espaço democrático.

Não há que se olvidar, contudo, que o controle judicial de constitucionalidade está totalmente imune ao perigo de tornar-se um risco à democracia, bloqueando “desenvolvimento constitucional do Estado”. Contudo, tal questão não pode agir em desfavor do controle judicial de constitucionalidade, muito menos em se falar em sua extinção, sendo necessário implementar um esforço no sentido de manter seu equilíbrio e coibir possíveis anomalias que possam vir a surgir (CUNHA JR., 2017, p. 38).

Sobre isso, Luís Roberto Barroso (2012, p. 23) assevera:

Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem-intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.

Com efeito, a legitimidade formal do controle de constitucionalidade advém da própria Magna Carta, e da necessidade de defesa dos princípios fundamentais advém sua legitimidade material, e, em assim sendo, “em última instância, é a própria vontade popular, fonte do Poder Constituinte, que confere à justiça constitucional o tônus de sua legitimação”. Desponta ainda, que a legitimidade da jurisdição constitucional, materializada no controle judicial de constitucionalidade pauta-se na necessidade de um equilibrado sistema de controle recíproco entre os Poderes, ao passo que monitora os atos e omissões do poder público (CUNHA JR., 2017, p. 44).

Luís Roberto Barroso (2016, p. 79), enfatiza que a teoria da separação dos Poderes e a democracia estritamente representativa não mais se mostram suficientes para obstar a legitimidade da jurisdição constitucional, enumerando alguns dos argumentos que, *a contrario sensu*, a legitimam, a constar:

- o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno;
- a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo;
- juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia;
- a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.

Portanto, na esteira de pensamento trazida por Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 39), deve-se ter como questão primordial o fato de que “a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade dos próprios regimes constitucionais democráticos”, considerando que a justiça constitucional tornou-se elemento formador do próprio

“Estado Democrático de Direito”, ao invés de trazer máculas quanto à legitimidade da justiça constitucional e por consequência, o próprio controle de constitucionalidade.

Dentro desse contexto de atuação dos tribunais no controle de constitucionalidade, avulta-se o fenômeno da judicialização, que se corporifica quando o Poder Judiciário, em substituição às instâncias políticas tradicionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, toma decisões de elevada repercussão política ou social, “envolvendo uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2016, p. 384). Por oportuno, essa judicialização é uma característica decorrente do próprio “desenho institucional brasileiro” (BARROSO, 2016, p. 390).

Destarte, diretamente vinculado a esse processo de judicialização da vida pública nacional, emerge um Judiciário ativista que passou a desempenhar competências mais amplas tanto sobre a política parlamentar, quanto sobre as políticas de ação social do governo (VERÍSSIMO, p. 409-411).

Nessa senda, cabe mencionar a decisão proferida no bojo da ADPF nº 45, na qual o seu Relator, Ministro Celso de Mello defendeu sucessivamente a possibilidade de: “(i) de controle judicial de políticas públicas já previstas no texto constitucional, bem como de o STF realizar controle de constitucionalidade de (ii) vetos presidenciais por meio de ADPF e (iii) decisões legislativas referentes a orçamento” (ARGUELLHES, RIBEIRO, 2015, p. 143).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 21), alerta para o fato de que o afastamento da neutralização do Judiciário, com a conseqüente politização da Justiça, retira do direito o seu sentido de prudência, na medida em que sua legitimidade passa a se fundar numa espécie de “coerção funcional” e as relações passam a ter um caráter de meio e fim.

Outrossim, leciona Luís Roberto Barroso (2012, p. 25-29), que “a judicialização e o ativismo são primos”, advindos “da mesma família”, não dispendo, contudo, da mesma origem. Enquanto a judicialização decorre do modelo constitucional adotado pela CF/88, o ativismo se relaciona com “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Assim, essa atuação incorreria num

risco para a legitimidade democrática, num risco de politização da Justiça e numa alegada ausência de capacidade do Judiciário para tomar decisões concernentes a determinadas matérias.

Geovanne De Mori Peixoto (2013, p. 177-181), leciona que, em que pese a conotação depreciativa da discussão em tela, o papel criativo dos juízes é legítimo, havendo, contudo, que se trazer limites a esse exercício, traçados pelas previsões constitucionais, legais e jurisprudenciais, nisso incluída a influência exercida pelos costumes e práticas sociais, evitando-se a arbitrariedade do julgador.

Com efeito, sintetizando a questão, Luís Roberto Barroso (2012, p. 32), afirma que o verdadeiro problema que afeta a democracia brasileira é na verdade a “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”, constituindo o ativismo judicial a solução e não o problema da questão, cuja utilização deve se dar de forma moderada na medida que a reforma política deve ocorrer por outros meios, e não pelos juízes.

### 3.3 AS COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Magna Carta de 1988 prevê em seu artigo 92 e seguintes, que são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e, por fim, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 1998).

O Supremo Tribunal Federal, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, é o interprete da Constituição, cabendo-lhe proferir a última palavra quando se tratar de Direito Constitucional (CUNHA JR., 2017, p. 1025).

A atual organização do STF tem como inspiração a Corte Suprema norte-americana, que exerce competências originárias e recursais quando do controle de constitucionalidade, afastando-se, contudo, do modelo tradicional de Corte Constitucional europeu com atribuições mais restritas, na medida que, para além de proteção da Constituição, dispõe ainda do papel de abóbada do Judiciário (SOUZA, 2017, p. 50-62).

Acerca da vasta competência conferida ao Supremo Tribunal Federal pela CF/88, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444), expõe:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº. 3/93, e nº. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.

As competências originárias do STF encontram-se insculpidas no art. 102, I, do texto constitucional, e as competências recursais, abrangendo o recurso ordinário e o extraordinário, dispostas respectivamente no art. 102, incisos II e III (CUNHA JR., 2017, p. 1025).

Quanto às atribuições originárias constitucionalmente conferidas ao STF, Oscar Vilhena Vieira (2008, 447-448), aduz que, “na função de tribunal constitucional, o Supremo tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos tanto em âmbito federal, como estadual”, bem assim, dispõe da competência para julgar “as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, e, por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais”, cabendo-lhe proferir a última palavra sobre temas constitucionais. Para além disso, cumpre também ao STF a “espinhosa missão de foro especializado”, em que se apresenta como o órgão competente para julgar criminalmente as altas autoridades.

O Supremo Tribunal Federal dispõe ainda de funções recursais, atuando como tribunal de apelação e última instância judicial, ante a coexistência dos sistemas difuso de concentrado de controle de constitucionalidade “na ausência de uma cultura jurídica que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais, inclusive aquelas proferidas por tribunais superiores” (VIEIRA, 2008, p. 449).

Destarte, a proteção da Constituição Federal se mostra como aspecto fundamental para a concretização dos preceitos dispostos em seu texto, cabendo ao Supremo Tribunal Federal sua guarda e tomada de decisão final quando se tratar da jurisdição constitucional. Em contraponto, a proteção da Magna Carta não é a única atribuição

do STF, aspecto que influí num comprometimento de sua capacidade para proteger os valores constitucionais de forma efetiva, não se coadunando, por consequência, “com a produtividade quantitativa e, principalmente, qualitativa, que é esperada deste Tribunal” (SOUZA, 2017, p. 49-50).

Com efeito, em que pese a criação do Superior Tribunal de Justiça para abarcar parte das competências da Suprema Corte e reduzir-lhe a carga de atribuições, à mesma não restaram apenas atribuições atinentes à jurisdição constitucional. O que se verifica é que o STF dispõe de dilatado rol de atribuições originárias ou recursais, abarcando as searas cíveis e criminais, atribuindo ao STF não uma função de corte exclusivamente constitucional, mas qualificando-o como o órgão maior do Poder Judiciário (SOUZA, 2017, p. 59).

A respeito disso, Anderson Sant’Ana Pedra (2017, p. 64), consigna que “a função de um Tribunal Constitucional não pode ser atuar como segunda (terceira ou quarta) instância recursal, mas sim, de exarar decisões constitucionais que servirão como garantidoras e efetivadoras dos enunciados normativos constitucionais”, ao passo que a mescla em um único tribunal das atribuições de um tribunal constitucional com o de um tribunal supremo ocasiona um excessiva carga de trabalho e morosidade na atuação, pondo em risco a qualidade das decisões proferidas nos julgamentos constitucionais

Em grande parte das democracias contemporâneas, as funções que são desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal restam divididas em pelo menos três instituições distintas, como os tribunais constitucionais, tribunais de recursos de última instância e foros judiciais especializados, ou um sistema judiciário de competências difusas (VIEIRA, 2008, p. 447)

O traço marcante de um Tribunal Constitucional é dispor de um poder político independente, devendo se estruturar fora do Poder Judiciário, na medida que um Tribunal Constitucional é idealizado para “a defesa da Constituição como representação abstrata da vontade social”, hipótese em que o Tribunal Constitucional “não integra, e nem deve integrar o Judiciário, devendo-se constituir em um órgão constitucional de soberania” com uma magistratura independente, “configurando um verdadeiro órgão soberano, distinto e organicamente apartado dos demais órgãos (Legislativo, Executivo e Judiciário)” (PEDRA, 2017, p. 63-64).

O Supremo Tribunal Federal, com base em sua organização e atribuições, não constitui um órgão à parte do Legislativo, Executivo e do Judiciário, ao passo que não dispõe de independência face aos demais poderes, ao passo que figura como “cúpula da organização judiciária brasileira” (SILVA NETO, 2013, p. 530-531), sendo oportuno concluir, que o STF não se apresenta como uma Corte Constitucional em sua concepção clássica, na medida em que lhe foram atribuídas diversas competências que vão muito além da função de guardião da Lei Maior, bem assim, sua localização estrutural dentro do Judiciário, hipótese que o caracteriza como uma corte judiciária (SOUZA, 2017, p. 72).

Destarte, o que se constata na atualidade é a escalada de poder do Supremo Tribunal Federal dentro do sistema político brasileiro, movimento intitulado por Oscar Vilhena Vieira de *Supremocracia*, na medida que todos os assuntos de relevância política ora discutidos no Brasil parecem demandar uma intervenção do STF, exigindo que por ele seja dada a “última palavra” (VIEIRA, 2008, p. 450-451).

Visando reduzir o mal-estar gerado por esse acúmulo de tarefas e inflação de sua autoridade, o supra referido autor entende como apropriada a redistribuição e redução das competências do Supremo Tribunal Federal, para que este possa exercer sua mais importante atribuição enquanto corte constitucional, com uma agenda mais restrita de casos e uma maior qualidade e integridade em seu processo deliberativo. Bem assim, propõe “uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões políticas inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional como a brasileira”, através de uma mudança e natureza institucional (VIEIRA, 2008, p. 457-459).

Contrariamente a essa esteira de pensamento, Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 427) discorda do ideário de transformar o STF em uma corte constitucional propriamente dita, aduzindo que uma transformação ou reforma dessa magnitude “teria chances muito pequenas de ser bem-sucedida no caso brasileiro, quer no que se refere às suas chances de ser aprovada, quer no que diz respeito a seu eventual sucesso institucional, se a aprovação acabasse acontecendo”. Embasando seu posicionamento, menciona as particularidades que a experiência nacional apresenta “de sorte a criar um Tribunal Constitucional *à brasileira*”.

Por fim, cumpre mencionar que, desde 1934 já subsistia proposta no sentido de criação de uma Corte de Justiça Constitucional no Brasil, temática ressurgida no período de redemocratização na década de 80, prevalecendo, contudo, movimento contrário à criação de tal Corte e mantendo o STF como originalmente concebido. O fato é que atualmente tramita no Congresso Nacional a PEC nº 275/2013, a qual visa transformar o STF em uma Corte Constitucional, ampliar sua composição e forma de nomeação, reduzindo sua competência à exclusiva guarda da Constituição, hipótese que indubitavelmente garantiria a efetividade da Constituição e qualidade de sua proteção (SOUZA, 2017, p. 67-73).

#### **4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442/2017**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 foi protocolada em 08 de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, dispondo de pedido de medida cautelar, assinada por Luciana Boiteux, Luciana Genro, Gabriela Rondon e Sinara Gumieri, vindo a ser distribuída em 15/03/2017 à Sra. Ministra Rosa Weber, com número único 0002062-31.2017.1.00.0000 (STF, 2017, on-line).

Preliminarmente, no item “2” a exordial da ADPF nº 442, em atendimento ao quanto disposto nos artigos 1º a 4º da Lei nº 9.882/1988, retrata sucessivamente: uma incursão nas questões referentes à legitimidade do partido político PSOL para propor a referida ação de controle concentrado (art. 2º, I); o cabimento da propositura da ADPF em face das alegações suscitadas (art. 1º, *caput*, parágrafo único e inciso I); o ato emanado do Poder Público, mais precisamente do Congresso Nacional, violador dos “preceitos fundamentais que informam direitos constitucionalmente garantidos às mulheres” (art. 3º, inciso II); enumeração e explanação dos preceitos fundamentais efetivamente violados (art. 3º, inciso I); a questão da subsidiariedade da ADPF (art. 4º, § 1º) (STF, ADPF 442, 2017, p. 5-13)

Por conseguinte, no item “3”, foi traçado um panorama da legislação internacional acerca do tratamento do aborto, considerando sua descriminalização ou legalização, dispondo ainda de deambulações acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional. Assim, tendo como ponto de partida as “reviravoltas sociais” desencadeadas a partir dos anos 1970, foi dado um adendo à descriminalização do aborto nos Estados Unidos através do julgamento pela Suprema Corte do caso *Roe vs. Wade* e decisões posteriores envolvendo a temática, e, as tensões históricas e políticas vivenciadas na Alemanha em relação ao abortamento, traduzido nas decisões proferidas pela Corte Constitucional nos casos do *Aborto I* e *Aborto II* (STF, ADPF 442, 2017, p. 13-20).

Trazendo para o âmbito nacional, mais especificamente quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, foram tratadas decisões proferidas pela Suprema Corte, sucessivamente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/2008, em que restou declarada a constitucionalidade da pesquisa com embriões humanos, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2004, cujo julgamento foi pela descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, e, por fim, no

Habeas Corpus nº 124.306/2016, que determinou a soltura de funcionários de uma clínica clandestina de aborto pela ausência dos requisitos para a prisão cautelar, cabendo destacar o seguinte trecho da petição (STF, ADPF 442, 2017, p. 20-30):

Além disso, a maioria da Turma seguiu um voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso que incidentalmente (e sem eficácia contra todos e efeito vinculante) concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos 3 primeiros meses de gestação, por ser medida legal desproporcional que viola direitos fundamentais das mulheres, incluindo direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade.

Em sequência, no item “4”, foi defendida a tese de violação aos preceitos constitucionalmente albergados, traduzidos na ofensa à “dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres pela criminalização do aborto e seu impacto nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura, à saúde e ao planejamento familiar”, bem assim, a proporcionalidade da criminalização do aborto e seus desmembramentos em razão da colisão de direitos fundamentais, em face dos direitos fundamentais das mulheres “dada a impossibilidade de se imputar direitos fundamentais ao embrião ou feto” (STF, ADPF 442, 2017, p. 30-56).

Por fim, nos pedidos da exordial da ADPF nº 442 constantes em seu item “5”, subsiste inicialmente o pleito de concessão de medida cautelar, materializada na não aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940, com a consequente suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais, processos em andamento e consequente efeito de decisões proferidas no bojo de processos judiciais, na hipótese de o abortamento ter sido realizado voluntariamente pela gestante nas 12 primeiras semanas de gravidez, e, por fim, reconhecimento às mulheres do direito de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar tal interrupção (STF, ADPF 442, 2017, p. 60).

Outrossim, apresenta como pedidos definitivos, a manutenção da liminar acima referida, com a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/1940), ante a alegada violação à preceitos fundamentais albergados pelo texto constitucional, dispostos nos artigos 1º, incisos II e III, art. 3º, inciso IV, art. 5º, *caput* e incisos I e III, art. 6º, *caput*, art. 196, art. 226, § 7º, para assegurar às mulheres “o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica

do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento” (ADPF 442, 2017, p. 61).

Destarte, em relação às decisões já proferidas no bojo da ADPF nº 442 e seu andamento, a Ministra Rosa Weber, relatora, deferiu o pleito de admissão no feito, enquanto *amicus curiae*, do Partido Social Cristão, da União dos Juristas Católicos de São Paulo e do Instituto de Defesa da Vida e da Família, sob o viés de enriquecimento do debate, em decisão proferida em 25/04/2017, publicada no DJ n. 117, do dia 05/06/2017 (STF, 2017, on-line).

Em decisão publicada no DJ n. 274, do dia 03/11/2017, indeferiu o pedido de concessão de liminar realizado pelo PSOL tanto na exordial, como explanado alhures, quanto em uma petição protocolada posteriormente que dispunha dos argumentos de que “desde o ajuizamento da ADPF, mais de 330 mil mulheres brasileiras já fizeram aborto, baseada em dados da Pesquisa Nacional do Aborto”, citando ainda o caso de uma mulher que teve uma gravidez indesejada e vem sofrendo quadro agudo de estresse. Restou consignado na decisão da Ministra (STF, 2017, on-line):

Com relação ao primeiro pleito, a ministra lembrou que aplicou à ADPF o procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei 9.882/1999 (Lei das ADPFs), que estabelece o rito em caso de pedido de medida liminar, determinando a intimação do presidente da República, do Senado Federal, e da Câmara dos Deputados para prestarem informações, além de requerer a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Procuradoria-Geral da República (PGR) sobre a matéria. “Já apliquei o procedimento da tutela de urgência na presente ação, com a intimação das autoridades responsáveis, e o procedimento está em curso”, ressaltou. Quanto ao requerimento referente à gestante, a relatora explicou que o pedido, por ter natureza subjetiva individual, não encontra amparo em ADPF, que é instrumento da jurisdição constitucional abstrata e objetiva, em que se discute a constitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, sem análise de casos concretos.

Outrossim, na mesma decisão, com respaldo no procedimento disposto no art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99, a Relatoria determinou a intimação do Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República (STF, 2017, on-line).

Em 23/03/2018 (DJ n. 60 do dia 02/04/2018), a Ministra Relatora proferiu despacho narrando as informações prestadas pelos supra referidos, bem assim, determinou a convocação de audiência pública para discutir as questões arguidas na ADPF 442, abrindo espaço para a participação da sociedade civil. Por conseguinte, em decisão proferida em 04/06/2018 (DJ n. 112 de 07/06/2018), a Ministra Rosa Weber definiu a

lista de inscritos habilitados a participar da mencionada audiência, devidamente realizada em 03 a 06 de agosto de 2018, na Primeira Turma do STF (STF, 2017, online).

Por fim, quanto ao andamento da arguição supra tratada constante no sítio eletrônico do STF, a mesma se encontra conclusa à Relatora desde 22/04/2019 (STF, 2017, online).

#### 4.1 A NÃO RECEPÇÃO PARCIAL DOS ARTIGOS 124 E 126 DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Preveem respectivamente os artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), *in verbis*:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento  
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.

Da leitura dos acima referidos artigos se infere que a criminalização do aborto abrange a prática do abortamento voluntário em qualquer circunstância, seja ele praticado pela própria gestante (autoaborto) ou com o seu consentimento para que alguém lhe provoque o aborto, com penas de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos para a gestante, bem assim, no caso da prática do aborto por terceiro mediante o consentimento da gestante, com pena para o terceiro de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos (GRECO, 2015, p.356-357).

A esse passo, aduz-se no contexto da ADPF nº 442, que as razões jurídicas que embasaram a criminalização do aborto no Código Penal de 1940 não mais se sustentam, seja pela ausência de razoabilidade na proteção da vida do embrião ou feto em face da vida da gestante, assim como a ausência dessa proteção no texto constitucional, seja pela violação direta aos preceitos fundamentais albergados na Magna Carta, como a dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, preceito fundamental da liberdade,

igualdade, proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante, da saúde e planejamento familiar (STF, ADPF 442, 2017, p. 01-02).

Com relação ao princípio da cidadania, presente no art. 1º, inciso II da CP/88, e o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, inciso III, da CF/88, dispõe a exordial da ADPF 442, que a imposição de gravidez compulsória às mulheres lhes retira a possibilidade de tomar decisões reprodutivas quanto às suas próprias vidas, não lhe reconhecendo capacidade ética e política (STF, ADPF 442, 2017, p. 08)

Conforme leciona Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 545-547), o direito à cidadania é mencionado em diversas passagens da Magna Carta de 1988, apresentando um sentido mais estrito que trata da prerrogativa de participação na formação da vontade política através do voto ou sufrágio, e, em seu sentido mais amplo, leciona o supra referido autor, *ipsis litteris*:

[...] a cidadania, em seu sentido amplo, deve ser compreendida como o direito de participação não apenas nos canais formais de decisão política, por intermédio dos mecanismos de representação ou de participação direta, como também o direito de participar do processo deliberativo de formação do discurso público no âmbito da sociedade civil. Nesse aspecto, estão diretamente relacionados ao exercício da cidadania as liberdades de pensamento, consciência, convicção filosófica e política, expressão, manifestação e reunião, protegidas pelo art. 5º da CF, bem como as condições materiais básicas à existência digna, como educação, trabalho, saúde e segurança, asseguradas pelo art. 6º do texto constitucional. Estes direitos constituem o esteio da cidadania e da formação de uma sociedade civil plural, flexível e capaz de criar alternativas para o exercício do poder. A cidadania ainda acarreta um conjunto de obrigações, que impõe a harmonização dos interesses e direitos individuais à realização recíproca dos direitos dos demais membros da comunidade e dos interesses da coletividade.

O direito à cidadania tangencia um aglomerado de prerrogativas e obrigações, decorrentes de práticas democráticas, derogadas aos cidadãos enquanto partícipes do “processo de formação e implementação da vontade pública”, traduzindo-se a cidadania num “sentimento de pertencimento e participação numa determinada comunidade, tanto no aspecto político, jurídico-moral, como socioeconômico”. No aspecto político, a cidadania se materializa na participação efetiva no processo de tomada de decisões; no jurídico-moral, se dá “enquanto sujeito de direitos voltado à proteção da dignidade e realização da autonomia; e, por fim, a cidadania atrelada ao viés de participação e pertencimento social e econômico, se traduz “como produtor e

beneficiários das riquezas (e demais recursos) socialmente produzidas (VIEIRA, 2017, p. 535;538).

No que toca à dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), cabível *ab initio* explicar, na dicção de Luís Roberto Barroso (2012, p. 154), a dignidade humana não se apresenta como um direito autônomo, e sim como um princípio jurídico ou valor fundamental de caráter constitucional, servindo nos vieses de justificação moral e fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.

O supradito autor menciona que a dignidade humana dispõe de duas funções, a primeira operando como fonte de direitos e deveres, aportando direitos que não se encontram taxativamente previstos, mas que compõem as sociedades democráticas mais avançadas. A outro ponto, a dignidade humana dispõe de função interpretativa, diretamente relacionada aos direitos fundamentais como a liberdade, igualdade e a privacidade, auxiliando de forma ativa o sentido dos mencionados direitos nos casos concretos, seja na existência de lacunas jurídicas, ambiguidades, colisões entre direitos fundamentais, entre outros (BARROSO, 2012, 156).

Nesse sentido, assevera Ricardo Maurício Freire Soares (2013, p. 52):

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu a ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasado de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como os direitos individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º); os direitos sociais a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º) [...]

Ademais, a dignidade da pessoa humana serve ainda para a compreensão de direitos humanos dispostos em tratados e convenções internacionais que adquirirem *status* equivalente aos de emendas constitucionais, “conformando um arcabouço de valores e finalidade a ser realizadas pelo Estado e pela Sociedade Civil”, visando a concretização dos direitos fundamentais implícitos ou expressamente previstos na CF/88, e, conseqüentemente, a legislação infraconstitucional (SOARES, 2013, p. 53-54).

Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 63), elucida que a dignidade da pessoa humana, enquanto domínio de proteção da pessoa que detém sentimentos e razão, incide em

questões extremamente polêmicas como o aborto, o campo da engenharia genética, transplante de órgãos, entre outros, “normalmente em tensão com o direito à liberdade e à vida biológica”.

Outrossim, no contexto da ADPF 442, foi consignada a afronta ao princípio da não discriminação, art. 3º, inciso IV, também da CF/88, na medida em que a criminalização do aborto aflige de forma desigual as mulheres, porquanto mulheres de dispõem de melhor condição financeira e acesso à informação podem recorrer à meios mais seguros para realizar a interrupção da gravidez, quando postas em comparação às “mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos”, restando evidenciada uma “seletividade do sistema penal” (STF, ADPF 442, 2017, p. 08-09).

Para além do viés econômico acima citado no que tange ao princípio da não discriminação, trazem ainda o mencionado princípio para a questão da não discriminação em razão de sexo ou de gênero, porquanto é desproporcionalmente imposto às mulheres situação muito mais onerosa e perigosa à sua saúde e vida, na medida que os homens “não são submetidos à criminalização e a consequências da coerção penal nas condições de exercício de seus direitos a uma vida digna e cidadã”. De tal aspecto, decorre ainda que a criminalização do aborto afronta também o princípio da igualdade de gênero, oriundo do preceito fundamental à igualdade, positivado no art. 5º *caput*, da Magna Carta. (STF, ADPF 442, 2017, p. 12).

A não discriminação decorre do dinâmico e multifacetado conceito de igualdade amparado pela Magna Carta, o qual desagua em diversas obrigações conexas, dentre elas o dever de não discriminar, implicando em uma discriminação negativa, e um dever de igualizar (art. 3º, CF/88), constituindo uma discriminação positiva. Em assim sendo, tangendo a isonomia, a discriminação negativa resta evidenciada na proibição de prover tratamento diferenciado a “determinado grupo ou categoria de pessoas, visando prejudica-las”, ao passo que a discriminação positiva assenta um encargo constitucionalmente estabelecido “de adotar medidas concretas em favor de pessoas que estejam em situação de desvantagem (econômica, social ou cultural) de modo a permitir que elas possam usufruir das vantagens sociais de forma igualitária” (MALMELSTEIN, 2019, p. 77-78).

O fato é que, as mortes em razão do aborto atingem majoritariamente as mulheres mais jovens, residentes em áreas periféricas e de baixa renda, ao passo que as

mulheres negras apresentam um risco superior de vir a óbito em razão de abortamentos não seguros em relação às mulheres brancas (AQUINO, MENEZES, 2009, p. 196).

Outrossim, a criminalização do aborto, conforme disposto na ADPF 442 (STF, 2017, p. 09-10), afronta diretamente a inviolabilidade do direito à vida e segurança das mulheres (art. 5º, *caput*, CF/88), na medida em que não lhes é assegurado o direito à saúde (art. 6º, CF/88) “por relegar mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros” afetando diretamente sua saúde física e mental, com implicações diretas no direito à integridade física e psicológica, ante a proibição tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III, CF/88). Tal circunstância se deve ao fato de que negar às mulheres o direito à interrupção da gravidez traz inegáveis dores e sofrimentos de várias ordens, agravados sobremaneira “conforme condições específicas de vulnerabilidade que variam com a idade, classe, cor e condição de deficiência de mulheres, adolescentes e meninas”, ao passo que a negação a serviços de saúde reprodutiva “também constitui tortura”, “na medida em que a decisão por não seguir uma gestação contraria a expectativa de maternidade compulsória associada às mulheres”.

Na dicção de Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 597), o direito à vida se materializa em direito legítimo do indivíduo de atuar no sentido de defender sua própria existência e de existir com dignidade, “a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante”, compondo o mais fundamental de todos os direitos e condição *sine qua non* para o desempenho dos demais direitos. O direito à vida engloba ainda a defesa dos traços *físico-psíquicos* e *espirituais-morais* que compõem a pessoa humana.

Assim, o direito à vida não se limita apenas ao “sentido biológico de incessante autoatividade funcional”, mas também ao sentido de vida plena, englobando outros direitos fundamentais como o direito à dignidade humana, o direito à integridade físico-corporal e integridade moral, o direito à existência, dentre outros (SILVA, 2014, p.460-461).

Já o direito à segurança disposto no art. 5º, *caput*, da CF/88, engloba um conjunto de garantias que implicam em proibições, limitações e “procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental”, a exemplo da liberdade pessoal ou a incolumidade física e moral (SILVA, 2014, p. 489).

Ademais, o direito à saúde, direito de todos e dever do Estado, está diretamente ligado ao direito à vida, impondo ao Estado que, através de políticas sociais e econômicas, possibilite o acesso igualitário e universal a serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde dos cidadãos (CUNHA JR., 2017, p. 669). Para além, o direito à saúde, dever do Estado-garantidor, se atrela diretamente à dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, na medida em que compõe condições essenciais para o desenvolvimento do cidadão e por consequência sua própria vida e existência digna (TAVARES, 2015, p. 723).

Tal entendimento é o suplantado pelo Supremo Tribunal Federal, explicitado quando do julgamento do RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24/11/2000, como se depreende do seguinte trecho:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...]

Resta ainda consignado na exordial da ADPF 442, que a criminalização do aborto afronta diretamente o direito ao planejamento familiar, presente no art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, “quando uma mulher é impedida de tomar uma decisão reprodutiva relevante e crucial”, bem assim, o direito fundamental à liberdade, disposto no art. 5º, *caput*, da CF/88, com implicações aos direitos sexuais e reprodutivos, “por impedir às mulheres o efetivo controle sobre a própria fecundidade e a possibilidade de tomar decisões responsáveis sobre sua sexualidade, sem risco de sofrer coerção ou violência” (STF, ADPF 442, 2017, p. 10).

Argumentam que, embora os direitos sexuais e reprodutivos não se encontrem expressos na Magna Carta, os mesmos decorrem dos direitos à liberdade e igualdade, dispostos no art. 5º, *caput*, da CF/88, com respaldo ainda em “compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário”, no qual o país “pactuou a revisão de

leis para cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos” (STF, ADPF 442, 2017, p. 10-11).

Sonia Corrêa e Rosalind Petchesky (1996, p. 160), preceituam que o alicerce dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres são os princípios éticos da integridade corporal (direito à segurança e ao controle sobre o próprio corpo), igualdade, diversidade e autonomia pessoal, que, dentre outras formas de invasão e abuso, podem também ser violados mediante a “omissão, negligência ou discriminação por parte de autoridade públicas”.

Destarte, o desenvolvimento dos direitos sexuais demanda a adoção de um espectro de “direito democrático da sexualidade”, com respaldo nos princípios constitucionais da dignidade, igualdade e liberdade. Por fim, exclusivamente quanto aos direitos reprodutivos cabe destacar (CORRÊA, ALVES, JANNUZZI, 2006, p. 48-52):

O fundamento dos direitos reprodutivos é a autonomia de decidir sobre a procriação. No que diz respeito à esfera pública, implica a restrição tanto a qualquer tipo de controle coercitivo da natalidade quanto a qualquer tipo de imposição natalista que implique a proibição de uso de métodos contraceptivos. No mundo privado, respeitar os direitos reprodutivos implica que maridos e companheiros, esposas e companheiras, familiares e redes comunitárias não obriguem alguém a engravidar, a usar métodos anticoncepcionais, a não abortar, ou a realizar um aborto forçado. Os direitos reprodutivos significam que toda pessoa tem liberdade de escolha para definir como, quando e quantos filhos quer ter (incluindo não ter filho algum, isto é, o direito “não-reprodutivo”), além de poder contrair matrimônio de maneira livre e com o pleno consentimento de ambas as pessoas.

No Brasil, as mulheres são forçadas a escolher ou um aborto inseguro que poderá causar graves e severos danos à saúde, senão ceifar sua própria vida, ou optar por uma maternidade forçada, sem o suporte estatal ante à inexistência de políticas públicas essenciais ao bom desempenho de uma maternidade, aspecto que se mostra sobremaneira perverso. Diante desse cenário, cabe ao Estado prover as garantias necessárias às mulheres para que elas mesmas decidam se querem ou não dar continuidade à gestação, “num contexto de respeito, proteção e exercício de seus direitos humanos”, ao passo em que a sociedade urge da necessidade de reconhecimento de toda a maternidade como sendo legítima (DINIZ, MATTAR, 2012, p. 116-117).

Nesse sentido (DINIZ, MATTAR, 2012, p. 112):

Tanto a opção pelo não-exercício da maternidade, como aquela opção (portanto, voluntária) pelo seu exercício de forma segura, socialmente

amparada e prazerosa, estão vinculadas ao exercício de direitos humanos, individualmente e na sua integralidade. Destarte, é possível concluir que quanto menos as mulheres exercitarem seus direitos humanos em geral, e os reprodutivos e sexuais especificamente, em piores condições vivenciarão o exercício da maternidade ou arcarão com as consequências da falta de respaldo do Estado e da sociedade. Isso é válido qualquer que seja sua opção: exemplo emblemático é a difícil escolha entre o aborto inseguro e a maternidade forçada.

O fato é que, apesar da prática do abortamento ser criminalizada na sociedade brasileira, que dispõe de uma legislação obsoleta e injusta, é a quarta causa de morte materna no Brasil e sua prática clandestina põe em risco a vida de milhares de mulheres, especialmente aquelas de baixa renda. Não obstante, para além das condições econômicas e sociais em que essas mulheres se encontram, a criminalização da prática do aborto lhes sonega o direito à saúde de forma unânime, lhes impondo uma gravidez indesejada, o que, sem dúvidas, traz graves desdobramentos psicológicos e sociais, subsistindo ainda o risco de serem expostas a um sofrimento de cunho moral no caso de um processo judicial com possível condenação (FREIRE, 2012, p. 31-32).

Impende consignar que a punição do aborto não impossibilita que milhares de mulheres recorram à sua prática, e, mantê-las no risco gerado pela clandestinidade, é ignorar a patente discriminação e sofrimento que são impostos a essas mulheres, com a inquietante violação aos seus direitos fundamentais. Note-se ainda que, mediante a legalização do aborto e sua realização por profissionais habilitados em um ambiente hospitalar apropriado, levaria a uma redução significativa dos gastos dispendidos pelo sistema público de saúde, considerando que a maioria dos abortos clandestinos são necessariamente finalizados nos hospitais públicos (TESSARO, 2006, p. 11-12).

#### 4.2 CAMINHO TRILHADO PELO STF

O Supremo Tribunal Federal vem exercendo um papel diligente e enérgico na sociedade brasileira nos últimos anos, tomando decisões acerca de grandes questões associadas à Constituição Federal de 1988, dentro dos pedidos formulados e quando provocado, agindo em estrita conformidade com seu papel constitucionalmente estipulado (BARROSO, 2012, p. 23-25).

Assim, apropriado consignar que a autonomia com a qual o Supremo Tribunal Federal

“vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo” (VIEIRA, 2008, p. 457).

Sucedem que, determinados temas vêm sendo retirados do debate político e sendo trazidos para “o universo das pretensões judicializáveis”, através do controle de constitucionalidade concentrado, e, por consequência, o STF vem discutindo e decidindo acerca de demandas de elevada relevância social, moral e política (BARROSO, 2016, p. 386).

Nesse diapasão, a própria jurisprudência do STF suplantou o entendimento segundo o qual, quando do já mencionado julgamento da ADPF nº 45 de relatoria do Min. Celso de Mello, o Poder Judiciário, através da ADPF, dispõe de idoneidade para “viabilizar a concretização de políticas públicas quando, apesar de previstas na Constituição Federal, fossem total ou parcialmente descumpridas pelas instâncias governamentais destinatária do comando constitucional”. Dessa forma, estaria o Judiciário garantindo a proteção e eficácia dos direitos, sejam eles coletivos ou individuais (BARROSO, 2016, p. 364).

Exemplos latentes dessa atuação protagonista desempenhada pelo STF e que se relacionam com a temática discutida no presente trabalho, são as decisões proferidas no bojo do julgamento da ADI nº 3.510/DF ocorrido em 29/05/2008, na ADPF nº 54/DF ocorrido em 12/04/2012, e no HC nº 124.306/RJ ocorrido em 09/08/2016, a seguir tratados.

#### **4.2.1 ADI nº 3.510/2005**

A ADI nº 3.510 (Processo nº 0002323-70.2005.0.01.0000) foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em 30/05/2005, distribuída ao Ministro Carlos Ayres Britto, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), o qual autoriza a utilização de embriões humanos inviáveis ou congelados há 3 (três) anos ou mais para “pesquisa ou terapia com células-tronco”, desde que com o consentimento dos genitores. O argumento utilizado é o de que a vida humana ocorre a partir da concepção ou fecundação, mencionando ainda que “o embrião é vida humana” (STF,

2005).

Outrossim, foi ressaltada a inviolabilidade do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que as mencionadas células-tronco constituiriam uma vida humana impassível de violação, conforme determina a Magna Carta. Diante da complexidade que envolve a temática, o Min. Relator convocou audiência pública para viabilizar o debate da questão, diga-se de passagem, a primeira já convocada pelo STF, oportunidade na qual diversos especialistas do campo científico e componentes da sociedade civil apresentaram seus entendimentos e defenderam seus posicionamentos (ROESLER, RÜBINGER-BETTI, 2014, p. 668).

O julgamento da ADI acima referida ocorreu em 29/05/2008, decisão publicada no DJ n. 96 do dia 28/05/2010, cabendo colacionar o excerto inicial da ementa (STF, 2008, on-line):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA [...] (ADI 3510, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, Julgamento: 29/05/2008, DJe-096, divulgado: 27/05/2010, publicado: 28/05/2010).

Quanto à legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, restou definido que tais pesquisas não implicam em “desprezo ou desrespeito” aos embriões congelados “in vitro”, logo, não subsistiam as alegadas violações ao ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, porquanto a referida pesquisa com células-tronco embrionárias “significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade” (STF, 2008, on-line).

No que se refere à proteção constitucional do direito à vida, foi asseverado que a

CF/88 não traz delimitações sobre quando tem início a vida humana, destacando que “quando se reporta a *direitos da pessoa humana* e até dos *direitos e garantias individuais* como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa”. Ou seja, elucidaram no julgamento que “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição” (STF, 2008, on-line).

Destarte, foi aduzido que as pesquisas com células-tronco não dispõem de qualquer vinculação com a questão do aborto, nem subsistia uma obrigação ou dever “nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados”, uma vez que “para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero”, intento não albergado pela Magna Carta (STF, 2008, on-line).

Outrossim, trazendo à baila o direito à saúde pautado no direito fundamental a uma vida digna, restou consignado no julgamento da ADI 3.510, que a Lei de Biossegurança se materializa num instrumento para se atingir o dito direito à saúde. Bem assim, argumentou-se que a retro referida Lei se presta à “densificação” do direito à liberdade de expressão científica constitucionalmente previsto (STF, 2008, on-line).

Cabível dar relevo ainda aos votos dos Min. Relator Ayres Britto, Min. Ellen Gracie e Min. Celso de Mello. O Min. Ayres Britto traz o entendimento de que a proteção da vida apenas é aplicável àqueles que efetivamente nascem com vida, e a dignidade da pessoa humana é aplicável àqueles que ainda não nasceram, contudo, tal proteção é gradativa, aumentando com o decorrer do desenvolvimento embrionário; a Ministra Ellen Gracie enfatiza que o embrião, por ainda não ter nascido, não pode ser rotulado nem como pessoa, muito menos como nascituro, dado ao fato de serem embriões inviáveis que nem sequer dispõem de chances de vir a nascer, não podendo se invocar a dignidade da pessoa humana para a questão; por fim, o Ministro Celso de Mello acentua primeiramente que o Brasil é um Estado laico, bem assim, que a legislação infraconstitucional traz como marco para a existência de vida o desenvolvimento do sistema nervoso (ROESLER, RÜBINGER-BETTI, 2014, p. 670-680).

Sobre o julgamento da ADI nº 3.510, Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 192) expõe o seguinte:

Com efeito, ao que tudo indica, o STF (aqui considerando que a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator) partiu do pressuposto que a Constituição não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autônomo assegurado na condição de direito (subjeto) fundamental, mas apenas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porquanto nascida com vida, de tal sorte que a inviolabilidade da qual trata o art. 5º “caput” diz respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

De outra parte, ficou assentado naquela decisão que o embrião, para merecer a proteção da ordem jurídica, deve ter a possibilidade de vir a ser pessoa, não bastando que tenha sido fecundado de modo artificial, de tal sorte que em não sendo implantado o embrião produzido in vitro não será jamais pessoa, não podendo ser, por via de consequência, objeto de proteção pelo Direito. Assim, parece que, para o STF, há que traçar uma distinção entre embriões obtidos de modo artificial e não implantados, destituídos de proteção jurídica, e embriões implantados e daqueles que se desenvolvem a partir de uma concepção e fecundação convencional, os quais, embora não sendo pessoas, já gozam de um determinado nível de proteção pela ordem jurídica ainda que não possam ser, enquanto não nascidos com vida, titulares de direitos.

A acima explanada ADI 3.510 foi julgada totalmente improcedente, tendo os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski proferido voto no sentido de julgá-la parcialmente procedente; os Ministros Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa votaram no sentido de sua total improcedência; e, os Ministros Eros Grau e Cesar Peluso proferiram votos no sentido de julgar a ação direta improcedente com ressalvas (STF, 2008, on-line).

#### **4.2.2 ADPF nº 54/2004**

A ADPF nº 54 (Processo nº 0002072-86.2004.0.01.0000) foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 17/06/2004, distribuída ao Ministro Marco Aurélio, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, inciso I e II, do Código Penal de 1940, a fim de reconhecer o direito subjetivo à gestante de proceder à antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de fetos anencéfalos, sem a necessidade de prévia autorização judicial o qualquer tipo de autorização do Estado (STF, 2004, on-line).

Foi suscitado na exordial da ADPF 54 “que a criminalização do aborto de feto inviável vulnera o preceito da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, IV), o princípio geral da liberdade, derivado do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) e o direito à saúde (CF, art. 6º e 196)” (PIRES, 2013, p. 579).

No bojo da referida ação direta foi realizada audiência pública, entre agosto e o início

de setembro do ano de 2008, tendo se manifestado entidades religiosas e de movimentos sociais e membros de relevância da comunidade científica, os quais trouxeram tanto argumentos a favor, tanto contra a antecipação do parto em caso de fetos anencéfalos (BARROSO, 2016, p. 366).

Quando à supradita audiência (PIRES, 2013, p. 579):

A favor da procedência do pedido, os participantes focaram suas falas nas possibilidades de diagnóstico da ciência médica, na ilegitimidade da imposição coletiva de uma determinada doutrina moral ou religiosa, e no consenso ético já estabelecido na sociedade civil brasileira, acolhedor do direito à interrupção da gestação de feto anencéfalo. Na perspectiva dos direitos da mulher, os profissionais da área médica relataram o impacto da gravidez de feto incompatível com a vida na saúde mental da gestante. De outra parte, os participantes contrários à descriminalização enfatizaram que não é possível o diagnóstico preciso de morte encefálica nos fetos ou bebês anencéfalos, que a permissão da antecipação do parto do anencéfalo pode desencadear o aumento de interrupções de gestação por motivos de eugenia, e que não há comprovação de graves danos à saúde da gestante se a gravidez for levada até o nascimento da criança, no que pese a carga emocional nela envolvida.

O julgamento da ADPF ora tratada ocorreu em 12/04/2012, decisão publicada no DJ n.80 do dia 30/04/2013, cabendo colacionar a ementa, *ipsis litteris* (STF, 2008, on-line):

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgamento: 12/04/2012, DJe-080, divulgado: 29/04/2013, publicado:30/04/2013).

Em seu voto, o Min. Marco Aurélio, relator, consignou que não se pode admitir que o direito à vida de um feto inviável, ou seja, que não dispõe das condições necessária para sobreviver, subjugue as “garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição”. Por oportuno, o Min. Relator ainda reforçou a laicidade do Estado brasileiro, enquanto Estado neutro, havendo que examinar a questão independentemente de “orientações morais religiosas” (STF, 2012, on-line).

Acompanhando o voto do relator, a Min. Rosa Weber elucidou que o que se

encontrava em discussão não era o direito à vida do feto anencefálico, uma vez que ele jamais terá uma vida plena com capacidade psíquica, física e afetiva, na medida que não dispõe de atividade cerebral para tanto, estando em discussão, portanto, o direito da gestante em decidir se quer levar a cabo uma gestação cujo resultado final será a morte do feto ou não (STF, 2012, on-line).

Destarte, o Min. Luiz Fux evidenciou a magnanimidade de se defender a dignidade humana da mulher, traduzida na proteção à saúde psíquica e física da gestante, ante à ausência de razoabilidade e proporcionalidade de imputar a essa mulher o crime de aborto e relega-la aos “bancos de um tribunal de júri”, uma vez que ela já sofre sobremaneira em razão das circunstâncias dessa gestação. Aduziu ainda que “a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos como matéria de saúde pública que aflige, em sua maioria, mulheres de menor poder aquisitivo, sendo, portanto, uma questão a ser tratada como política de assistência social” (STF, 2012, on-line).

Quanto ao julgamento da ADPF nº 54, Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 193) elucida o que segue:

Com efeito, na decisão do STF sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, novamente o problema da titularidade do direito à vida não foi objeto de maior referência e desenvolvimento, especialmente nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria que considerou constitucionalmente legítima a opção pela interrupção da gravidez em tais circunstâncias. Com efeito, o que se percebe, aqui em apertada síntese, é que os votos dos Ministros acabaram sendo focados, em grande parte, na afirmação da inviabilidade da vida após o nascimento do feto anencéfalo e na priorização da dignidade (e autonomia decisória) da mulher e dos pais em levar adiante a gravidez desde logo condenada a gerar uma vida “inviável”, sem enfrentar a problemática propriamente dita de uma titularidade de direitos fundamentais antes do nascimento com vida. O Ministro Gilmar Mendes, embora acompanhando a maioria quanto ao resultado final, consignou em seu voto, que a regra predominante no direito internacional é a da proteção jurídica da vida intrauterina, de tal sorte que o que está em causa são os limites da intervenção legítima no âmbito de proteção do bem jurídico tutelado. Já os dois Ministros que foram vencidos no julgamento da ADPF 54, designadamente Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, fizeram expressa referência em seus votos à proteção da vida do nascituro, tendo o Ministro Cezar Peluso agregado ser o nascituro sujeito de direitos, afirmando a plena dignidade constitucional de sua vida, embora não tenha ainda personalidade jurídica.

A ADPF nº 54 foi julgada procedente, declarando inconstitucional a interpretação pela qual considerava-se crime a interrupção da gestação de feto anencéfalo. O relator, Min. Marco Aurélio votou pela total procedência da ação, sendo acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia, ao passo que os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, julgaram-na procedente com algumas

condicionantes, e, em sentido contrário, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso votaram por sua total improcedência (STF, 2012, on-line).

Por fim, cabe frisar que o julgamento da supra explanada ADPF dispõe de grande e inegável relevância para o processo democrático, na medida em que os direitos reprodutivos da mulher adquiriram magnitude e importância, sendo discutidos pela Suprema Corte, não no campo dos valores religiosos e com respaldo nas moralidades de cunho privado, e sim numa abordagem “permeada por razões de natureza pública, com a consideração da ordem constitucional brasileira e das prescrições internacionais em matéria de direitos humanos”, respeitando os princípios da autonomia e da dignidade humana, e no direito à saúde e cidadania da mulher (PIRES, 2013, p. 581).

#### **4.2.3 HC nº 124.306/2016**

O HC nº 124.306 foi impetrado perante o STF em 18/09/2014 e distribuído ao Ministro Marco Aurélio, pleiteando, resumidamente, a revogação da prisão preventiva dos pacientes, acusados de manter uma clínica de aborto e praticar aborto (art. 126 do CP/1940) e formação de quadrilha (art. 288 do CP/1940), sob a alegação de que os pacientes são “réus primários com bons antecedentes” dispendo de residência fixa e trabalho, que a prisão cautelar é medida desproporcional e, por fim, que os pacientes não tentaram fugir quando da ocorrência do flagrante (STF, 2016, on-line).

O Relator, Min. Marco Aurélio, deferiu em 08/12/2014 a medida cautelar determinando a soltura de dois dos acusados, e em 27/06/2015 estendeu os efeitos na mencionada decisão aos outros corréus (STF, 2016, on-line).

O julgamento do HC ocorreu em 09/08/2016, pela Primeira Turma do STF, conforme a seguinte ementa:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal

(CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, processo eletrônico, DJe-052, divulgado: 16/03/2017, publicado: 17/03/2017).

Quanto ao julgamento do referido remédio constitucional, cabe destaque o voto do Min. Luís Roberto Barroso, acompanhado pelos Min. Edson Fachin e Rosa Weber, o qual, abordou a “inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre”, na medida em que a criminalização do aborto antes de tal marco temporal “viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade” (STF, 2016, on-line).

Dentro desse parâmetro, o referido Ministro pontua que a criminalização do aborto viola a autonomia da mulher, seu direito à integridade física e psíquica, ofende os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, viola a igualdade de gênero, discrimina

socialmente e produz um desproporcional impacto sobre mulheres pobres, e, por fim, que não subsiste proporcionalidade na criminalização, havendo que se rever a questão do aborto “à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita” (STF, 2016, on-line).

O posicionamento tomado pelo Min. Luís Roberto Barroso incitou grandes controvérsias, subsistindo aqueles que acreditam que, em que pese a importância do assunto tratado, o HC 124.306 não era espaço adequado nem um momento propício para se discutir a inconstitucionalidade do aborto tal qual previsto pela legislação penal, ao passo que o supra explanado remédio constitucional não se presta para essa finalidade, muito menos dispunha de qualquer pedido nesse viés (GERVASONI, DIAS, 2018, p. 1312).

#### 4.3 FATORES INFLUENTES PARA A DECISÃO DO STF

Conforme dispõe o art. 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o Brasil é um estado eminentemente laico, havendo que se proteger o Estado “de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária”, impondo ainda a neutralidade estatal frente aos dogmas religiosos (SARMENTO, 2007, p. 1-3)

A esse passo, Débora Diniz (2013, p. 1704), aduz com maestria:

A laicidade importa para as políticas de saúde. Laicidade é mais do que neutralidade religiosa nos atos de governo é a condição de possibilidade para governamentalidade de um Estado plural e democrático. Em saúde, importa saber onde os governantes buscam inspiração para seus atos oficiais: no conhecimento acadêmico ou nas religiões. A inquietação pós-moderna sobre o estatuto da verdade não é suficiente para destituir a ciência de seu valor para a formulação de políticas públicas. Por isso, nem tudo vale no campo moral para fundamentar práticas de saúde como deveres para os cidadãos de um Estado laico.

Meu argumento é simples religião deve ser matéria de ética privada, e políticas públicas de saúde não devem ser fundamentadas em místicas religiosas sobre o bem-viver. Por isso, tratamentos psicoterápicos para reversão da homossexualidade não são boas práticas científicas, mas charlatanismos. Da mesma forma, proibir pesquisas com células-tronco embrionárias por reclamar o direito à vida do embrião congelado é dogma religioso e não uma discussão séria sobre a morfologia da gênese humana. Ciência ou charlatanismo, pesquisa ou dogma não são adjetivos para

qualificar práticas, mas substantivos políticos.

A proibição do aborto em função de uma crença religiosa preponderante, fere frontalmente a “inviolabilidade do direito da mulher à autonomia decisória na condução de um processo gestacional”, constitucionalmente albergada no art. 5º, *caput*, ao passo que, enquanto indivíduo detentor de direitos, a mulher deve ter autonomia individual e sexual para decidir sobre seu próprio planejamento reprodutivo (PIRES, 2013, p. 587).

Inegável, portanto, que o tratamento do aborto no país ainda reflete um moralismo religioso fundado na sacralidade da vida, considerando o dogma de que a vida tem início a partir da concepção, e que, aquela que pratica o aborto, conseqüentemente, estaria tirando uma vida. Esse aspecto da discussão impede um tratamento mais objetivo da questão, tangendo a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, bem assim, o fato de que o aborto clandestino constitui um problema de saúde pública com nefastos desdobramentos (ANJOS, EUGÊNIO, SANTOS, SOUZAS, 2013, p. 495).

De 2008 a 2017 o Sistema Único de Saúde já dispendeu cerca de 486 milhões de reais em razão de internamentos para tratar as complicações causadas por abortos clandestino, tendo as despesas aumentado substancialmente em função da gravidade dos casos, os quais geram graves complicações que vão desde hemorragias a infecções, até a morte. Outrossim, estima-se ainda que sejam realizados de 950 mil a 1,2 milhão de abortos todos os anos no país (COLLUCCI, FARIAS, 2018).

Diante desse cenário, é legítima a atuação do Poder Judiciário para garantir os direitos das minorias, e as ações de controle de constitucionalidade concentrado se mostram como plenamente apropriadas para a “concretização do direito fundamental à livre formação de convicções pessoais de natureza moral e religiosa, quanto à definição do valor da vida pré-natal, guardados as restrições que sejam razoáveis”. Nesse ponto, há de se esclarecer que o tratamento dessas questões não demanda um consenso, e sim “exige a proteção das diferenças em temas relacionados aos valores e crenças individuais” (PIRES, 2013, p. 585).

#### **4.3.1 PL 478/2007, PEC 181/2015 e PL 236/2012**

Atualmente subsistem diversos projetos legislativos tangendo a questão do aborto, tanto no sentido de ampliar as hipóteses permissivas de sua prática, como também propostas que deflagram um patente retrocesso e visam extinguir direitos femininos arduamente conquistados. Nesse sentido, em substituição ao Projeto de Lei 6.150 de 2005, que foi arquivado em janeiro de 2007, surgiu o Projeto de Lei 478/2007, que, no mesmo sentido do anterior, prevê a proteção irrestrita do nascituro como ser humano já concebido e que ainda não nasceu, abrangendo também aquele que for concebido fora do útero materno (KREUZ, 2018, p. 04-05).

O chamado “Estatuto do Nascituro” propõe conferir ao embrião o mesmo patamar jurídico atribuído a uma criança ou pessoa que já nasceu com vida. A referida PL tem como objetivo criminalizar toda e qualquer forma de aborto, inclusive aquelas hipóteses permissivas presentes no Código Penal, impondo um entendimento religioso sobre uma questão que envolve saúde pública, violando diversos direitos das mulheres e interferindo de forma negativa no campo da reprodução assistida. Cumpre destacar (GALLI, ROCHA, 2014, p. 04):

Esta proposta legislativa viola direitos fundamentais e viola os principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil que protegem o direito humano à saúde sexual e reprodutiva da mulher e seus direitos humanos à liberdade, autonomia, vida privada, saúde e integridade física e psicológica. Neste sentido, a Relatoria encaminhou um documento à Comissão de Constituição e Justiça requerendo que a sua análise tenha como parâmetros direitos e princípios fundamentais, inclusive a laicidade do Estado.

Dentro desse cenário de retrocesso, se insere ainda a PEC 181/2015, apelidada de “cavalo de Tróia”, uma vez que seu objetivo inicial era ampliar a licença maternidade dos atuais 120 dias para 240 dias nos casos de nascimentos de bebês prematuros. O problema central da mencionada Proposta de Emenda à Constituição, para além de seu teor patriarcal, subsiste fundamentalmente nas propostas de alterações de seus artigos 1º e 5º, feitas pelo Deputado Federal Jorge Tadeu Mudalem do DEM/SP, com a inserção da previsão de que a vida tem início com a concepção, havendo que se garantir ao nascituro a proteção de sua dignidade e a inviolabilidade de sua vida, proibindo o aborto em toda e qualquer circunstância (OLIVEIRA, TEODORO, 2018, p. 18-19).

Outrossim, importante frisar (OLIVEIRA, TEODORO, 2018, p. 21):

O impacto da ementa da PEC 181/15 sobre as mulheres, afeta diretamente a questão dos direitos reprodutivos, e por sua vez, perpassa por uma normativa de controle dos corpos femininos, que a muito é realizada a partir de uma sociedade gerida por homens. No processo dos trâmites da ementa, percebem-se dois movimentos. O primeiro é a exclusão de pensamentos contrários a mesma, o segundo é a ausência da sociedade, mais precisamente das mulheres no debate. Estes causam uma grave ameaça à democracia, na medida em que limita a participação popular na discussão e tomada de decisões.

As iniciativas acima tratadas, para além de consubstanciarem um espantoso retrocesso encharcado de dogmas morais e barreiras culturais em relação aos “comportamentos sexuais e reprodutivos, representam gravíssimas ameaças à garantia dos direitos humanos das mulheres, concernentes à sua autonomia sexual e reprodutiva, ai incluídos “o direito a integridade corporal, o direito individual de viver a sexualidade de forma plena e satisfatória, o de tomar decisões reprodutivas livres de coerção, violência ou criminalização” (GALLI, ROCHA, 2014, p. 12).

Em sentido diametralmente oposto, se apresenta o PL 236/2012 do novo Código Penal brasileiro, que prevê a descriminalização da prática do aborto, possibilitando sua realização, por vontade da gestante até a 12ª semana de gravidez, desde que haja a efetiva necessidade do aborto ante à impossibilidade de levar a gestação a termo, hipótese que deve ser atestada por médico ou psicólogo habilitado (SILVA, 2018, p. 101-102).

Por fim, tem-se o Projeto de Lei 882/2015, de autoria do então deputado do PSOL, Jean Wyllys, que tem como objeto precípuo a defesa dos direitos fundamentais das mulheres na magnitude da saúde sexual e direito reprodutivos, para garantir “um ambiente livre de discriminação, de coerção e de violência, e saúde reprodutiva o estado de bem-estar físico, psicológico e social”, garantindo-lhes o direito de proceder à interrupção voluntária da gravidez (KREUZ, 2018, p. 07-08).

A partir da explanação supra é possível apreender o relevo da controvérsia que tangencia à temática do aborto, imbuída de forte rivalidade e comoção. De um lado se encontram aqueles “pró-vida” ou “pró-nascimento”, que pregam a inviolabilidade da vida humana em todo e qualquer estágio, tendo como marco inicial a concepção, a exemplo de militantes religiosos, padres, grupos anti-aborto, e, de outro lado, aqueles que tratam o aborto “como questão de saúde pública e de direitos humanos das mulheres”, a exemplo de instituições feministas, membros da Frente Nacional pela Legalização do aborto e grupos de mulheres da sociedade civil (KREUZ, 2018, p. 09).

### 4.3.2 A efetivação dos direitos fundamentais

*Ab initio*, cumpre pontuar que a separação dos Poderes estatais não se caracteriza como um impedimento à atuação judicial do STF, no sentido de proteger e concretizar os direitos fundamentais, especialmente com o surgimento e desenvolvimento do Estado Social, o qual depositou no Judiciário, de igual forma, do dever de efetivação dos pressupostos da justiça social. Nessa medida, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 43), apresenta seu entendimento no sentido de que “o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional”, ao passo que atualmente não subsistiria mais a clássica separação dos Poderes, e sim um efetivo equilíbrio entre os Poderes estatais (CUNHA JR., BORGES, 2017, p. 43).

Assim, ante o advento de um “novo paradigma de Estado Democrático de Direito”, com o protagonismo da justiça constitucional através da efetivação dos direitos fundamentais, o ideário de separação de Poderes com soberania do Legislativo a partir da representação popular, e a estrita submissão do Judiciário à lei, encontram-se fadados a uma paulatina superação. Nesse ponto, a soberania e supremacia da Constituição implicam numa vinculação do Poder Legislativo às normas constitucionalmente previstas, com a conseqüente superação do “dogma da separação de Poderes” com a “prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado” (CUNHA JR., 2017, p. 40).

Uma maior atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais consubstancia uma “evolução do princípio da separação de poderes”, e não uma ofensa ao referido princípio, desde que observados os limites constitucionalmente fixados para essa atuação, com respeito à garantia e as atribuições dos demais Poderes (SABOIA, 2018, p. 39).

Destarte, se mostra deveras duvidoso e audacioso depositar todas perspectivas no Poder Legislativo, aguardando que este seja capaz de “antecipar e salvaguardar todos os direitos fundamentais”, considerando a existência de preocupações ordinárias cotidianas que acabam por ocupar os parlamentos de forma mais enérgica (PEIXOTO, 2013, p. 152).

Sob tal aspecto, Conrado Hübner Mender (2008, p. 77), perspicazmente expõe, *ipsis litteris*:

O parlamento, da maneira como é composto, não permite que se leve direitos a sério. Legisladores têm, às vezes legitimamente, muitas outras coisas na cabeça. São influenciados por um conjunto de incentivos mais imediatos, ligados à conveniência da política pública. Direitos, quando aparecem na balança, são um entre outros componentes, não a preocupação primária. Na escala moral de um regime que respeita liberdades, porém, direitos são trunfos. Não podem ser um fator a mais de negociação e de barganha. Com eles, não há espaço para *trade-offs*.

Por oportuno, conforme esclarece Geovane Peixoto (2013, p. 152), atualmente ainda persiste nas aspirações populares, no que tange à democracia, um sentimento de quebra da “supremacia parlamentar” quando se transfere a proteção efetiva de direitos fundamentais do parlamento para o Judiciário, a partir da perspectiva de que se estaria usurpando o alvedrio da maioria, o que, conseqüentemente, demonstraria uma derrocada no progresso.

Com efeito, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 40) enfatiza ainda o surgimento de uma crise da representação política baseada na representação popular da maioria, na medida em que a lei, que antes representava a vontade geral, “tem se tornado veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição” (CUNHA JR., 2017, p. 40).

Geovane Peixoto (2013, p. 153), explana que subsistem três razões fundamentais para a superação do ideário da supremacia parlamentar a partir da vontade da maioria, quais sejam: (i) os anseios da maioria não são capazes de mensurar a importância e significância de determinados assuntos no âmbito de cada indivíduo; (ii) por diversas oportunidades, a regra da maioria pode levar à ocorrência de situações deveras arbitrárias, o que pode desaguar em uma resolução desamparada de racionalidade; (iii) a bipartição entre maioria e minoria não encontra respaldo na ordem mundial, especialmente a partir da constatação de que as preferências políticas são mutáveis.

Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso (2016, p. 81) elucida o seguinte:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios.

Destaque-se, contudo, que não se está, de forma alguma, propagando que a regra da maioria não possua seus atrativos ou que simplesmente não funcione, nem se está pregando a dispensabilidade do Poder Legislativo ou do parlamento na atualidade, ou que houve a completa perda de sua utilidade (PEIXOTO, 2013. 153-154).

Por fim, cumpre asseverar que o tratamento dos direitos reprodutivos da mulher está sofrendo um aperfeiçoamento em caráter mundial, ao passo que as Cortes Constitucionais, enquanto espaços legítimos, têm desempenhado um fundamental papel na proteção desses direitos da forma mais adequada, compatibilizando-os com as atuais demandas sociais feministas e a evolução da ciência médica (PIRES, 2013, p. 579).

#### 4.4 A POSSÍVEL DECISÃO DO STF E SUAS CONSEQUÊNCIAS À LUZ DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

A partir de tudo o que foi tratado nos tópicos anteriores é possível apenas tecer conjecturas acerca de qual será a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF 442, e suas possíveis consequências no cenário institucional do país.

Diante dos entendimentos que vêm sendo consolidados pela Suprema Corte, e apesar da pressão que vem sendo realizada por grupos religiosos e ramos conservadores, Letícia Regina Camargo Kreuz (2018, p. 12) elucida o que:

[...] a perspectiva atual é de que o STF exerça uma função contramajoritária e descriminalize a prática, para que as mulheres possam finalmente gozar de igualdade em questões sexuais e reprodutivas, na autonomia e liberdade ao próprio corpo. Ao mesmo tempo, o *backlash* poderá ser sentido – e pode ser ainda mais conservador. Eventuais consequências são, ainda mais no cenário político atual, preocupantes e poderiam ser desastrosas. O Congresso Nacional ensaia mudanças legislativas e constitucionais para proibir o aborto em todas as hipóteses, inclusive as já autorizadas (KREUZ, 2018, p. 12).

Destarte, essa atuação ativista empreendida pelo STF em prol da concretização dos direitos fundamentais, com a judicialização de demandas sociais, traz grandes consequências para a teoria processual através da “judicialização da política”, que “consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica” (VIEIRA, 2009, p. 45).

José Ribas Vieira (2009, p. 50) aponta que a Magna Carta de 1988 é a grande causadora da judicialização da política, na medida em que previu um extenso rol de direitos fundamentais, fortalecendo ainda o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Luís Roberto Barroso (2016, p. 415), assevera que, assim como as demais cortes constitucionais, o Supremo Tribunal Federal está naturalmente inserido no “contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute”, sofrendo influências das mais variadas questões, como as consequências práticas das decisões por ela proferidas e seu efetivo cumprimento, bem como, a preservação, expansão e interação de seu poder em relação com os demais Poderes, instituições e entes estatais.

Quanto ao movimento de expansão e ampliação do Supremo Tribunal Federal, o supradito autor alega que tal fato se dá pela retração do Legislativo ante a uma crise de representatividade e funcionalidade, o que desagua numa “dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar”, o que acarreta uma atuação ativista do STF, inclusive com o questionamento acerca do entendimento clássico de que o STF deva apenas atuar como legislador negativo, tal qual consignado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no bojo do julgamento da ADI nº 3.510 (BARROSO, 2016, p. 416-417).

Cabe consignar que, embora o movimento no sentido de judicialização da política seja visto como um possível desdobramento da ausência de efetividade de determinadas políticas públicas governamentais, deve-se vislumbrar essa circunstância como um meio de estimular e viabilizar discussões acerca de tais políticas a fim de alterá-las, “levando a uma maior reflexão do arranjo institucional, numa clara demonstração da evolução democrática do país” (XAVIER, 2017, p. 20).

Ainda nesse sentido (XAVIER, 2017, p. 20):

[...] a hipertrofia do Poder Judiciário nada mais é do que um reflexo do avanço da democracia, na medida em que, quanto maior o controle e fiscalização recíproca dos poderes, mais favorável o ambiente para desenvolvimento e consolidação do sistema democrático, pois se evita o risco de tirania por parte de um dos poderes.

O fato é que essa judicialização da política empreendida pelo STF apresenta possibilidades e riscos, podendo contribuir para a consolidação da democracia, como também pode atuar no sentido reverso e minar a consolidação democrática, questões

que dependem essencialmente “da forma empreendida e da postura da própria Corte Constitucional” (CHAVES, 2013, p. 132-133).

Não se pode negar, diante do aumento de demandas que envolvam a violação a direitos fundamentais constitucionalmente albergados, possa acarretar um fortalecimento excessivo do Judiciário e venha a contribuir com “esvaziamento dos juízos de conveniência já realizados pelos demais poderes quando da elaboração das políticas públicas”. Bem assim, existência a possibilidade de “esvaziamento dos juízos de macro-justiça existentes quando da opção dos Poderes Legislativo e Executivo por determinadas políticas públicas”, na medida em que se pressupõe que, antes de efetivar tais políticas, os referidos Poderes procedam a um estudo das características, circunstâncias, possibilidades orçamentárias e destinatários finais nas medidas que serão empreendidas (XAVIER, 2017, p. 17-19).

A luz de todo o exposto, é possível também que a democracia e a atual configuração do Judiciário nesse viés “constitucionalizador” da vida pública, possam progredir juntos, ao passo que a judicialização da política impulsiona tanto o poder Legislativo, quanto o Executivo, a atuarem no sentido de reexaminar seus atos e por consequência, caso dissonantes, adequá-los às contemporâneas necessidades da população (XAVIER, p. 20-21).

## 5 CONCLUSÃO

Antes de mais nada, há que se modificar a mentalidade permeada na sociedade e a “coisificação” da mulher, na medida em que o Estado toma para si a decisão sobre corpos femininos como sendo legítima, num viés encharcado de patriarcalismo e objetificação da mulher, pautado em concepções religiosas e morais, em claro contrassenso com os avanços que vem sendo observados na sociedade brasileira e no mundo.

Assim, chega-se à inexorável conclusão de que a descriminalização do aborto é medida de extrema urgência, considerando a patente violação aos preceitos fundamentais constitucionalmente albergados das mulheres, materializados na dignidade da pessoa, direito à vida, direito à saúde com implicações em seus direitos sexuais, reprodutivos e no planejamento familiar, no direito liberdade de autodeterminação, e direito à igualdade, enquanto igualdade de gênero.

A criminalização do aborto leva milhares de mulheres todos os anos a recorrer ao aborto clandestino, fazendo uso de métodos duvidosos, perigosos e precários com graves implicações à sua saúde, tanto física quanto psicológica, isso quando não as leva a óbito, situação que, ainda assim, não impede a continuidade da prática.

O aborto não pode ser tratado simplesmente como um tema que apresenta controvérsias morais e religiosas, devendo ser enfrentado enquanto um problema de saúde pública, que relega mulheres a circunstâncias sub-humanas, estigmatizando-as e lhes impondo uma gravidez indesejada, das quais, em sua esmagadora maioria, encontram-se mulheres negras, nordestinas e pobres.

O fato é que, com a atual composição do Congresso Nacional, formado majoritariamente de homens (85%), de classes abastadas e grupos religiosos de posicionamentos extremados, as pautas femininas nem sequer vem sendo discutidas e apreciadas em conformidade com a relevância e magnitude que merecem.

Dos tópicos tratados no presente trabalho, mais precisamente das decisões proferidas no bojo da ADI nº 3.510/DF, na ADPF nº 54/DF e no HC nº 124.306/RJ, constata-se uma tendência do STF a dar procedência à ADPF nº 442, para declarar a inconstitucionalidade parcial dos artigos 126 e 128 do Código Penal de 1940, com a

consequente descriminalização do aborto, por vontade da gestante, até a 12ª semana de gestação.

Não há que se olvidar ainda, que tal decisão, seja ela qual for, trará grandes alterações no cenário nacional, consideradas as questões relativas à separação dos Poderes, ativismo judicial, judicialização da política e legitimidade da atuação do STF, bem assim, terá fortes repercussões na realidade de milhares de mulheres e em suas lutas por direitos.

Por fim, resta consignar que jurisdição constitucional, mais precisamente, o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, se mostra como meio legítimo para viabilizar a descriminalização do aborto através do julgamento da ADPF 442, uma vez que com o advento da constitucionalização do direito, doutrinariamente denominado de neoconstitucionalismo, imprime supremacia e imperatividade à Constituições, ao passo que toda e qualquer violação ao seu texto deve ser coibida e rechaçada.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Karla Ferraz dos; SANTOS, Vanessa Cruz; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. **Revista Bioética**, vol. 21, núm. 3, 2013, p. 494-508. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/html/3615/361533263014/>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

AQUINO, Estela M. L.; MENEZES, Greice. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, supl. 2, p.193-204, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2009001400002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009001400002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 de mai. 2019.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Neoeugenia e Reprodução Humana Artificial: Limites éticos e jurídicos**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

ARGUELLHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, jan/jun 2015, p. 121-151. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/781>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e o Início da Vida: Alguns desafios**. São Paulo: Idéias e Letras; Centro Universitário São Camilo, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal Parte Especial: crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, 2 ed. reform.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 919, ano 101, mai. 2012, p. 127-196. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acesso em: 01 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, 6 ed.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, 2 ed.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN)THESIS**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista THEMIS**, Ceará, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/issue/view/20>>. Acesso em: 02 de mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, 7 ed.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2014.

BIROLI, Flávia. Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, nº 15, set/dez. 2014, p. 37-68. Disponível em: <<https://search.proquest.com/openview/0c7c4e9475abdc10ed277fe7e912b88c/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1626348>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Especial: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, 17 ed.

BLAS, Erik; SIVASANKARA KURUP, Anand. **Equity, social determinants and public health programmes**. Geneva: World Health Organization, 2010, ISBN 9789241563970. Disponível em: <<http://www.who.int/iris/handle/10665/44289>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, 12 ed.

BRASIL. **Consolidação das Leis Penais**. Decreto nº 22.213 de 14/12/1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Decreto nº 847 de 11/10/1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 – Proc. 0002323-70.2005.0.01.0000. Repte.: Procurador-Geral da República. Intdo.: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília. Disponível em: <

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 – Proc. 0002072-86.2004.0.01.0000. Reqte.: Confederação dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Intdo.: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 20 mar. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442 – Proc. 0002062-31.2017.1.00.0000. Reqte.: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intdo.: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306 – Proc. 9998493-51.2014.1.00.0000. Impte.: Jair Pereira (12819/RJ). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Controle de Constitucionalidade: aspectos contemporâneos. *In*: MACIEL, Adhemar Ferreira (Coord.), *et al.* **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 155-174.

CARVALHO, Thais Dai Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto Eugênico – uma questão biojurídica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 439-463.

CASTELBAJAC, Matthieu de. Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil. **Revista De Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 3, nov. 2009/fev. 2010, p. 39-72. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/rdisan/article/view/90042>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, ISBN: 85-87598-10-4. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/308>>. Acesso em: 28 de mar. 2019.

CHAVES, Vinícius Figueiredo. Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 1, n. 1, jan./jun. 2013, p. 116-146. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/310>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

COLLUCCI, Cláudia; FARIA, Flávia. **SUS gasta R\$ 500 milhões com complicações por aborto em uma década**. Folha de São Paulo. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/sus-gasta-r-500-milhoes-com-complicacoes-por-aborto-em-uma-decada.shtml>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

CORRÊA, Sônia. **Aborto na cena política global: fios de história, desafios do momento.** Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/profile/Sonia\\_Correa4/publication/265873958\\_Aborto\\_na\\_Cena\\_Politica\\_Global\\_Fios\\_de\\_Historia\\_Desafios\\_do\\_Momento/links/5500ba1b0cf2d61f8210954d/Aborto-na-Cena-Politica-Global-Fios-de-Historia-Desafios-do-Momento.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sonia_Correa4/publication/265873958_Aborto_na_Cena_Politica_Global_Fios_de_Historia_Desafios_do_Momento/links/5500ba1b0cf2d61f8210954d/Aborto-na-Cena-Politica-Global-Fios-de-Historia-Desafios-do-Momento.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. *In*: CAVENAGHI, Suzana (Org.). **ABEP**, Rio de Janeiro, 2006, p. 29-62.

CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 1996, p. 147-177. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/physis/1996.v6n1-2/147-177/pt>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

COSTA, Raphael Mendonça Costa; JÚNIOR, Cildo Giolo. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. São Paulo, v. 10, n. 2, dez. 2015, p. 297-327.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da Cruz. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

CUNHA JR., Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: DIDIER JR, Fredie (Organizador). **Ações Constitucionais**. Bahia: JusPODIVM, 2012, p. 583-645.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador/BA, JusPODIVM, 2017, 9 ed.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, 11 ed.

CUNHA JR., Dirley da. O Estado constitucional inclusivo e os desafios da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *In*: CUNHA JR., Dirley da; BORGES, Lázaro Alves (Coordenadores). **O Estado constitucional inclusivo e os desafios da modernidade**. Salvador: Paginae Editora, 2017.

DINIZ, Carmen Simone Grilo; MATTAR, Laura Davis. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **INTERFACE: Comunicação, Saúde, Educação**, v. 16, n. 40, jan./mar. 2012, p. 107-119. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/icse/2012.v16n40/107-120/pt>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. Bioética e Aborto. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coordenadores). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 125-138.

DINIZ, Débora; MADEIRO, Alberto. Cytotec e Aborto: a polícia, os vendedores e as mulheres. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17, 2012, n. 7, p. 1795-1804. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/csc/2012.v17n7/1795-1804/>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, p. 1704-1706, set. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/csp/2013.v29n9/1704-1706/pt>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17, 2012, n. 7, p. 1671-1681. Disponível em <<https://www.scielo.org/pdf/csc/2012.v17n7/1671-1681/pt>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, 2017, n. 2, p. 653-660. Disponível em: <[https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232017000200653&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232017000200653&script=sci_arttext)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DULTRA, Elza Maria do Socorro Dultra; REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. **Revista Psicologia em Estudo**, Maringá, jul-set. 2011, v. 16, n. 3, p. 419-428. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v16n3/v16n3a09>>. Acesso em: 22 fev. 2019

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 1 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/revusp/article/view/26931>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, 3 ed.

FREIRE, Nilcéa. Aborto seguro: um direito das mulheres? **Revista Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 64, n. 2, jun. 2012, p. 31-32. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200013&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08 mai. 2019.

GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. **Direitos Sexuais e reprodutivos, autonomia reprodutiva, política e (des)respeito ao princípio da laicidade**. Plataforma de

Direitos Humanos. Disponível em <[http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo\\_dsr\\_politica\\_principio\\_laicidade.pdf](http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo_dsr_politica_principio_laicidade.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2019.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 2, p. 1280-1315, fev. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/182/172>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Impetus, 2015, 9 ed.

HENTZ, Isabel Cristina. **A honra e a vida: debates jurídicos sobre o aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano (1890-1940)**. 2013. Tese. (Mestrado em História) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientador: Henrique Espada Rodrigues Lima Filho. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106848?show=full>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

KREUZ, Letícia Regina Camargo. Direitos sexuais e reprodutivos da mulher entre a Corte e o Parlamento: propostas, conservadorismo e (im)prováveis avanços, 2018. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/17985>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006.

MACHADO, Lia Zanotta. Dossiê: Conservadorismo, Direitos, Moralidades e Violência. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**. Campinas, n. 50, 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0104-833320170002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0104-833320170002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2019, 8 ed.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. Niterói: Impetus, 2011, 2 ed.

MENDES, Gilmar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Direito Público**, v. 5, n. 20, 2008, p. 7-46. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1421>>. Acesso em: 26 out. 2018.

MONTEIRO, Rosa. A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. *Anál. Social*, Lisboa, n. 204, p. 586-605, jul. 2012.

Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0003-25732012000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000300004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, 31 ed.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 13 ed.

NUNES, Maria José Rosado. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. *In*: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, ISBN: 85-87598-10-4. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/308>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A jurisdição e a criação do direito na atualizada: condições e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2005, 6 ed.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54: dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, jul/dez 2013, p. 577-598. Disponível em: <[http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/janeiro\\_2014/ADPF%2054.pdf](http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/janeiro_2014/ADPF%2054.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2019.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos. **Vida humana: Da manipulação genética à neoeugenia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Brasília, vol. 19, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Claudia\\_Roesler/publication/287595356\\_O\\_JU LGAMENTO\\_DA\\_ADI\\_N\\_3510\\_SOB\\_A\\_PERSPECTIVA\\_ARGUMENTATIVA/links/573094aa08ae100ae5573af5.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Claudia_Roesler/publication/287595356_O_JU LGAMENTO_DA_ADI_N_3510_SOB_A_PERSPECTIVA_ARGUMENTATIVA/links/573094aa08ae100ae5573af5.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2019.

RUBIO-MARIN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista de Direito FGV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 356-379, abr. 2017.

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322017000100356&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100356&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

SABOIA, Jéssica Ramos. A atuação política do Supremo Tribunal Federal e a (in)compatibilidade com a democracia brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 335-347, jan/abr 2018. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-Bras\\_v.19\\_n.8.20.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.20.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SANTOS, Beatriz Carneiro dos. Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília, n. 7, p. 133-143, jan/abr 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a07n7.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://direitounb.scholasticahq.com/article/695.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *In*: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, ISBN: 85-87598-10-4. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/308>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do estado. **Revista Eletrônica PRPE**, Pernambuco, ano 5, 2007. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro. As pesquisas com células-tronco embrionárias: o direito à vida digna ou o direito à dignidade do embrião em vitro? **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. São Paulo, v. 1, 2008. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/522/513>>. Acesso em: 31 out. 2018.

SILVA, Giordano Barreto Mota da. **Descriminalização/legalização do aborto no Brasil: aspectos religiosos e jurídicos**. Dissertação (Pós-Graduação em Ciências das Religiões) – Faculdade Unida de Vitória, Vitória/ES, Orientador: Prof. Osvaldo Luiz Ribeiro. Disponível em: <<http://bdtd.faculdadeunida.com.br:8080/jspui/handle/prefix/165>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, 8 ed.

SCHOR, Nélia; ALVARENGA, Augusta Thereza. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, IV (2), 1994. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/38134>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: reflexões e perspectivas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

SOUZA, Davi Santana. E se o STF fosse uma Corte Constitucional. CRUZ, Gabriel Dias Marques da (Coord.). **Estudos de Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.  
TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, 13 ed.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “Problema da Discricionariedade dos Juízes. **Ânima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, ano I, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/edicao-n1.php>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan/jun. 2011. Disponível em: <[http://www.abdconst.com.br/revista5/revista\\_final4.pdf#page=8](http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf#page=8)>. Acesso em: 09 mai. 2019.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Orientador: Prof. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4962>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

THE NEW YORK TIMES. Apenas com votos de homens, Alabama aprova veto ao aborto até em casos de estupro. Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves. **Folha de São Paulo**, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/05/legislativo-do-alabama-aprova-proibicao-quase-completa-do-aborto.shtml>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e Legislação Comparada. **Revista Ciência e Cultura**. São Paulo, vol. 64, n. 2, p. 40-44, abr/jun 2012. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200017](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200017)>. Acesso em: 01 abr. 2019.

VAZQUEZ, Georgiane Garabely Heil. Sobre as mulheres e o aborto: notas sobre leis, medicina e práticas femininas. **Revista Latino-americana de Geografia e Gênero**, Ponta Grossa, v. 5, n. 2, p. 146-162, 2004. Disponível em <[http://177.101.17.124/index.php/rlagg/article/view/6116/pdf\\_126](http://177.101.17.124/index.php/rlagg/article/view/6116/pdf_126)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudo sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4302/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Introdução – Reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. *In*: DIDIER JR., Fredie (Organizador). **Ações Constitucionais**. Bahia: JusPODIVM, 2012, p. 19-22.

XAVIER, Maria de Lourdes Costa. Judicialização da política: uma análise do fenômeno e suas consequências. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, ano 2017, n. 115, nov. 2017. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/judicializacao-da-politica-uma-analise-do-fenomeno-e-suas-consequencias>>. Acesso em: 13 mai. 2019.