



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE SOBRE O ABORTO E A VIABILIDADE DE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO

Viviane Andrade Charnaux Sertã

Rio de Janeiro
2019

VIVIANE ANDRADE CHARNAUX SERTÃ

ANÁLISE SOBRE O ABORTO E A VIABILIDADE DE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

ANÁLISE SOBRE O ABORTO E A VIABILIDADE DE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Viviane Andrade Charnaux Sertã

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogada.

Resumo – O objetivo da presente pesquisa é desenvolver uma análise acerca da descriminalização do aborto, tendo em vista a legislação vigente e a opinião da maior parte da sociedade sobre o tema, de um lado, e a defesa dos direitos fundamentais das mulheres, de outro. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, e a abordagem do tema será necessariamente qualitativa, em que se utilizarão principalmente entendimentos doutrinários, além da legislação e jurisprudência para defender a tese. Os resultados apontarão que a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais das mulheres, em especial sua intimidade, direitos sexuais e reprodutivos, integridade física e psíquica e direito à vida. Analisar-se-á, ainda, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o tema, bem como a possibilidade de descriminalização do crime de aborto pelo Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista, principalmente, a necessária observância ao princípio da Separação de Poderes. Assim sendo, conforme será demonstrado, impõe-se uma urgente descriminalização do crime de aborto voluntário pela gestante, ainda que realizada pelo Poder Judiciário, de modo a tutelar os direitos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave – Aborto. Descriminalização. Direitos fundamentais da mulher. Ativismo judicial. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. Análise sobre o aborto voluntário e os bens jurídicos tutelados e violados por sua descriminalização. 2. Análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: ADPF nº54 e *Habeas Corpus* nº124.306/RJ. 3. Possibilidade de descriminalização do crime de aborto pelo Supremo Tribunal Federal: violação à Separação dos Poderes? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar uma análise sobre o aborto e a viabilidade de sua descriminalização pelo Supremo Tribunal Federal em um Estado Democrático de Direito.

O tema não poderia ser mais atual. Afinal, a descriminalização do aborto é um ponto extremamente sensível contemporaneamente, gerando debates acalorados de diversos setores da sociedade: de um lado, há os que defendem a necessidade de criminalização de tal prática, em razão da necessidade de se proteger a vida intrauterina; de outro lado, há os que defendem a necessidade de descriminalização do aborto, em razão do direito à autonomia da mulher,

isonomia entre os gêneros, bem como em razão de, alegadamente, a regularização do aborto pelo Estado ser mais eficaz no combate à realização do procedimento que sua criminalização.

Neste cenário, o debate se torna ainda mais acirrado em razão de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que, nos autos da ADPF nº54, entendeu não se enquadrar como crime o abortamento de fetos anencefálicos. Ademais, mais recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº124.306/RJ, em acórdão redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu, incidentalmente, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação viola direitos fundamentais da mulher, além de não atender ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, o Congresso Nacional, por ora, não dá qualquer indicativo de que vai editar lei com vistas a descriminalizar o aborto ou aumentar as hipóteses de sua prática legal.

Dessa maneira, faz-se imprescindível discutir, de um lado, a necessidade de descriminalização do aborto na sociedade brasileira contemporânea e, de outro, a possibilidade de tal descriminalização ser eventualmente imposta pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua ausência de legitimidade democrática para a edição de leis.

Com vistas a responder tais questões, o primeiro capítulo do presente artigo busca demonstrar que a criminalização da prática de aborto não se justifica na sociedade contemporânea, tanto em razão da ineficácia em sua pretensão de proteger a vida intrauterina quanto pela flagrante violação à autonomia da mulher.

O segundo capítulo, por sua vez, demonstra que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem apresentando tendência no sentido de flexibilizar as hipóteses de aborto legal não previstas expressamente na legislação. Inicialmente, isso ocorreu nos autos da ADPF nº54, em que se reconheceu a atipicidade da prática de aborto de feto anencefálico; mais recentemente, nos autos do HC nº124.306/RJ, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, com acórdão redigido pelo Ministro Barroso, reconheceu, incidentalmente, a impossibilidade de criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação.

Por fim, o terceiro capítulo evidencia que, muito embora fosse mais desejável que a descriminalização do aborto se desse por iniciativa do Poder Legislativo, eventual expansão do rol das hipóteses de aborto legal determinada pelo Judiciário consistiria em medida inserida em sua função contramajoritária de tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Desse modo, não há falar em violação ao princípio da Separação dos Poderes caso o Judiciário venha a considerar inconstitucional a criminalização do aborto.

A pesquisa será desenvolvida pelos métodos hipotético-dedutivo e de análise de decisões, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. ANÁLISE SOBRE O ABORTO VOLUNTÁRIO E OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS E VIOLADOS POR SUA CRIMINALIZAÇÃO

O aborto voluntário, praticado pela gestante ou por terceiro, é criminalizado no Código Penal brasileiro em seus artigos 124 a 127¹. Há apenas duas hipóteses em que a legislação permite o induzimento do aborto: em caso de risco à vida da gestante ou nas hipóteses em que a gravidez for decorrência de estupro, conforme se constata da redação do artigo 128 do Código Penal.²

O bem jurídico tutelado por esses tipos penais é a vida intrauterina, ou seja, a vida que, embora não se compare à de um ser humano – este, sim, titular de direitos e deveres -, apresente potencialidade concreta para, um dia, tornar-se uma pessoa.³

Não obstante a aparente facilidade em se definir as condutas que se enquadram nesses tipos penais, há que se destacar que tal tarefa não é tão simples quanto aparenta em uma observação superficial. Isso porque, tendo em vista que o principal bem jurídico tutelado pelos tipos penais mencionados é a vida intrauterina, há que se definir, primeiramente, quando se inicia a vida intrauterina, de modo a aferir a partir de que momento a expulsão prematura voluntária do zigoto, embrião ou feto pode ser enquadrada como crime de aborto.

Neste ponto, a ciência diverge muito, havendo grande celeuma entre médicos e cientistas sobre o tema. Parte dos cientistas defende que a vida se iniciaria com a fecundação,

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

² Ibid.

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 11. ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133-134.

que ocorre quando o espermatozoide se une ao óvulo, formando um ser com um conjunto de genes original, diverso das células que o formaram. Tal processo ocorre em um período de 12 a 24 horas.⁴

Parte dos cientistas, ainda, defende que a vida se iniciaria apenas após a nidação, momento em que o zigoto se fixa no útero, formando o embrião, e que pode ocorrer de sete a quinze dias após a relação sexual.⁵ Isso porque, após esse período, as chances de o ovo fecundado ser expelido espontaneamente pelo organismo da mulher, que antes chegariam a cerca de 50%, reduzem-se drasticamente. Ademais, a partir deste momento, não há mais chances de o embrião formado dar origem a dois ou mais embriões.⁶

Há, por fim, cientistas que defendem que o início da vida dar-se-ia em oposição ao momento da morte, que, a seu turno, ocorre com a morte encefálica. Dessa maneira, a vida surgiria com o aparecimento das primeiras atividades cerebrais, o que, a depender da tese adotada, ocorreria a partir da oitava semana de gestação, quando o embrião já possui versão primitiva do sistema nervoso; ou mesmo a partir da vigésima semana de gestação, quando o tálamo já está formado.⁷

Apesar das inúmeras controvérsias sobre o tema, prevalece na doutrina, atualmente, o entendimento de que a proteção jurídica da vida humana se inicia a partir do estágio da nidação.⁸

A despeito do bem jurídico que a criminalização do aborto visa tutelar, há que se levar em conta que a tipificação de tal conduta como crime acaba por violar, inevitavelmente, o direito à autonomia reprodutiva do casal e, principalmente, da mulher gestante, bem como ao próprio planejamento familiar. Tais direitos, além de serem corolários da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, CRFB, estão previstos expressamente no artigo 226, §7º, CRFB⁹. Ademais, os direitos sexuais e reprodutivos foram reconhecidos expressamente pelo Brasil como Direitos Humanos desde a Conferência Internacional sobre População e

⁴ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁵ SCHEFFER, Bruno. *O que é nidação?* Entenda tudo a respeito. Disponível em: <<https://www.ibrra.com.br/o-que-e-nidacao-entenda-tudo-respeito/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶ MUTO; NARLOCH, op. cit.

⁷ Ibid.

⁸ PRADO, op. cit., p. 133.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994. Estão previstos, também, na Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995.¹⁰

Note-se, neste ponto, que, na Conferência supramencionada, realizada no Cairo, definiu-se que a saúde sexual e reprodutiva compreende, dentre outros, o direito de “procriar, com liberdade para decidir fazê-lo ou não, quando e com que frequência”.¹¹

Dessa maneira, verifica-se que a criminalização do aborto, nos moldes estipulados pela legislação brasileira, acaba por violar, inegavelmente, a autonomia sexual e reprodutiva da mulher, ao impedir que, uma vez iniciada a gravidez, a gestante opte por interrompê-la, evitando a geração de um filho que, por diversas razões, pode ser indesejado naquele momento de sua vida.

Poder-se-ia argumentar, neste ponto, que a autonomia sexual e reprodutiva da mulher estaria suficientemente assegurada pelo adequado uso de contraceptivos. Todavia, a questão não é tão simples: inicialmente, destaca-se que não existe, até os dias de hoje, contraceptivo totalmente eficaz.¹² Ademais, no Brasil, atualmente, ainda há muitos adolescentes e jovens não recebem informações adequadas sobre o tema. E, mesmo para os que recebem, há diversos empecilhos, a começar pela dificuldade de obter contraceptivos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Muito embora, em tese, o SUS ofereça sete diferentes métodos contraceptivos à população, na prática, a grande maioria dos estabelecimentos de saúde pública não oferece todos os contraceptivos que deveriam ser disponibilizados. De fato, métodos contraceptivos de longa duração – tais como o DIU –, por não dependerem da memória de quem os utiliza, são os mais indicados; não obstante, são esses justamente os que não são acessíveis à grande maioria das mulheres brasileiras.¹³

De todo modo, há que se ressaltar que, a despeito da criminalização do aborto, dados comprovam que isso não é eficaz para reduzir o número de abortos provocados. Em verdade, segundo Pesquisa Nacional de Aborto realizada em 2016, estima-se que, atualmente, 13% das mulheres brasileiras de 18 a 39 anos de idade já realizaram aborto ao menos uma vez na vida.

¹⁰ GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. *Direito Humano à saúde sexual e reprodutiva*. Direitos sexuais e reprodutivos, autonomia reprodutiva, política e (des)respeito ao princípio da laicidade, p. 6. Disponível em: <http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo_dsr_politica_principio_laicidade.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL. *Ministério da Saúde*. Assistência em planejamento familiar: manual técnico. 4. ed. Brasília, 2002, p. 13. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencial.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹³ FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. BBC News Brasil, 26 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Aos 40 anos de idade, o percentual eleva-se, estimando-se que quase uma a cada cinco mulheres já provocou aborto voluntariamente ao menos uma vez na vida.¹⁴ Ademais, no ano de 2014, estima-se que foram realizados cerca de 416.000 abortos voluntários no país. Em 2015, o número estimado eleva-se ainda mais, chegando ao patamar de 503.000. De todos os abortos voluntários realizados, a grande maioria foi efetuada ilegalmente.¹⁵

Verifica-se, ademais, que a criminalização do aborto acaba por violar, indiretamente, o direito à saúde, previsto expressamente como direito social no artigo 6º, CRFB.¹⁶ Isso porque, como já dito, a despeito da criminalização, muitas mulheres, ao engravidar de forma indesejada, optam por realizar um aborto clandestinamente. Todavia, justamente em razão do caráter clandestino de tal conduta, um percentual elevado de abortos é realizado de modo inseguro, estimando-se que cerca de metade das mulheres que realiza um aborto no país precisa ser internada para finalizar o procedimento.¹⁷ Ademais, estima-se que de 16 a 28% das mulheres que abortaram necessitaram de hospitalização por complicações. Embora esse percentual tenha se reduzido nos últimos anos¹⁸, ainda se mostra bastante expressivo.

Por fim, destaca-se que a criminalização do aborto implica, indiretamente, violação ao direito à vida, previsto como direito fundamental no artigo 5º, *caput*, CRFB.¹⁹ Nesse ponto, estima-se que o aborto inseguro era, ao menos até 2014, a quarta maior causa de morte materna no país.²⁰ Evidentemente, caso tal prática fosse legalizada no país, o percentual de abortos inseguros realizados seria sensivelmente reduzido. Sobre o tema, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que, em países em que o aborto é total ou parcialmente proibido, apenas um a cada quatro abortos voluntários é efetutado de forma segura; por outro lado, em países em que o aborto é legalizado, nove a cada dez abortos é realizado de forma segura.²¹

Por tudo o que foi exposto acima, verifica-se que a criminalização do aborto não mais se justifica na sociedade contemporânea, seja pela falta de efetividade prática na proteção da vida intrauterina, seja pela violação de diversos direitos humanos e fundamentais

¹⁴ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*, p. 655. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 19.

¹⁵ *Ibid.*, p. 655-656.

¹⁶ BRASIL, op. cit, nota 9.

¹⁷ DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, op. cit., p. 656.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BRASIL, op. cit, nota 9.

²⁰ GALLI; ROCHA, op. cit., p. 12.

²¹ ONU.BR. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em: 24 abr. 2019.

das mulheres decorrente de sua criminalização. O ideal, portanto, seria que o Legislativo editasse lei descriminalizando tal conduta até determinada semana de gestação. Não obstante, não há nenhuma evidência concreta de que isso vá ocorrer em um futuro próximo. Ao revés, há, inclusive, projeto de emenda à Constituição²² que busca restringir ainda mais as hipóteses de aborto legal previstas atualmente na legislação brasileira.

Verifica-se, por outro lado, que o Judiciário brasileiro e, em especial, o Supremo Tribunal Federal (STF), vem apresentando, nos últimos anos, tendência a alargar as hipóteses de aborto legal além das expressamente previstas na legislação brasileira. Tal cenário será analisado pormenorizadamente no próximo capítulo.

2. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA: ADPF N°54 E *HABEAS CORPUS* N°124.306/RJ

Como já visto, o Código Penal brasileiro criminaliza a prática voluntária de aborto em quase todas as hipóteses, excepcionados expressamente, apenas, os casos de gravidez resultante de estupro da mulher e de risco de vida da gestante em decorrência da gravidez.

Há que se observar, contudo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme a Constituição, vem, nos últimos anos, alargando as hipóteses de realização de aborto legal para além das expressamente previstas pelo legislador. Tal tendência pode ser observada, em especial, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°54, julgada em abril de 2012, e no *Habeas Corpus* n°124.306/RJ, julgado em novembro de 2016, os quais serão analisados mais pormenorizadamente a seguir.

Nos autos da ADPF n°54, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em Plenário, com efeitos *erga omnes*, conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para considerar que a prática de aborto voluntário em feto anencefálico não constitui conduta criminalizada nos citados dispositivos legais.²³

Embora diversos argumentos tenham sido considerados para se chegar a tal entendimento, o principal deles consistiu no fato de que o feto anencefálico, por ser portador

²²BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°54*. Disponível em: <file:///C:/Users/Artur/Downloads/texto_136389880.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

de doença congênita letal, não possui qualquer viabilidade de vida extrauterina. Dessa maneira, o bem jurídico tutelado no crime de aborto, nesta hipótese, não existe, de modo que a interrupção voluntária da gestação de feto anencefálico deve ser considerada atípica.²⁴

O *habeas corpus* nº 124.306/RJ, a seu turno, foi impetrado em face de decisão da sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, originalmente, não conheceu de outro *habeas corpus*. Este, por sua vez, impugnava decisão do Tribunal de Justiça que mantinha decisão de prisão preventiva decretada em face de pacientes que haviam sido denunciados pela prática do crime de aborto previsto no art. 126 do Código Penal.²⁵

Tal *habeas corpus* foi julgado pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Não obstante, após pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, foi este designado para a redação do acórdão.²⁶

O ponto nevrálgico do citado julgado consiste no fato de que a ordem foi concedida não apenas por considerarem os Ministros estarem ausentes os requisitos da prisão preventiva, mas, igualmente, por considerarem, incidentalmente, que a criminalização da prática voluntária de aborto durante os três primeiros meses de gestação se afigura inconstitucional.²⁷

Para tanto, arguiu o Ministro Barroso, em seu voto, inicialmente, que, para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta deve tutelar bem jurídico relevante, a conduta incriminada não deve configurar o exercício legítimo de direito fundamental e, ademais, deve haver proporcionalidade entre a ação praticada e a resposta estatal.²⁸

Dessa maneira, prossegue o Ministro em seu voto afirmando que a vida intrauterina configura, inequivocamente, bem jurídico relevante, que deve ser objeto de tutela estatal. Não obstante, aduz que a criminalização da prática de aborto voluntário pela gestante viola diversos direitos fundamentais da mulher.²⁹

Acrescenta o Ministro, ainda, que tal criminalização viola, primeiramente, a autonomia da mulher, corolário da dignidade humana, uma vez que um dos aspectos centrais da autonomia consiste no poder de controlar o próprio corpo, o que inclui, evidentemente, a

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306/RJ*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

cessação da gravidez. Viola, ademais, a integridade física e psíquica da mulher: aquela, porque é o corpo da mulher que sofrerá todas as consequências da gestação; e esta, em razão da assunção de obrigação que perdurará pelo restante de sua vida, exigindo profundo comprometimento e cuidado em prol de outro ser. Há violação, além disso, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem, evidentemente, o planejamento familiar e a escolha de ter ou não filhos, bem como o momento em que se deseja tê-los, além da igualdade de gênero, considerando que, suportando a mulher o ônus integral da gravidez, somente haverá igualdade quando se permitir que a mulher possa decidir se deseja prosseguir com a gravidez ou não. Aduz o Ministro, por fim, que a citada criminalização produz discriminação social, uma vez que prejudica, desproporcionalmente, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares de qualidade para realizar o procedimento abortivo.³⁰

No que se refere à análise da proporcionalidade da criminalização ora em análise, afirma o Ministro que, para que a criminalização seja proporcional e, conseqüentemente, constitucional, há que passar pelo crivo dos três subprincípios da proporcionalidade. Dessa maneira, a criminalização da prática voluntária de aborto só será proporcional se: for adequada à tutela do direito à vida intrauterina (adequação); não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo aos direitos fundamentais das mulheres (necessidade); e a criminalização se justificar mesmo após análise de seu custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito).³¹

Dessa maneira, afirma o Ministro Barroso que a criminalização da prática de aborto não se revela adequada para reduzir a incidência de tal conduta, uma vez que as taxas de aborto nos países em que tal procedimento é permitido são muito similares às taxas dos locais em que tal conduta é criminalizada. Não é atendido, ademais, o subprincípio da necessidade, considerando que há outros instrumentos tão ou mais eficazes para a redução da prática de abortamentos do que a criminalização e que, simultaneamente, são menos lesivos aos direitos das mulheres, tais como a exigência de um período de reflexão antes da realização do procedimento e a distribuição gratuita de anticoncepcionais, aliada a ampla educação sexual. E, por fim, no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, tal requisito também não é atendido, ao menos, até o fim do terceiro mês de gestação. Isso porque, segundo o Ministro, o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação, sendo o grau de proteção constitucional ao feto ampliado na

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina. Sendo assim, tendo em vista que, até o terceiro mês de gestação, o córtex cerebral ainda não foi formado, inexistindo, nesse período, qualquer potencialidade de vida fora do útero materno, não estaria atendido o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no que se refere à possibilidade de criminalização da prática voluntária de aborto.³²

Sendo assim, conclui o Ministro, em seu voto, que é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação.³³

Cumprе ressaltar que, durante a sessão de julgamento, estavam presentes, além do Ministro Luís Roberto Barroso, os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Note-se, ainda, que o Ministro Fachin acompanhou expressamente os argumentos do Ministro Barroso, tendo feito tal fato constar expressamente no acórdão, assim como Rosa Weber, a qual acrescentou, na minuta do acórdão, seu próprio voto, no qual expõe argumentos muito similares aos levantados pelo Ministro Barroso.

É evidente que este julgado não se compara, de modo algum, à ADPF n°54, em termos de força jurisprudencial vinculante, por diversos motivos. Primeiramente, porque a citada ADPF foi julgada pelo plenário, enquanto o *habeas corpus* ora analisado foi julgado apenas por uma Turma. Ademais, a ADPF, por sua própria natureza, consiste em ação de controle de constitucionalidade concentrado e que produz efeitos *erga omnes*, vinculando todo o Poder Judiciário, assim como o Poder Executivo.³⁴ O controle de constitucionalidade realizado no *habeas corpus* aqui analisado, por sua vez, se deu em caráter difuso e incidental, com eficácia *inter partes* e não vinculante.

Nada obstante, é inegável que tanto o julgado do *habeas corpus* n°124.306/RJ quanto o da ADPF n°54 representam uma tendência jurisprudencial da Corte Superior pátria no sentido de, por meio de controle de constitucionalidade, descriminalizar o aborto.

Há que se destacar, ainda, que os argumentos de mérito que constam no *habeas corpus* aqui analisado são absolutamente pertinentes, indo ao encontro, em grande parte, dos argumentos já analisados no primeiro capítulo desta obra. Entretanto, tendo em vista o cenário sócio-político atual de judicialização da política, em que, diversas vezes, o princípio da

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 852.

Separação dos Poderes acaba sendo violado pelo Poder Judiciário, há que se questionar se poderia o Supremo Tribunal Federal, em flagrante contrariedade aos desejos do Poder Legislativo, descriminalizar a prática voluntária de aborto por meio de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

3. POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME DE ABORTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES?

A formação de um Estado Democrático de Direito exige a observância de dois grandes parâmetros, simultaneamente. De um lado, para haver um Estado de Direito, impõe-se a observância de algum tipo de ordem legal, que seja observada tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares.³⁵ De outro lado, para que um Estado se caracterize como democrático, exige-se, no âmbito formal, a submissão a um governo da maioria que, entretanto, respeite os direitos individuais.³⁶ Já no âmbito material, exige-se que, a despeito de seguir as regras da maioria, o governo seja para todos, de modo a respeitar os direitos de todos os grupos de menor expressão política e propiciar a promoção de direitos fundamentais de cunho social, necessários ao estabelecimento de um patamar mínimo de igualdade material.³⁷

Nesse contexto, é possível identificar duas funções clássicas do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito: a aplicação imparcial da lei, de modo a garantir a igualdade jurídica; e o zelo pelo respeito aos direitos fundamentais listados na Constituição, o que é feito, principalmente, por meio de controle de constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo.³⁸

Não obstante, com a transição de um Estado Liberal para um Estado de Bem Estar Social, passou-se a defender uma expansão das funções do Judiciário em um Estado Democrático de Direito, que não mais se limitariam às listadas acima. Nesse sentido, Fachin identifica cinco principais funções do Poder Judiciário na atualidade, quais sejam: (i) aplicar a

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 63-64.

³⁸ ARANTES, Rogério Bastos; KERCHER, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil*. Disponível em: <http://rubi.casaruiabarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%2C%20Rog%C3%A9rio%20Bastos%20e%20Kercher%2C%20F%C3%A1bio_Judici%C3%A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

lei aos casos concretos das lides levadas ao Judiciário; (ii) controlar os demais Poderes; (iii) realizar seu autogoverno; (iv) concretizar os direitos fundamentais; e (v) garantir o funcionamento do Estado Democrático de Direito.³⁹

Nesse sentido, a função do Judiciário de concretizar os direitos fundamentais iria além de sua função clássica de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição, limitando-se a declarar normas inconstitucionais. Ao revés, deveria o Judiciário, nesse contexto, atuar de forma ativa, de modo a suprir omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, determinando, em diversas situações, uma atuação positiva do Estado na temática das políticas públicas, tais como fornecimento de medicamentos, construção de hospitais e escolas, dentre outras questões.⁴⁰

Essa nova função do Judiciário não é isenta de críticas. Nesse sentido, diversos autores, tais como Ávila e Wierrzchowski, defendem que tal atuação do Judiciário implicaria flagrante violação ao princípio da Separação dos Poderes, além de se mostrar antidemocrática. Isso porque, ao determinar a alocação de recursos públicos sem prévia dotação orçamentária, o Judiciário acabaria privilegiando determinadas pessoas em detrimento de outras que, por não procurarem o Judiciário, se veriam desprovidas daquela prestação específica. Ademais, toda a população ver-se-ia, indiretamente, prejudicada, uma vez que a aplicação de recursos financeiros em determinada área por força de decisão judicial implicaria, necessariamente, a ausência de aplicação de tais recursos em políticas públicas previamente definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo.⁴¹

Observe-se, contudo, que tal celeuma, ainda que de extrema relevância para fins de delimitação da atuação do Judiciário na sociedade contemporânea, não se relaciona, ao menos diretamente, à problemática do presente artigo. Isso porque, na hipótese de declaração, pelo Judiciário, de inconstitucionalidade do crime de aborto, estaria o Judiciário restrito à sua clássica função de defesa dos direitos fundamentais no sentido negativo, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma que viole preceitos constitucionais.

É evidente que, ao exercer tal função, não pode o Poder Judiciário declarar normas inconstitucionais meramente em razão de seu desagrado com tais regras, tendo em vista que

³⁹ FACHIN, Zulmar. *Função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira e WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair Play” na efetivação dos direitos sociais; *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em direito da PUC/RS – Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n°23, p. 195, abr./jun. 2013.

as leis, uma vez que emanadas pelos representantes do povo, se presumem constitucionais.⁴² Não obstante, uma vez verificado que determinada norma efetivamente viola direitos fundamentais, é dever do Judiciário declarar sua inconstitucionalidade e excluí-la do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, conforme já analisado nos capítulos anteriores, verifica-se que a criminalização da prática voluntário de aborto atende a tais pressupostos, uma vez que implica violação à autonomia da mulher, à sua integridade física e psíquica, aos seus direitos sexuais e reprodutivos, ao seu direito à saúde e, por fim, violação à igualdade de gênero. Todos esses direitos, como já visto, classificam-se como direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Desse modo, perfeitamente possível, e até recomendável, a declaração de inconstitucionalidade do crime de aborto voluntário pela gestante pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos, ao longo do primeiro trimestre de gestação.

Frise-se, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade de tal crime não seria inédita quando se analisa o direito comparado. A título de exemplo, tem-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em histórica decisão proferida em 1973, entendeu que o direito à privacidade incluiria o direito da mulher de prosseguir ou não com sua gestação.⁴³ Naquela ocasião, a Suprema Corte estadunidense definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto: no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser de livre escolha da gestante; no segundo trimestre, sua prática continuaria sendo permitida, mas o Estado poderia regulamentá-la visando exclusivamente à proteção da saúde da gestante; por fim, somente a partir do terceiro trimestre, período a partir do qual haveria viabilidade extrauterina do feto, poderia os Estados criminalizar a prática de aborto.⁴⁴

Posteriormente, em 1992, os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte estadunidense foram ligeiramente ajustados, a fim de permitir a criminalização do aborto antes do terceiro trimestre. Mas, ainda assim, tal criminalização só foi permitida em casos em que se demonstrasse a viabilidade da vida extrauterina antes desse período.⁴⁵

Outro exemplo no direito comparado ocorreu no Canadá, em que, em 1988, a Suprema Corte canadense reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do

⁴² BARROSO, op. cit., p. 324.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43619/44696>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

aborto. Considerou-se, para isso, que criminalizar tal conduta configuraria profunda interferência no corpo da mulher e, com isso, uma violação à sua segurança pessoal e saúde, além de imposição arbitrária de forte abalo emocional.⁴⁶

Ressalte-se que ambos os países acima citados, além de desenvolvidos, possuem forte tradição democrática, de modo que não se vislumbra qualquer ataque à democracia caso decisão de idêntico teor viesse a ser adotada no Brasil.

É evidente que a solução ideal para tal problemática seria a descriminalização da prática de aborto pela via tradicional, ou seja, pela edição de lei pelo Poder Legislativo nesse sentido. Nessa hipótese, estariam atendidos, a um só tempo, a observância dos direitos fundamentais da mulher e o princípio majoritário que rege, em regra, as democracias. Não obstante, ante a inexistência de qualquer indício de que o Poder Legislativo vá promover a *abolitio criminis* de tal delito, cumpre ao Judiciário atuar em sua função de protetor dos direitos fundamentais e promover tal descriminalização.

Para tanto, sugere-se a adoção dos parâmetros estabelecidos pelo HC n° 124.306/RJ⁴⁷, analisados no capítulo anterior. Com isso, assegurar-se-á, a um só tempo, a tutela dos direitos da mulher e, também, dos direitos do nascituro em períodos gestacionais mais avançados, que se aproximarem de uma viabilidade de vida extrauterina.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo problematizar a criminalização da prática de aborto no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, verifica-se que tal conduta é criminalizada há várias décadas, não havendo qualquer indício de que o Poder Legislativo vá editar lei legalizando tal prática, ao menos, em um futuro próximo; de outro lado, forte setor na sociedade – ainda que minoritário – pugna pela urgente descriminalização do aborto, em prestígio à autonomia da mulher em relação ao próprio corpo.

Nesse sentido, a presente obra analisou que, muito embora o bem jurídico tutelado pelo crime de aborto seja a vida humana em desenvolvimento, intrauterina, não há qualquer indício que demonstre a eficácia da legislação no alcance de tal objetivo.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 25.

Por outro lado, averiguou-se que a criminalização do aborto atenta gravemente contra direitos fundamentais da mulher, alguns deles previstos, inclusive, em tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu. Pode-se citar, nesta seara, a violação à autonomia reprodutiva da mulher, ao seu direito à saúde, e até mesmo ao direito à vida, considerando que há, até hoje, relatos de mortes de mulheres em decorrência da prática clandestina de aborto inseguro.

Buscou-se analisar, também, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Chegou-se à conclusão de que, nos últimos anos, a Suprema Corte brasileira vem apresentando uma tendência no sentido de descriminalizar a prática do aborto, embora a questão ainda esteja longe de alcançar uma solução definitiva.

Dessa forma, foi feito um estudo sobre duas decisões paradigmas sobre a matéria. A primeira delas ocorreu na ADPF n° 54, em que o STF reconheceu, em decisão com efeitos *erga omnes*, a atipicidade do crime de aborto na hipótese de fetos anencéfalos. A segunda decisão ocorreu nos autos do HC n° 124.306/RJ, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendeu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da criminalização da prática voluntária de aborto até o fim do primeiro trimestre de gestação.

Neste último julgado, chegou-se à conclusão de que a criminalização do aborto violaria a autonomia, integridade física e psíquica e direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Dessa maneira, a criminalização de tal prática implicaria flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios, o que induziria a um inevitável reconhecimento de inconstitucionalidade de tal tipo penal, ao menos, nos primeiros três meses de gestação.

Por fim, buscou-se averiguar se a criminalização do aborto feita pelo Judiciário – o que parece ser a tendência do Supremo Tribunal Federal – e não pelo Legislativo, seria viável em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista o princípio da Separação de Poderes.

Dessa maneira, analisou-se que há diversas matérias nas quais parte da doutrina sustenta haver um ativismo judicial indevido, que acaba por violar o princípio da Separação dos Poderes, especialmente no que se refere a decisões que interferem nas políticas públicas do Executivo. Decisões dessa espécie, em regra, acabam fazendo com que o Poder Público despenda gastos não previstos inicialmente nas leis orçamentárias.

Por outro lado, verificou-se que eventual descriminalização do aborto realizada pelo Judiciário, por meio de declaração de inconstitucionalidade desse tipo penal, enquadrar-se-ia

na função clássica contramajoritária do Poder Judiciário de proteção dos direitos fundamentais. Dessa maneira, não há falar, na hipótese ora em análise, em violação à Separação de Poderes. Cabe ressaltar, ademais, que, no direito comparado, há precedentes de declaração de inconstitucionalidade de tal delito pelo Poder Judiciário em outros países desenvolvidos de tradição inegavelmente democrática, tais como Estados Unidos da América e Canadá.

Dessa maneira, impõe-se, com urgência, a declaração de inconstitucionalidade – desta vez com efeitos *erga omnes* – pelo Judiciário brasileiro da prática de aborto voluntário pela gestante. Caso contrário, persistirão violações sistemáticas de direitos fundamentais da mulher pelo Estado, o que não se pode admitir no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil*. Disponível em: <http://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%20C%20Rog%20Bastos%20e%20Kerche%20F%20A1bio_Judici%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf> . Acesso em: 17 set. 2019.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira e WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair Play” na efetivação dos direitos sociais; *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em direito da PUC/RS – Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n°23, p. 195, abr./jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Ministério da Saúde*. Assistência em planejamento familiar: manual técnico. 4. ed. Brasília, 2002, p. 13. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencia1.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°54*. Disponível em: <file:///C:/Users/Artur/Downloads/texto_136389880.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n°124.306/RJ*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*, p. 655. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 19.

FACHIN, Zulmar. *Função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. BBC News Brasil, 26 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. *Direito Humano à saúde sexual e reprodutiva*. Direitos sexuais e reprodutivos, autonomia reprodutiva, política e (des)respeito ao princípio da laicidade, p. 6. Disponível em: <http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo_dsr_politica_principio_laicidade.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ONU.BR. *OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em: 24 abr. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16 ed. São Paulo: Método, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 11. ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43619/44696>>. Acesso em: 17 set. 2019.

SCHEFFER, Bruno. *O que é nidacão? Entenda tudo a respeito*. Disponível em: <<https://www.ibrra.com.br/o-que-e-nidacao-entenda-tudo-respeito/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.