Submetido em: 19/03/2018

Aprovado em: 14/12/2018

**OS CASOS DE ABORTO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER**

MARIA FERNANDA LAS CASAS*[[1]](#footnote-1)*

RENATA MARIA SILVEIRA TOLEDO*[[2]](#footnote-2)*

**Sumário:** *INTRODUÇÃO. 1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA MULHER NO DIREITO BRASILEIRO*. 1.1 A (im)possibilidade jurídica do aborto no Brasil. *2. DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO SOBRE O ABORTO*. 2.1 A hipótese de fetos anencéfalos. 2.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre o aborto nos três primeiros meses de gravidez. *3. O DIREITO REPRODUTIVO DA MULHER E O DIREITO A DISPOR DO PRÓPRIO CORPO 4. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL. 5. ATIVISMO JUDICIAL, PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER OU O QUÊ? CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é discutir a atuação do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento a questão do aborto no Brasil, fazendo uma análise jurídica do aborto no Brasil a partir da Constituição de 1988. O estudo inicia-se com a apresentação dos direitos da mulher no Direito Brasileiro, passando então para a discussão de duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre este tema nas quais serão abordados os princípios que envolvem o aborto e a sua descriminalização pelo Poder Judiciário, especialmente no que toca a adequação dos instrumentos processuais para tanto e a força argumentativa das referidas decisões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aborto. Direitos da mulher. Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial.

Abortion cases Brazilian Constitution of 1988: action of the Supreme Federal Court and the fundamental rights of women

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the Federal Supreme Court's action in facing the issue of abortion in Brazil, making a legal review of abortion in Brazil from the Brazilian Constitution of 1988. The study also presents women's rights on Brazilian law and comments on two decisions delivered by the Supreme Court about this subject, as far as the decriminalization of abortion by the Judiciary, as to the adequacy of the procedural instruments and the argumentative force of decisions.

**KEYWORDS:** Abortion**.** Rights of women**.** Supreme Federal Court. Judicial Activism.

Introdução

Durante muito tempo o Direito brasileiro não dava capacidade jurídica para a mulher em diversos aspectos. O estereótipo feminino foi por muito tempo o de sexo frágil, com propensões a histeria[[3]](#footnote-3)[[4]](#footnote-4) e desequilíbrio devido à influência dos hormônios femininos[[5]](#footnote-5). O marido era colocado como chefe da sociedade conjugal e era atribuída a ele a administração dos bens comuns, só lhe sendo escusada essa imposição quando a mulher passava ao status de viúva ou separada. Até o Estatuto da Mulher Casada, em 1962[[6]](#footnote-6), a mulher ainda era vista como cidadã de segunda categoria, necessitando de autorização do marido para os atos da vida civil. A preocupação da lei era proteção da honra da mulher e, em última análise, a de sua família, não necessariamente sua integridade física, psicológica e sua dignidade como ser humano.

A constituição Federal de 1988, então, elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem preconceito de sexo como objetivo, a prevalência de direitos humanos como princípio, e, como direito fundamental, a igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer natureza, alinhando-se aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humano, especialmente os Direitos Humanos das Mulheres, dos quais o Brasil é signatário. Todavia, ainda não se vislumbras igualdade entre homens e mulheres no mesmo patamar em que é aplicada na Dinamarca[[7]](#footnote-7).

Nesse contexto, discute-se a possibilidade jurídica do aborto no Brasil e se os Tribunais Brasileiros devem assegura-lo como um direito das mulheres.

Em notícia veiculada em 13 de Janeiro de 2018, uma pesquisa apontou que para 57% dos brasileiros, uma mulher que pratica aborto deveria ir para a cadeia[[8]](#footnote-8). No mesmo sentido é a pesquisa divulgada na notícia veiculada em 04/12/2017 que indica a rejeição do aborto por 62% das pessoas entrevistadas[[9]](#footnote-9).

Na contramão, em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) “há cerca de quatro mortes por dia de mulheres que buscam socorro nos hospitais por complicações do aborto”[[10]](#footnote-10).

Não bastasse esta contradição, ao menos aparentemente pelas notícias veiculadas, recentemente o Supremo Tribunal Federal Brasileiro reconheceu a possibilidade jurídica do aborto no Brasil por meio de duas decisões emblemáticas que serão comentadas neste trabalho, colocando em cheque a adequação dos instrumentos processuais para esta hipótese e a força argumentativa das referidas decisões.

2 Breve histórico dos direitos da mulher no Direito brasileiro

A mulher, diferentemente do homem, alcançou suas conquistas de forma gradual e, muitas vezes, violenta. O direito pré-codificado concedia ao marido o poder de castigar fisicamente a mulher e se cogitava ao homem, como chefe de família, exigir da mulher o dever de obediência e respeito[[11]](#footnote-11).

No Brasil, durante o período denominado Brasil Colônia, a mulher era considerada pessoa com “fraqueza de entendimento”, razão pela qual não possuía capacidade plena[[12]](#footnote-12). Já no período do Brasil Império, Fernandes (2015) destaca que as mulheres começaram a se fortalecer, conquistando o direito a educação, e a igualdade de todos perante a lei passou a ser prevista na Constituição Política do Império (25 de março de 1824)[[13]](#footnote-13), muito embora persistissem discriminações e a proteção penal das mulheres ainda estivesse condicionada à moralidade de suas condutas. Porém, no período do Brasil República, a Constituição de 1891 fez previsão expressa da igualdade formal[[14]](#footnote-14);[[15]](#footnote-15).

A Constituição de 1934 trouxe, novamente, o princípio da igualdade entre os sexos e proibiu diferenças de salários, para o mesmo trabalho, entre homens e mulheres, assim como proibiu o trabalho de mulheres em indústrias insalubres. Garantiu, ainda, assistência médica e sanitária à gestante e descanso antes e depois do parto por meio da previdência social[[16]](#footnote-16).

Em 1937, tem-se outra Constituição quemanteve as conquistas das Cartas anteriores e acrescentou o direito a voto para as mulheres. Contudo, nove anos depois, houve retrocesso e a Constituição de 1946 retirou a expressão “sem distinção de sexo”, no direito à igualdade de todos perante a lei.

Desta forma, a evolução dos direitos das mulheres não foi capaz de extirpar as discriminações de gênero.

Com efeito, Fernandes (2015) destaca que, nesse período, no âmbito penal, vigorava o Código Penal de 1890, para o qual a “honestidade” da mulher era considerada elementar “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Poder”. Assim entendida, a fixação da pena, nesses casos, tinha como objeto

a proteção da mulher para honra e honestidade da família e do Poder do Estado. Remissões à “honra” da mulher somente foram retiradas da legislação em 2005, com a Lei nº 11.106[[17]](#footnote-17).

Com a adesão do Brasil à Convenção Interamericana de Bogotá[[18]](#footnote-18) (1948), que defendia de forma aberta a igualdade de direitos entre homens e mulheres, em 1950 os legisladores brasileiros passaram a olhar essa questão sob outra perspectiva.

Em 1962, foi promulgado o Estatuto da Mulher Casada, que retirava o rótulo de relativamente incapaz da mulher e lhe concedia mais direitos, mas ainda não a igualava aos homens[[19]](#footnote-19).

A Constituição de 1967 apresentou, como único avanço, a redução do prazo para a aposentadoria, de 35 para 30 anos para a mulher. A Constituição de 1969 nada inovou em relação aos direitos da mulher.

Somente com a Constituição de 1988, essa questão foi tratada com seriedade e políticas públicas passaram a fortalecer esse direito fundamental. Reconhecida como Constituição social e democrática, apresentou inúmeras inovações e ampliações nos direitos da mulher.

Logo em seu artigo 1º, encontra-se menção à igualdade de todos em direitos e obrigações, em todas as áreas. Consagra a liberdade de convicção e autonomia de vontade, quando trata da legalidade e prescreve que ninguém pode ser levado a fazer o que não quer, desde que não seja obrigado por lei.

A mesma Constituição Federal concedeu às mães presidiárias o direito de amamentar seus filhos[[20]](#footnote-20), deu a garantia de emprego para a licença remunerada da gestante[[21]](#footnote-21) e repetiu a proibição de diferença de salários por motivo de sexo[[22]](#footnote-22)

A mulher, além de poder votar, pôde candidatar-se a cargo político e, no casamento, houve equiparação de direitos e deveres entre homens e mulheres. Nesse momento, a mulher passa a ter direito ao título de domínio e à concessão de uso da terra, independente de seu estado civil, tanto na área urbana como na rural.

Tem-se então que, embora o Estatuto da Mulher Casada tenha assegurado à mulher capacidade jurídica, a Constituição Federal de 1988 assegurou-lhe igualdade nas relações conjugais, e o Código Civil de 2002 consolidou a isonomia entre os cônjuges na legislação infraconstitucional. O referido diploma legal, porém, ainda carece de alguns ajustes para se garantir a efetiva igualdade entre homens e mulheres, notadamente quanto ao direito à liberdade de escolha ao aborto que, embora seja um direito reprodutivo da mulher consagrado em Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, no Brasil a questão é objeto de controvérsias na medida em que o Direito Civil prevê a proteção da vida desde o nascimento, mas os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção.

No cenário político a situação não é menos desproporcional. Segundo pesquisa recente[[23]](#footnote-23), embora as mulheres representem 52% do eleitorado, somente 31,98% das candidaturas são representadas por elas, o que contribui para a mulher não ser foco central de políticas públicas e legislação que protejam seus interesses.

* 1. **A (im)possibilidade jurídica do aborto no Brasil**

O direito fundamental do nascituro vem assegurado desde o Império Romano. Sandoval (2004) afirma que, naquele período, já havia o respeito à vida intrauterina, e pontua que a lei romana estabelecia penas severas ao crime do aborto tanto que, para imperador Justiniano, a criança uma vez concebida, era considerava já nascida. Tal assertiva consta do juramento de Hipócrates, o qual contém a proibição da prática do aborto[[24]](#footnote-24)

O aborto[[25]](#footnote-25) é fato típico previsto no artigo 124[[26]](#footnote-26) a 127 do Código Penal, sendo permitido somente nas hipóteses do artigo 128[[27]](#footnote-27), que tratam de espécies de excludente de ilicitude que são o aborto necessário e o aborto sentimental[[28]](#footnote-28). Em ambos os casos o aborto deve ser praticado por médico, do contrário haverá ilícito penal e devem preencher requisitos específicos.

Nota-se que o artigo 128 não autoriza a para a prática do aborto; o que se tem é a mulher e os médicos que praticam o aborto estarem acobertadas pelo manto das excludentes de ilicitude, ou seja, o fato continua sendo típico mas, por opção do legislador, não será antijurídico, nas hipóteses expressas de aborto terapêutico (ou necessário) e gestação em decorrência de estupro[[29]](#footnote-29).

É importante observar que dentre as causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 128 do Código Penal não há a hipótese de anencefalia[[30]](#footnote-30), o que, em tese, tornaria o aborto por anencefalia fato típico, não fosse a decisão proferida no ADPF 54, adiante analisada, que tornou o fato atípico neste caso[[31]](#footnote-31).

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina em 14 de Maio de 2012 traçou diretrizes para esta hipótese que devem ser atendidas pelos médicos editando a Resolução 1.989/2012[[32]](#footnote-32).

Não obstante, tramita no Congresso a PEC 181/2015[[33]](#footnote-33) que, além de dispor sobre a licença maternidade, em caso de parto prematuro, propõe a inclusão da expressão “desde a concepção” ao final do inciso III, do artigo 1º, que trata da dignidade da pessoa humana e do caput do artigo 5º, que dispõe sobre o direito à vida, de forma que o aborto ficaria proibido em qualquer situação. Cumpre esclarecer que esta matéria foi incluída na PEC por Substitutivo às Propostas de Emenda à Constituição aprovado em 09/11/17[[34]](#footnote-34).

No que toca a legislação civil, Piovesan (2017, p. 464) afirma que “O advento do Novo Código Civil Brasileiro traz avanços na eliminação de dispositivos discriminatórios contra a mulher e contra os direitos reprodutivos e sexuais[[35]](#footnote-35). Não obstante, ainda apresenta normas que destoam dos comandos internacionais e dos princípios constitucionais, devendo ser analisadas tais normas sob o crivo da prevalência das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à legislação ordinária”.

Percebe-se que a legislação infraconstitucional é clara ao proibir o aborto, em consonância com parcela significativa da Sociedade. Em que pese isso, o Supremo Tribunal Federal, em duas ocasiões, manifestou-se favoravelmente a prática do aborto, o que se analisará a seguir. Mas, a partir de então, o aborto passaria a ser juridicamente possível no Brasil?

2 Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o aborto

**2.1 A hipótese de fetos anencéfalos**

Com o pré-natal são realizados inúmeros exames[[36]](#footnote-36), a fim de avaliar o desenvolvimento do feto durante a gestação. Nesse momento, os pais já podem conhecer o diagnóstico antecipado ao nascimento, se o feto gerará uma criança saudável ou se ele se desenvolverá com alguma anomalia.

Caso os exames do bebê mostrem que a criança não está se desenvolvendo normalmente, mais exames são feitos a fim de se chegar a um diagnóstico preciso, e se o diagnóstico for de que a criança não tem o desenvolvimento normal de seu encéfalo[[37]](#footnote-37) a gravidade do diagnóstico se acentua pois nascituro provavelmente não terá uma sobrevida, em razão das suas funções vitais não funcionarem normalmente. Nestas hipóteses médicos e pacientes encontram-se no dilema de prosseguir ou não com a gravidez, para atenuar o sofrimento dos pais e principalmente da mãe gestante.

Namba (2015) esclarece que não há consenso na opinião de diferentes grupos religiosos a respeito do aborto em fetos anencéfalos[[38]](#footnote-38). Nestes casos específicos, os grupos favoráveis à autonomia da mulher, pautados cada qual em sua própria justificativa dogmático-religiosa, são: Católicas pelo direito de decidir, Igreja Universal do Reino de Deus e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Os desfavoráveis à autonomia da mulher e ao aborto são: Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação Médico-espírita do Brasil. O consenso dentro de cada grupo permanece entre ser favorável à autonomia da mulher e preservar a liberdade da mãe em levar a gravidez adiante ou não.

Essa questão já foi debatida pelo STF na ADPF 54[[39]](#footnote-39), ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tendo ido ao Plenário do STF somente em 2012. Nessa ADPF, a entidade pedia que o Supremo fixasse o entendimento de que a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não fosse considerada juridicamente aborto, permitindo que gestantes, nessa situação, tivessem tal direito sem necessidade de autorização judicial ou qualquer permissão específica do Estado.

A CNTS alegou, em suas razões, que a doença da ausência de encéfalo torna inviável a vida extrauterina e buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciaria aborto, pois a preservação do feto equivaleria à possibilidade de potencial vida extrauterina.

A ação teve, por finalidade última, firmar interpretação da Constituição em defesa do preceito da dignidade da pessoa humana, do princípio da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade e do direito à saúde. Defendeu a premissa de que apenas o feto, com capacidade potencial de tornar-se pessoa, poderia ser sujeito passivo do crime de aborto e retirou a interpretação de aborto ao ato de interromper a gestação, em que o feto não apresentasse vida de fato, tampouco expectativa de vida pós-parto.

Em 12 de abril de 2012, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, a ação foi admitida no Tribunal sob argumento de que a proibição de efetuar a antecipação terapêutica do parto, nos casos de fetos anencéfalos, e consequente punição decorrente desta violação, com fundamento nos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, ofendem os preceitos da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e direito à saúde, todos contidos nos artigos 1º, IV , 5º, II, 6º, caput, e 196 da Constituição Federal.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), o grupo Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e a Associação do Desenvolvimento da Família requereram a intervenção no processo na qualidade de *amicus curiae[[40]](#footnote-40)*. Porém, o relator negou este pedido com base no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, justificando a decisão no risco de tumulto processual.

Para ampliar os debates, o relator preferiu ouvir, em audiência pública[[41]](#footnote-41), essas entidades e também a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; a Sociedade Brasileira de Genética Clínica; a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; o Conselho Federal de Medicina; a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos; a Escola de Gente; a Igreja Universal; o Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em Pediatria, Ginecologia, Cirurgia e Obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas (CEMICAMP)[[42]](#footnote-42).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se no sentido da procedência do pedido formulado na inicial, acompanhada da Procuradoria-Geral da República. Em consenso, defenderam a legitimidade da gestante decidir sobre o prosseguimento da gravidez.

O relator foi o Ministro Marco Aurélio[[43]](#footnote-43), ao pronunciar seu voto, esclareceu que a finalidade da análise da ADPF, nos casos de fetos anencéfalos, fosse para os referidos enunciados serem interpretados conforme a Constituição. Expôs que o Supremo Tribunal Federal não iria se manifestar, naquele momento, sobre a descriminalização do aborto, mas apenas observar se existiria distinção entre o aborto e a antecipação terapêutica do parto. Ponderou entre os interesses legítimos das mulheres, que lutam pelo respeito à sua dignidade, e os interesses de parte da sociedade que deseja proteger a todos, desde os nascidos até aqueles que estão por nascer.

O Ministro Marco Aurélio explicou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, o reconhecimento pleno de direitos individuais e, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O relator defendeu o argumento de que não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente, e afastou qualquer entendimento religioso do caso por ser o Brasil um Estado laico.

Já o Ministro Carlos Velloso defendeu o argumento de que, na hipótese de estabelecer à decisão, uma eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o Supremo estaria exorbitando sua esfera de poder e criando nova forma de imputabilidade criminal ao crime de aborto. Nesse sentido, foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes[[44]](#footnote-44).

O Ministro Cezar Peluso, que teve o voto vencido, apresentou as seguintes razões[[45]](#footnote-45):

Sustento, agora, que todos os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. Sintetizou-o, de forma didática, em raciocínio guiado de lógica irrespondível, LENISE MARTINS GARCIA: “o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer” [Grifos nossos].

O Ministro Peluso apresentou o argumento de que se tratava de caso tipificado em lei e não de liberdade de crença ou de expressão religiosas. Sustentou seu voto na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intrauterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, sendo o feto um sujeito de direitos, embora sem personalidade jurídica[[46]](#footnote-46).

O Ministro Marco Aurélio (com voto vencedor) foi acompanhado por oito ministros, que acordaram em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal[[47]](#footnote-47).

Esta decisão deixou evidente os valores dogmáticos que levaram, cada Ministro a proferir seus votos. O Ministro relator Marco Aurélio pautou-se nos direitos fundamentais para defender a Dignidade Humana da mãe gestante, já enlutada pela impossibilidade do prosseguimento da vida de seu bebê após o nascimento.

O Ministro Velloso em seu voto preocupou-se com a repercussão da decisão em si e não com a dor psicológica das gestantes e o Ministro Pelluso ao adotar uma dogmática pautada apenas na letra fria da lei, alterou o conceito de Dignidade Humana forjado por Kant[[48]](#footnote-48), pois em seu voto induz a ideia de que a mãe gestante é um ser cuja finalidade única é gestar, não podendo decidir ou mesmo interferir no desenvolvimento do seu bebê. Esta argumentação é merecedora de crítica, deveras o Ministro preferiu não analisar a questão da impossibilidade de sobrevivência do feto após o nascimento, fato este que deixa claro a inutilidade do prosseguimento da gestação, bem como também ignorou todos os riscos decorrentes da gravidez e do parto para a mãe saudável.

Optou em preservar a Dignidade Humana do nascituro anencéfalo que infelizmente nunca sobreviverá fora do útero materno, para o Ministro todas alterações no corpo da mãe decorrentes da gestação deste bebê, bem como os comentários afetuosos de estranhos àquela mãe sobre o tamanho da barriga devem ser suportados dignamente pois o coração daquele bebê anencéfalo bate e se bate há vida. E a mãe, sendo mãe, deixa de ser portadora de Dignidade Humana, fica privada de escolhas e passa a ser um meio para sobreviver a Dignidade do nascituro anencéfalo, condenado à morte pela natureza (e não pela mãe) antes mesmo de nascer.

A decisão mais sábia foi adotada, e é merecedora de aplausos; desse modo cabe à mãe decidir se quer levar adiante a gestação do bebê anencéfalo ou não, sendo a gestante a principal interessada na sua própria integridade física e psicológica.

**2.2 Decisão do STF sobre o aborto nos três primeiros meses de gravidez**

Em agosto de 2016, a 1ª Turma do STF, em sede de julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, decidiu “descriminalizar” o aborto havido dentro do primeiro trimestre da gestação.

O caso tratou da prisão de médicos e funcionários de uma clínica clandestina de aborto, pelo suposto cometimento dos delitos previstos nos artigos 288 e 126 do Código Penal e que impetraram Habeas Corpus para responderem à ação penal em liberdade[[49]](#footnote-49).

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, declarou descabimento de habeas corpus substitutivo do recurso ordinário constitucional diante da inadequação da interposição na via processual, devendo o processo ser julgado extinto, conforme a jurisprudência majoritária já adotada pela Primeira Turma[[50]](#footnote-50).

Acontece, porém, que o Ministro Barroso não se limitou a ponderar sobre a questão processual e sobre os requisitos autorizadores da custódia, mas extrapolou seus poderes ao analisar a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação dentro dos três meses dos corréus.

Nas palavras do Ministro Barroso,

A existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.[[51]](#footnote-51)

O Ministro justificou seu voto, explicando que o feto é um bem jurídico relevante, porém, proibir o aborto ainda no primeiro trimestre de gestação violaria diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Defendeu a tese de que a criminalização violaria os direitos fundamentais e sexuais e reprodutivos, o direito à autonomia da mulher fazer suas escolhas e seu direito à integridade física e psíquica. Também lembrou que em países democráticos não há a criminalização do aborto. Sobre a criminalização, argumentou que ela apenas confere uma frágil proteção aos direitos sexuais e reprodutivos, com reflexos na igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres.

O Ministro esclareceu que, no primeiro trimestre, ainda se aguarda a formação do córtex cerebral, o que isenta o feto de sentimentos e racionalidade. Por isso, nem haveria potencialidade de vida fora do útero materno. Por fim, defendeu que, se o portador de útero fosse uma pessoa do gênero masculino, esta questão já estaria resolvida e não haveria mais criminalização para a prática do aborto no primeiro trimestre[[52]](#footnote-52).

Desse modo, o Ministro Barroso, acompanhado da Ministra Rosa Weber e do Ministro Edson Fachin, votaram por conferir a interpretação, conforme à Constituição, aos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre[[53]](#footnote-53).

No entanto, os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux optaram por não votar sobre a questão do aborto em si, como fez o Ministro Barroso, e deliberaram apenas sobre a legalidade da prisão. Os cinco Ministros da Primeira Turma votaram pela manutenção da liberdade dos envolvidos. A decisão tomada nesse recurso gerará consequências apenas entre os envolvidos na ação.

O interessante neste julgado é o fato do julgamento pautar-se em um habeas corpus para os médicos e funcionários de uma clínica clandestina que praticava abortos, e não estava em julgamento a culpabilidade ou não daqueles que pediam o habeas corpus.

Assim o fato do Ministro Barroso aproveitar a temática que levou a prisão dos réus para levar a conhecimento de todos a sua posição relativa a punibilidade do aborto no primeiro trimestre, causou estranheza e furor para muitos.

Mas ele não é o único a pensar desta forma, Flávia Piovesan[[54]](#footnote-54) ao escrever sobre os direitos reprodutivos na legislação brasileira menciona as críticas internacionais sobre a criminalização do aborto no Brasil, relata a realidade vivida entre mulheres brasileiras, explica que àquelas com condições financeiras para terem acesso (clandestinamente) a intervenções seguras para interromper a gravidez o fazem, porém também interrompem a gravidez as mulheres sem recursos financeiros e estas ficam submetidas a precárias condições de higiene, que tem por consequência em muitos casos a morte.

PIOVESAN (2017) explica que em 1994 a Conferência Internacional do Cairo sobre a população e desenvolvimento estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes ao direito reprodutivo[[55]](#footnote-55), os quais garantiriam as mulheres o pleno exercício individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade.

O 4o. princípio merece destaque, vejamos:

Princípio 4o. da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994: “Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo o tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional”[[56]](#footnote-56).

Destarte fica claro que os Ministros Barroso, Weber e Fachin não estão sozinhos em seu posicionamento, a Conferência Internacional do Cairo (1994) já mencionava os direitos da mulher sobre o exercício de sua maternidade, sobre seus direitos reprodutivos e sobre a sua saúde e bem estar.

Sendo que saúde reprodutiva pressupõe capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não[[57]](#footnote-57).

E os direitos reprodutivos e o direito de tomar as decisões concernentes à reprodução, livres de quaisquer discriminações, coerção ou violência.

Desse modo apesar do voto do relator exorbitar as razões do habeas corpus foi importante para trazer à tona a discussão sobre a liberdade dos direitos reprodutivos da mulher, a realidade vivida, pois em muitos casos é a mulher será a única responsável pela prole consequente de um ato sexual, assim as consequências sempre são suportadas apenas pelas mulheres, que estão apartadas de escolha, pois só podem ficar entre a punibilidade da prática do aborto, e mesmo pela própria morte consequente da interrupções da gravidez sem higiene, ou optar pela maternidade na pobreza e na miséria, estando eivada da liberdade de seus direitos reprodutivos e sexuais.

3. O direito reprodutivo da mulher e seu direito a dispor sobre o próprio corpo

Somente a mulher, devido ao fato de ser a única possuidora de útero (em seu aparelho reprodutivo), tem a possibilidade de gestar[[58]](#footnote-58). Se a gravidez for desejada, ela buscará todos os meios ao seu alcance para que a gestação evolua até o nascimento do bebê. Inclusive a Constituição Federal brasileira assegura a cada indivíduo o direito ao livre planejamento familiar, ou seja, o direito de decidir sobre o número de filhos que deseja ter e veta expressamente qualquer tipo de intervenção do Estado nestas questões.

No Brasil, os direitos reprodutivos se expressam na forma de princípios, e o princípio que abarca o direito à maternidade e à paternidade está contido no § 7o, do art. 226, da Constituição Federal, sendo reconhecido como o princípio da paternidade responsável.

A garantia legal é tão robusta que o legislador determinou, como dever do Estado, oferecer todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, com o fim de garantir a liberdade de opção sobre a maternidade ou não.[[59]](#footnote-59) No direito à maternidade, paternidade ou ainda do planejamento familiar, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana traduz o reconhecimento de que o Estado tem em função da pessoa humana, ou seja, o ser humano é a finalidade essencial da atividade do Estado e não o inverso.

A Constituição Brasileira elevou ao patamar da dignidade humana a satisfação e o exercício do direito do livre planejamento familiar, cabendo ao Estado proporcionar recursos para o exercício desse direito, conforme se extrai do art. 227, § 6o, do texto constitucional. Nesse sentido, é lícito à mulher planejar e optar em prosseguir ou não com a gravidez. Ademais, como já se assinalou, seria defeso ao Estado interferir no livre planejamento familiar.

Na visão de Farias e Rosenvald (2018) a *ratio* constitucional optou em apresentar a responsabilidade familiar como um princípio norteador das relações familiares, o que se alinha com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, com o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Ambos os autores defendem como propósito do planejamento familiar evitar a formação de famílias sem condições de sustento e de manutenção, mas compreendem também que isso não poderia retirar o direito do casal à livre escolha na formação familiar.

Nesse caminho interpretativo trilha a Lei no 9.263/1996,[[60]](#footnote-60) ao apresentar um conjunto de regulações para serem implementadas mediante políticas públicas. Senão, veja-se:

Art. 1o O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2o Para fins desta Lei**, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais** de constituição, **limitação ou aumento da prole pela mulher**, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único – É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º **O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher**, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. [...] (grifou-se)

Convém observar que o legislador incluiu, de modo individual e independente, o planejamento familiar como direito da mulher e do homem e, nessa esteira de raciocínio, fica claro que estabelece a igualdade de direitos para a escolha do planejamento familiar, inclusive a mulheres ou homens solteiros e viúvos.

Muitas mulheres, que por inúmeras razões, desde a falta de planejamento familiar, ausência de apoio do parceiro sexual, incapacidade financeira ou psicológica de criar uma criança ou mesmo por quaisquer outros motivos, optam pelo abandono[[61]](#footnote-61) da criança logo após o nascimento, ou ainda, optam em seguir com a gestação, mesmo indesejada e, após o nascimento, escolhem entregar o bebê para a adoção.

E algumas decidem interromper a gravidez em decorrência de motivos de foro íntimo e, cientes ou não da proibição legal, buscam meios de interromper a gestação[[62]](#footnote-62). As mulheres no Brasil de classe média ou alta buscam clínicas médicas clandestinas, porém muito bem estruturadas e pagam pela retirada do feto. Mas as mulheres de baixa renda, não possuindo recursos financeiros o fazem por si só das formas mais brutais possíveis, arriscando a sua vida na ânsia de finalizar aquela gravidez.

As estatísticas são alarmantes, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, a cada dois dias uma mulher morre vítima de aborto ilegal no Brasil. É a quarta causa de morte materna no país, atingindo mais mulheres pobres[[63]](#footnote-63). Em audiência pública no curso da ADPF 442[[64]](#footnote-64) em tramite no STF, o Ministério da Saúde informou que estima que 1 milhão de abortos induzidos ocorrem todos os anos e levam 250 mil mulheres à hospitalização[[65]](#footnote-65).

Este problema não afeta apenas a saúde e a vida das mulheres, a saúde financeira do país também, os gastos para o Serviço único de Saúde em decorrência da criminalização do aborto ultrapassam R$ 40,4 milhões por ano com procedimentos emergenciais decorrentes de complicações após abortos ilegais mal feitos[[66]](#footnote-66).

A curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada pelo SUS, segundo levantamento do Instituto do Coração (InCor)[[67]](#footnote-67). Foram 181 mil procedimentos do tipo apenas em 2015. A experiência internacional mostra que, quando o procedimento é realizado por profissionais preparados, o número de complicações cai, poupando dinheiro do governo. No Uruguai, que descriminalizou o aborto em 2012[[68]](#footnote-68), foram registradas 6.676 interrupções e nenhuma morte, com uma taxa ínfima de complicações: 0,007%[[69]](#footnote-69).

Outros países da América Latina, além do Uruguai, já descriminalizaram o aborto como em Cuba, Porto Rico, Guiana e na Cidade do México, na Argentina esta em trâmite um projeto de lei que descriminaliza o aborto nos termos da lei uruguaia e já foi aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado argentino.

José Gomes Temporão (ex-ministro da Saúde) representando a Academia Nacional de Medicina na Audiência Pública da ADPF 442[[70]](#footnote-70), afirmou que a criminalização do aborto não é capaz de impedir uma mulher decidida a interromper a gravidez a demovê-la da ideia, e completou que nem mesmo a ciência é capaz de garantir a eficácia completa dos métodos contraceptivos, havendo a possibilidade da gravidez indesejada acontecer mesmo com todos os cuidados para evita-la.

A Organização Mundial da Saúde também confirma a informação do ex-ministro da saúde, em relatório apresentado, trouxe dados os quais a proibição confirma que a proibição não reduz o número de abortos e que a proibição apenas expõe as gestantes riscos de vida, estes abortos feitos de modo inseguro[[71]](#footnote-71), e apresentou dado de que 1 em 4 abortos feitos em países que proíbem a pratica, é realizado de modo seguro[[72]](#footnote-72).

No Brasil a discussão sobre a interrupção da gravidez por escolha da mulher chega nos Tribunais pela primeira vez apenas em 2016, mas o direito reprodutivo da mulher, como já mencionado, foi objeto de debates em esferas internacionais bem antes disso, na Conferência do Cairo de 1994, por exemplo. Do debate havido em 1994 na Conferência, depreendeu-se que cabe à mulher exercer, com liberdade e plenitude, seu direito individual, sua responsabilidade social em decidir sobre seu direito ao exercício da maternidade. A propósito, Piovesan (2017) explica que é dever de todos a promoção da igualdade dos sexos e a garantia, à mulher, do controle pleno da escolha de quando deseja ser mãe.

Ao tratar dos direitos reprodutivos e, por certo, do direito à maternidade, Piovesan (2017) define tais direitos como aqueles abarcados pelos direitos humanos, reconhecendo o direito básico de todo casal ou indivíduo decidir livremente sobre a possibilidade ter filhos e em qual quantidade.

A Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, no ano de 1995, ratificou os mesmos direitos e garantias para no sentido da mulher ser plenamente capaz a realizar as escolha sobre seu corpo e sobre prosseguir ou não com uma gravidez.

Em 2013, estudo elaborado durante o I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina revelou que o abortamento no Brasil é importante causa de mortalidade materna, fato que poderia ser evitável em 92% dos casos. Também mostrou que complicações decorrentes desse tipo de procedimento, realizado de forma insegura, representam a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos no Brasil[[73]](#footnote-73).

A negativa ao amplo direito reprodutivo da mulher pelo Brasil, lhe imputando além da pena criminal, muitas vezes a pena de morte em consequência do aborto clandestino, é um notório descumprimento aos Tratados Internacionais os quais o Brasil é signatário.

No dizer de Lagrasta (2011), as mulheres que não possuem condições financeiras para recorrer à clínicas particulares (ilegais), acabam vítimas de si próprias, ou de intervenções abortivas por curiosos, ou inescrupulosos, a fim de eliminar o feto. Muitas sofrem lesões irreparáveis, morrem ou suicidam-se. Em qualquer dos casos, estarão submetidas à perseguição da polícia e/ou condenação penal.

Sustenta-se posição em prol do livre exercício das mulheres ao seu corpo. Lembra que elas, diante do aborto, continuam escravizadas a um dilema dogmático-religioso, uma vez que a sociedade não lhes concede liberdade integral sobre o seu corpo. Para Lagrasta (2011), o aborto visa resguardar futuras crianças destinadas ao abandono nas piores condições possíveis.

Conforme esclarece Schreiber (2014), para o Direito Civil brasileiro, o início da personalidade civil se dá com o nascimento com vida[[74]](#footnote-74), de forma que a decisão sobre o aborto ficaria cingida à “autodeterminação corporal da gestante”. Por outro lado, ainda que se considere a teoria concepcionista, caberia ao Poder Judiciário fazer exercício de ponderação entre o direito à vida do embrião e os direitos reprodutivos da mulher.

Este é o fundamento da ADPF 442, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal, a ação tem por objetivo assegurar às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado[[75]](#footnote-75), ou seja, trazer verdadeira aplicação a todos os Tratados Internacionais os quais o Brasil é signatário, porém quando trata-se de questões relacionadas ao corpo da mulher e a liberdade escolha da mulher, prefere negar-lhes direitos e condená-las a fogueira da morte ou das consequências nefastas ocasionadas por abortos clandestinos, impondo a essas mulheres a responsabilidade absoluta pela gestação não desejada.

4 O ativismo judicial no Brasil

Nas palavras de Barroso (2010), ativismo judicial:

[...] é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...].

Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Na opinião de Barroso (2010), o ativismo judicial, praticado no Brasil, está associado à participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Ele ainda explica que a postura ativista pode se manifestar de três formas: a) para aplicar diretamente a Constituição, b) declarar a inconstitucionalidade de norma e c) na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Alvim, Thamay e Granado (2011, p. 183) esclarecem que “o ativismo judicial é caracterizado pela postura mais ativa do PJ, que busca, diante da falta de solução legislativa adequada para determinado caso, criar soluções para a implementação, sobretudo, de políticas públicas [...]”. Os autores ainda citam a ADPF 45 como exemplo de postura ativista, necessária à concretização de direitos fundamentais, e à implementação de políticas públicas descumpridas.

Acredita-se, conforme criticado por Streck (2009), o ativismo judicial decorre do excesso de princípios, criados por “ativistas”, quando não concordam com a lei ou com a Constituição, o que, segundo bem ponderado por Tassinari (2013), extrapola os poderes do Poder Judiciário.

O Ministro Teori Zavascki entendeu que, mesmo superadas as doutrinas do positivismo jurídico, o magistrado está submetido ao conjunto normativo, e explicou:

O espaço para o ativismo no judiciário tem se expandido porque nosso sistema comporta “provimentos jurisdicionais de alcance médio”. Nas últimas três ou quatro décadas, há todo um sistema de processo coletivo que permite ao juiz proferir sentenças com eficácia subjetiva mais ampliada, maior que no conceito tradicional de sentença.[[76]](#footnote-76)

Ora, tomando-se por premissa a ideia de que o Direito regula todas as condutas humanas, seja por permiti-las expressamente em normas, ou por falta de norma proibitiva (tudo que não é proibido é permitido, exceto para o Direito Administrativo), não há um problema de falta de legislação que suporte uma atuação ativa do Poder Judiciário, mas, sim, falta legislação que se adeque à moralidade da época em questão. E essa conclusão se confirma pelas Normas de Introdução ao Direito Brasileiro que determinam no artigo 4º o preenchimento de lacuna conforme os costumes e no artigo 5º a aplicação da lei conforme seus fins sociais e o bem comum[[77]](#footnote-77).

Para Zavascki (2014), a Carta Magna conferiu, ao Poder Judiciário, mecanismos importantes para preencher esses vazios: os princípios gerais de direito e a analogia[[78]](#footnote-78).

Acontece que analogia é, conforme ensina Tartuce (TARTUCE, 2015, p.24 e 31), é “a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto”, sendo que “os princípios não decorrem rigorosamente das normas ou do ordenamento jurídico, mas da soma de vários fatores”, sendo certo que “os princípios gerais devem trilhar o aplicador do direito na busca da justiça, estando sempre baseados na estrutura da sociedade”.

Quanto aos instrumentos constitucionais para uma decisão ensejar efeitos coletivos, e que podem solucionar essas questões, podemos citar o Mandado de Injunção (MI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e, até mesmo, o recurso extraordinário em controle de constitucionalidade difuso, mecanismos previstos na Constituição Federal e utilizados para provocar o Supremo Tribunal Federal a manifestar-se em determinados casos concretos, inclusive naqueles não abrigados por qualquer norma, ou ainda, reprimidos por norma inconstitucional.

Oportuno observar que a ADPF é mecanismo de excelência na concretização de direitos fundamentais e princípios da República, em especial, o da dignidade da pessoa humana, uma vez ser a ação cabível, para hipótese de descumprimento de preceito fundamental e de normas municipais anteriores à atual Constituição Federal[[79]](#footnote-79).

Considerando as estatísticas informadas na introdução deste trabalho, acredita-se que a Sociedade é contrária ao aborto, ou quando muito, há dúvidas sobre o que ela espera sobre isso, o que induz a ponderação sobre quais seriam as exigências do bem comum da Sociedade Brasileira dos dias atuais. Por outro lado, não se verifica qual a norma próxima a uma possível permissão do aborto para aplicar-se a analogia. Talvez o aborto terapêutico ou sentimental, mas ainda assim exige-se a prática por um médico e o preenchimento de requisitos específicos.

Assim, nos dois casos discutidos neste trabalho, será que estaríamos realmente diante de um ativismo judicial para garantir a possibilidade jurídica do aborto no Brasil?

5. Ativismo judicial, preservação dos direitos fundamentais da mulher ou o quê?

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se mudança de paradigmas no ordenamento jurídico interno, que passa a ser iluminado por esse documento.

Com a constitucionalização do Direito no Brasil, cada ramo passa a se pautar na primazia do ser humano, protegido pelos princípios fundantes da Carta Política Brasileira, notadamente os da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Nessa vertente, o Supremo Tribunal Federal, como defensor e intérprete da Constituição, passa a ter um papel importantíssimo na apreciação de demandas que versem sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, lacuna legislativa ou descumprimento de preceito ou princípio constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício das funções de justiça constitucional, a Corte é que deve dar sentido ao texto constitucional e à defesa da Constituição, como representação abstrata da vontade social (TAVARES, 2006).

Tassinari (2013) defende que a redemocratização, o constitucionalismo abrangente e a incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade geraram, por consequência, maior atividade jurisdicional com a finalidade de concretizar valores e fins constitucionais, interferindo, por vezes, no espaço de outros poderes e ensejando o ativismo judicial.

Para o Ministro Barroso, o ativismo judicial deve expressar a postura do intérprete da lei, a fim de interpretar a Constituição de modo proativo, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, indo além do legislador ordinário[[80]](#footnote-80).

A fim de complementar a fala do Ministro Barroso, o Ministro Gilmar Mendes (2008), em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, esclareceu que não cabe ao Judiciário substituir o legislador, que deve agir com cautela para evitar extrapolar seus poderes em suas decisões[[81]](#footnote-81). Tal opinião afeta, diretamente, os casos ora em estudo.

Nos casos apresentados neste artigo, o Supremo Tribunal Federal atuou proferindo decisões semelhantes em casos completamente diferentes e trouxe à discussão a posição da mulher na sociedade e seus direitos fundamentais diante da proibição legal ao aborto.

Em ambos os casos o Supremo Tribunal Federal argumentou a preservação dos direitos fundamentais da mulher, arrolando dentre eles os reprodutivos e sexuais e os decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, como disposição do próprio corpo e integridade psíquica da gestante, dentre outros direitos fundamentais da mulher..

Importante observar que fetos anencéfalos nascerão sem encéfalo, pois não têm uma formação normal durante a gestação. No segundo caso, o Ministro Barroso foi favorável a descriminalizar o aborto até os três primeiros meses de gestação e usou, como argumento, a ausência de formação encefálica como critério de equiparação entre as situações fáticas.

Aprofundando a análise, a diferença entre o caso do aborto de anencéfalos e o praticado até 03 meses de gestação, entretanto, é imensa.

No primeiro, a decisão decorreu de uma ADPF, ação cujo objeto buscava delimitar a interpretação dos artigos do Código Penal, em face de preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal. A decisão com efeitos *erga omnes* foi proferida em uma ação constitucional e ensejou uma interpretação conforme a Constituição dando, o STF, sentido ao texto constitucional.

Já na segunda decisão, tratava-se de HC para preservar a liberdade provisória dos médicos e funcionários da clínica clandestina que realizava abortos, não havendo fundamento jurídico para a análise da descriminalização do aborto por meio dessa ação. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, atendeu ao pedido e analisou a situação que produziria a necessidade ou não da prisão, ratificando a liminar para que os acusados respondessem a ação em liberdade.

Não obstante, em seu voto-vista proferido no segundo caso, o Ministro Barroso, além de analisar o pedido dos acusados optou por analisar os direitos e as garantias fundamentais da mulher relativas ao seu corpo, aos seus órgãos reprodutivos e ao seu exercício de autonomia, dentre outros. Mesmo sem provocação das partes, emitiu um voto no sentido de expor sua opinião sobre a necessidade de descriminalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação.

É importante ainda observar que no caso do *Habeas Corpus* a opinião exposta pelo Ministro Barroso não ensejaria, como de fato não ensejou, qualquer efeito para terceiros, tampouco possibilitou o aborto no Brasil[[82]](#footnote-82).

Por fim, para além disso, nem mesmo o exercício da ponderação de valores justificaria a exposição da opinião do então Ministro e a decisão proferida no HC sobre o aborto nos primeiros 03 meses de gestação. É necessária à Corte Constitucional em hipóteses de ponderação de valores, quando se apresentam casos de colisão de direitos fundamentais, a utilização do princípio da proporcionalidade, sem olvidar dos elementos “adequação”, “congruência”, “razoabilidade” entre meios e fins para se posicionar (MENDES, 2012).

O elemento “adequação” limita o uso do princípio da proporcionalidade, não sendo o habeas corpus um instrumento adequado para descriminalizar o aborto.

A propósito, sequer poderia o Supremo Tribunal Federal neste caso declarar a inconstitucionalidade da proibição do aborto por meio do HC, pois esbarraria na exigência prevista no artigo 97 da Constituição Federal[[83]](#footnote-83).

A hipótese parece não ter sido de um ativismo judicial, tampouco tornou possível juridicamente o aborto no Brasil ainda no primeiro trimestre de gestação conforme acima salientado. O que talvez se possa cogitar é da tentativa de criação de uma nova interpretação normativa a direcionar outras decisões judiciais sobre o aborto, assunto ainda pendente de debate público e político.

Considerações finais

Como já mencionado anteriormente, notícias veiculadas em Dezembro de 2017 e Janeiro de 2018, informam que parcela significativa da Sociedade Brasileira parece não aceitar a prática do aborto, ao passo que pesquisas apontam mortes de mulheres que tentam praticar aborto.

As notícias fazem parecer, portanto, a necessidade de políticas públicas de promoção de educação da população sobre planejamento familiar e os cuidados para se evitar uma gestação não planejada que cabe ao Poder Executivo, bem como a urgência do Poder Legislativo ampliar o debate político quanto aos direitos da mulher ao seu corpo e, portanto, ao aborto.

De todo modo, quando se confrontam no dia a dia com casos como esses, os magistrados se sensibilizam com o tratamento desigual dado às mulheres, com relação à liberdade sobre seu próprio corpo, acabando por invadir a esfera de outros poderes.

Os dois casos apresentados no estudo leva-nos a refletir sobre quais são os Direitos Reprodutivos da Mulher e seus limites, e o direito à vida; as referidas decisões também trazem à tona a discussão da Dignidade da Pessoa Humana da mulher, apresentando uma ponderação entre a Dignidade da mulher e do nascituro e, a partir delas, a possibilidade jurídica do aborto.

No primeiro caso sobre Fetos Anencéfalos o alarde ao aborto é mais abafado, como restou claro das opiniões ouvidas nas audiências públicas, e consegue-se perceber que a Mãe não é apenas uma incubadora. Na ADPF 54 tem-se que o Supremo Tribunal Federal suprimiu a omissão do Poder Legislativo em uma ação constitucional.

Quanto ao julgamento do Habeas Corpus, em um primeiro momento a decisão proporciona a discussão sobre a aplicação dos Tratados Internacionais no Direito brasileiro, notadamente quanto aos direitos reprodutivos da mulher e outros direitos fundamentais das mulheres; mas não é só. É que esta decisão parece querer dar um novo sentido ao texto constitucional sobre o direito à vida e os direitos da mulher quando, por meio do voto de um Ministro, apresenta argumentos favoráveis ao direito da mulher à escolha pelo aborto; contudo a Suprema Corte parece desafiar seu papel ao proferir argumentos para o reconhecimento de uma (in)constitucionalidade em uma ação individual, com pedido diverso ao decidido e sobre um tema que, nem de longe, é pacífico na sociedade brasileira.

Em que pese o reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres que, embora ainda embrionários já conquistaram um espaço maior no campo jurídico, e as decisões analisadas neste trabalho, a liberdade de escolha pelo aborto ainda não parece ser juridicamente possível fora das exceções expressamente declaradas em lei.

Acredita-se que as mulheres são titulares do direito jurídico de decidir praticar ou não o aborto, direito este que deve ser reconhecido livre de qualquer valoração de ordem cultural e religiosa.

O direito da mulher à escolha pelo aborto decorre do rol de direitos humanos das mulheres reconhecidos em Tratados Internacionais, notadamente os reprodutivos e de igualdade (especialmente em face de outras mulheres), preenche o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana sob o aspecto do direito da personalidade de disposição do próprio corpo. Contudo, a efetividade deste direito depende de debate público e político e da consequente elaboração de uma legislação infraconstitucional que expressamente o autorize, dando cumprimento, assim, aos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, condições que não foram suprimidas pelas decisões ora analisadas.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Krüger; GRANADO, Daniel Willian. Processo Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, 2010. Disponível em: [http://www.slideshare.net/chlima/constituiçãodemocraciae-supremacia-judicial-direito-e-poltica-no-brasil-contemporaneo](http://www.slideshare.net/chlima/constitui%C3%A7%C3%A3odemocraciae-supremacia-judicial-direito-e-poltica-no-brasil-contemporaneo) .Acesso em: 21 de junho de 2017.

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (orgs.). Doutrinas essenciais: família e sucessões: direito de família patrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais. Edição especial comemorativa 100 anos, 2011. v. I.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe em As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: o exemplo da ADPF 54. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>. Acesso em 25/02/18.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil – família. 10. ed. rev. ampl. atualiz. Salvador: Juspodium, 2018. v. 6.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FREUD, Sigmund. Obras completas de Freud, volume 1, Charcot A Histeria – Primeiras contribuições à teoria das neuroses. Traduzido por Dr. C. Magalhães de Freitas, Editora Delta S.A., s/d, Rio de Janeiro – São Paulo – Porto Alegre – Curitiba – BH – Recife –Bahia.

GONÇALVES e BORGES; Juliana e Helena. Qual o preço que o Brasil paga pela criminalização do aborto? 2017 Disponível em: <https://www.ceert.org.br/noticias/genero-mulher/16201/qual-o-preco-que-o-brasil-paga-pela-criminalizacao-do-aborto> Acesso em 01.11.2018

KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Edipro: São Paulo. 2008. 2a edição.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARCIAL, Danielle; ROBERT, Cinthia; SEGUIN, Elidia. O direito da mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MARANHÃO, Fabiana. Aborto cresce 37% em seis anos de legalização no Uruguai. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/06/19/seis-anos-apos-legalizar-aborto-uruguai-ve-procedimento-crescer-37.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em 06.11.18

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Pode o STF legislar? Disponível em: http://www.academus.pro.br/professor/ivesgranda/material/artigos\_legislar.htm , acesso em 05.02.2018.

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. Editorar Gen/Método: São Paulo, 3ª edição, 2015.

MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_\_. Discurso de posse na presidência do STF do Ministro Gilmar Mendes em 23/04/2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf /anexo/posseGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf%20/anexo/posseGM.pdf) . Acesso em: 21/06/2017.

NASSIF, Luiz. Revista GGN. Entrevista concedida pelo Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial> .Acesso em: 10/05/2017

NAMBA, Edison Tetsuzo. Manual de bioética ebiodireito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). Ativismo judicial. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Wilson de. A mulher em face do direito. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PIOVESAN, Flavia. Temas de Direitos Humanos. Rev. ampliada e atualizada. Saraiva: São Paulo, 10a edição, 2017.

ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. O direito e a vida dos direitos. 6ª. ed. anotada e atualizada.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCALQUETTE, Ana Claudia S. Estatuto da reprodução assistida. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009--mar--15/entrevista--lenio--streck--procurador--justica--rio--grande--sul> . Acesso em: 08 de maio de 2017.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil 1 – Lei de Introdução e Parte Geral. Editora Gen/Método: São Paulo, 2015.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas principais funções. Revista de Informação Legislativa, ano 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006.

TOLEDO, Karina. Curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada no SUS, revela estudo, 2010. Disponível em: <[https://www.estadao.com.br/noticias/geral,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-,580854](https://www.estadao.com.br/noticias/geral%2Ccuretagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-%2C580854)> acesso em 01.11.2018

1. Mestra pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela ESA/OAB Santos. Docente na Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES, no Curso Pró-Ordem, unidade Santo André. Docente na Pós-Graduação em Direito Processual Civil e Direito de Família e Sucessões da ESA/OAB de São Caetano do Sul, ESA/OAB da Lapa e ESA/OAB Santos. Editora responsável pela Revista Científica “Legalis Scientia”. Palestrante da OAB/SP. Advogada. Contato: fernandalascasas@yahoo.com.br [↑](#footnote-ref-1)
2. Mestra em Direito pela FADISP. Pós-graduada em Processo Civil Brasileiro pela PUC-SP e em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professora de Direito de Família e Sucessões da ESA/OAB da Lapa. Advogada. Contato: renata@toledoelopes.com.br [↑](#footnote-ref-2)
3. Foi por meio da histeria que Freud desenvolveu a psicanálise. Embora ele tenha iniciado o estudo da histeria em mulheres, ele não a atribuiu somente a elas. [↑](#footnote-ref-3)
4. “(...) Com respeito aos ataques histéricos, podemos repetir quase as mesmas observações que dedicamos aos sintomas histéricos duradouros. Conhecida é a descrição esquemática, feita por Charcot, do “grande” ataque histérico, segundo o qual o ataque completo apresentaria quatro fases: primeira, a epileptoide; segunda, a dos grandes movimentos; terceira, a das atitudes passionais (a fase alucinatória) e, quarta, a do delírio final (...) Sem prévia e minuciosa fixação do valor e o significado da palavra “histeria”, não é fácil decidir quando um caso patológico se pode situar sob dito conceito ou incluir-se entre as demais neuroses (não puramente neurastênicas). Por outro lado, tampouco no setor das neuroses mistas correntes se levou a cabo ainda um trabalho ordenado de diferenciação e delimitação. Dêste modo, se para diagnosticar a histeria pròpriamente dita, costumamos até agora guiar-nos pela analogia do caso em apreço com os casos típicos conhecidos de tal enfermidade, é indiscutível que o de Emmy de N. deve ser diagnosticado de histeria. A frequência dos delírios e das alucinações, em meio de absoluta normalidade da função anímica; a transformação da personalidade e da memória durante o sonambulismo artificial; a anestesia da extremidade dolorosa, certos dados da anamnese, etc, não deixam lugar a dúvidas sobre a natureza histérica da enfermidade ou, pelo menos, da enferma”. (FREUD, Sigmund. Obras completas de Freud, volume 1, Charcot A Histeria – Primeiras contribuições à teoria das neuroses. Traduzido por Dr. C. Magalhães de Freitas, Editora Delta S.A., s/d, Rio de Janeiro – São Pauli – Porto Alegre – Curitiba – BH – Recife –Bahia, páginas 30 e 76) [↑](#footnote-ref-4)
5. <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/03/mulheres-podem-sofrer-com-alteracoes-fisicas-e-emocionais>. Acesso em 24.02.18. [↑](#footnote-ref-5)
6. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 – Estatuto da Mulher Casada. [↑](#footnote-ref-6)
7. O país é reconhecido pela igualdade praticada entre os homens e as mulheres em todas as áreas. [↑](#footnote-ref-7)
8. <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/09/politica/1515508582_664681.htm>. Acesso em 22/02/18. [↑](#footnote-ref-8)
9. [http://www.ibdfam.org.br/noticias/6505/Pela+preserva%C3%A7%C3%A3o+dos+direitos+das+mulheres%2C+IBDFAM+repudia+PEC+181-2015](http://www.ibdfam.org.br/noticias/6505/Pela%2Bpreserva%C3%A7%C3%A3o%2Bdos%2Bdireitos%2Bdas%2Bmulheres%2C%2BIBDFAM%2Brepudia%2BPEC%2B181-2015). Acesso em 22/02/18. [↑](#footnote-ref-9)
10. [http://www.ibdfam.org.br/noticias/6505/Pela+preserva%C3%A7%C3%A3o+dos+direitos+das+mulheres%2C+IBDFAM+repudia+PEC+181-2015](http://www.ibdfam.org.br/noticias/6505/Pela%2Bpreserva%C3%A7%C3%A3o%2Bdos%2Bdireitos%2Bdas%2Bmulheres%2C%2BIBDFAM%2Brepudia%2BPEC%2B181-2015) Acesso em 22/02/18. [↑](#footnote-ref-10)
11. Em países do continente africano em que a população é predominantemente islâmica, o costume de castigar e exigir obediência prevalece até os dias atuais. [↑](#footnote-ref-11)
12. Livro IV, Título LXI, § 9º, Título CVII das Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p858.htm> e <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p1015.htm> Acesso em: 02/10/ 2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artigo 179, XIII. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao 24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%2024.htm) Acesso em: 02/10/ 2017. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artigo 72, § 2º: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 2º Todos são iguaes perante a lei”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> . Acesso em: 02/10/ 2017. [↑](#footnote-ref-14)
15. Apesar da Constituição da República de 1891 prever igualdade de direitos entre os sexos, o Código Civil, em 1916, manteve a mulher no patamar de relativamente incapaz (art. 6º, II) e a exigência de autorização marital para que ela pudesse exercer uma profissão (artigo 233, IV). [↑](#footnote-ref-15)
16. A primeira Convenção da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, foi a de número 3, que trata do *Emprego das Mulheres antes e depois do parto*, registrada em 1934, apesar de ter entrado em vigor, no plano internacional, desde 1919. Uma demora de 16 anos. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artigo 268 do Código Penal de 1890, aprovado pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890: “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1851-1899/d847.htm . Acesso em: 02/10/2017. [↑](#footnote-ref-17)
18. “Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher – assinada na Nona Conferência Internacional Americana. Bogotá, 30 de março a 2 de maio de 1948. Os Governos representados na IX Conferência Internacional Americana, Considerando: Que a maioria das repúblicas americanas, inspirada em elevados princípios de justiça, tem concedido os direitos políticos à mulher.

Que tem sido uma aspiração reiterada da comunidade americana equiparar homens e mulheres no gozo e exercício dos direitos políticos.

Que a Resolução XX Da VIII Conferência Internacional Americana Expressamente Declara:

Que a mulher tem direito a tratamento político igual ao do homem.

Que a mulher da América, muito antes de reclamar os seus direitos, tinha sabido cumprir nobremente as suas responsabilidades como companheira do homem.

Que o princípio da igualdade de direitos humanos entre homens e mulheres está contido na Carta Das Nações Unidas”.Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica externa/ConvInterConcDirPolMul.html](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica%20externa/ConvInterConcDirPolMul.html) . Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-18)
19. A Lei nº 4.121, de 1962, modificou a redação dos artigos 6º, 233, 240, 242, 263, 269, 273, 326, 380, 293, 1.579 e 1.611 do Código Civil de 1916. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artigo 5º, inciso L: “ às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artigo 7º, inciso XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Artigo 7º, inciso XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. [↑](#footnote-ref-22)
23. <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/justica-eleitoral-desenvolve-acoes-para-ampliar-a-participacao-da-mulher-na-politica> Acesso em 09/03/18. [↑](#footnote-ref-23)
24. Traduzido de duas maneiras: “Não fornecerei à mulher pessário abortivo (instrumento para provocar o aborto)” ou “Não darei à mulher remédio abortivo”. Retirado do texto: “Juramento de Hipócrates” encontrado no site do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP, aba “Quem somos” site: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3> acessado em 04.03.2018 [↑](#footnote-ref-24)
25. O aborto ocorre quando a gravidez é interrompida com a consequente destruição do produto da concepção, a eliminação da vida intrauterina. Pode ocorrer entre a concepção e o início do parto. Outras hipóteses a legislação brasileira considera homicídio ou infanticídio. [↑](#footnote-ref-25)
26. Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro. [↑](#footnote-ref-26)
27. 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. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ives Gandra da Silva Martins usa essa terminologia para diferenciar o aborto em decorrência do risco de vida para a mãe (terapêutico), do aborto nos casos em que a gestação não traz riscos à mãe e por motivos íntimos deseja interromper a gestação (sentimental). Site: <http://www.academus.pro.br/professor/ivesgranda/material/artigos_legislar.htm> acesso em 05.02.2018. [↑](#footnote-ref-28)
29. O dispositivo arrola duas causas especiais de exclusão de ilicitude – o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Em ambos, o aborto há de ser praticado por médico. (...) O aborto em caso de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental, humanitário, ético ou piedoso) deve ser praticado por médico e exige-se o consentimento válido da gestante ou de seu responsável legal, se incapaz. Todavia, se for realizado pela gestante ou por outra pessoa, que não um profissional da medicina, o fato será típico e ilícito, mas é de se reconhecer a incidência de uma dirimente, em face da inexigibilidade de conduta diversa (causa supralegal de exclusão de culpabilidade).” (Masson, 2015, p. 558). [↑](#footnote-ref-29)
30. Anencefalia é o resultado de falha de fechamento do tubo neural, decorrente de fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. [↑](#footnote-ref-30)
31. Conforme ensina Masson (2015, páginas 558 a 559), sendo o feto anencéfalo considerado um natimorto pelo Conselho Federal de Medicina, “sua eliminação por intervenção cirúrgica constitui fato atípico, pois o anencéfalo não possui vida humana que legitima o Direito Penal”. No mesmo sentido, “se a gestante ou terceiro praticar manobras abortivas no sentido de eliminar o fato anencéfalo, estará caracterizado crime impossível, em razão da impropriedade absoluta do objeto material, nos termos do artigo 17 do Código Penal”. [↑](#footnote-ref-31)
32. <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Legislacao&id=662> Acesso em 26/02/18. [↑](#footnote-ref-32)
33. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449> Acesso em 02/01/18. [↑](#footnote-ref-33)
34. Apenas para ilustrar a relevância desta discussão, a Câmara Municipal de Tangará da Serra (Mato Grosso) proferiu nota técnica relativa à mencionada PEC na qual defende a manutenção das atuais hipóteses de excludente de ilicitude do aborto, esclarecendo que essa alteração na Constituição Federal tem potencial de fragilizar situações de extrema relevância, albergadas por outros direitos fundamentais, dentre eles direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Nesse contexto, é importante salientar que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram direitos humanos das mulheres, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará e a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo) que consagra os direitos reprodutivos das mulheres. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=13FE3CC91A13ACED3B60A8E609FF5C39.proposicoesWebExterno2?codteor=1632386&filename=Tramitacao-PEC+181/2015> Acesso em 02/01/18. [↑](#footnote-ref-34)
35. “Pode-se afirmar que os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Este conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade quanto para a procriação sem riscos para a saúde.” (PIOVESAN, 2017, p. 447). [↑](#footnote-ref-35)
36. Exame de Amniocentese: consiste na retirada de líquido amniótico; é realizado na 14ª semana de gravidez e indicado para gravidez de alto risco. [↑](#footnote-ref-36)
37. O Encéfalo constitui a parte central do [sistema nervoso](https://www.coladaweb.com/biologia/corpo-humano/sistema-nervoso) (antigamente denominado sistema nervoso central – SNC), que tem como principal função o processamento e a integração das informações. O encéfalo humano tem massa aproximada de 1,4 kg e está protegido pela caixa craniana. É constituído pelo cérebro, tálamo, hipotálamo, mesencéfalo, ponte, cerebelo e bulbo raquidiano (ou medula oblonga). Informação obtida no site: <https://www.coladaweb.com/biologia/corpo-humano/encefalo> acessado em 04.03.2018. [↑](#footnote-ref-37)
38. Anencefalia é o resultado de falha de fechamento do tubo neural, decorrente de fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. [↑](#footnote-ref-38)
39. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> Acesso em: 20/06/ de 2017. [↑](#footnote-ref-39)
40. Conforme exposto por Margarida Maria Lacombe Camargo, “o *amicus curiae* é todo aquele que, sem ser parte no processo, contribui para a decisão, com as informações e argumentos que traz.”, e no Brasil encontra fundamento nas Leis 9868, 9882, 11.418/06, 11.672/08. A mesma autora expõe que as mesmas pessoas que se apresentam como *amicus curiae* geralmente participam do processo em audiências públicas. Uma das diferenças entre o instituto do *amicus curiae* e as audiências públicas é que na primeira a iniciativa parte dos interessados e na segunda por um “chamado da Corte”. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>., páginas 05 e 07. Acesso em 25/02/18. [↑](#footnote-ref-40)
41. “As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

A primeira audiência pública realizada pelo Tribunal foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp> Acesso em 25/02/18. [↑](#footnote-ref-41)
42. Apesar do Ministério Público ter declarado entender que as audiências públicas representam uma aproximação do Poder Judiciário à Sociedade, e do Ministro Marco Aurélio ter afirmado que “Sem elementos não há julgamento, não se julga” para enaltecer a importância deste instrumento (Notícias do STF, 16/09/2008 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101> Acesso em 25/02/18), entende-se questionável a utilização deste instrumento, uma vez não haver dados que comprovem a participação efetiva de todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal nas referidas audiências públicas. Deve-se ponderar, ainda, parecer haver dúvidas se as audiências públicas servem para dar “elementos técnicos” para o julgamento ou se apenas são utilizadas para que a Suprema Corte alcance legitimidade popular para suas decisões, conforme observado por Margarida Maria Lacombe Camargo em As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: o exemplo da ADPF 54, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>, página 02. Acesso em 25/02/18. [↑](#footnote-ref-42)
43. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. .Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-43)
44. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ibid. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ibid. [↑](#footnote-ref-46)
47. Embora o Luís Roberto Barroso tenha afirmado que a hipótese deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101> Acesso em 25/02/18), o Código Penal não faz esta diferença. Para o artigo 124 do Código Penal, a “antecipação terapêutica do parto” é aborto, porém, o legislador no artigo 128 indica hipóteses de excludente de ilicitude quando há risco de vida para a gestante ou gestação decorrente de estupro, hipóteses em que o aborto deve ser praticado por médico e consentimento da gestante. [↑](#footnote-ref-47)
48. Dignidade Humana (Menschenwürde) - princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si mesmo, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo dele mesmo. (KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. tradução, textos adicionais e notas Edson Bini.Edipro:São Paulo. 2008. 2a edição, p.29). [↑](#footnote-ref-48)
49. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-49)
50. HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber. [↑](#footnote-ref-50)
51. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-51)
52. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-52)
53. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-53)
54. PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. Rev. ampliada e atualizada. Saraiva: São Paulo, 10a edição, 2017, p.468. [↑](#footnote-ref-54)
55. Ibidem p.449. [↑](#footnote-ref-55)
56. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjek6eX29PZAhWws1kKHV-cCUMQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unfpa.org.br%2FArquivos%2Frelatorio-cairo.pdf&usg=AOvVaw2OWLbSl3XGpOKeZqEDayl-> acesso em 04/03/2018. [↑](#footnote-ref-56)
57. Ibidem p. 451. [↑](#footnote-ref-57)
58. Na espécie animal, encontramos a exceção no cavalo marinho, único caso entre as espécies de animais em que o macho gesta os embriões. [↑](#footnote-ref-58)
59. Lei no 9.263/1996: “Art. 9o Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. [...]” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 20 maio 2018). [↑](#footnote-ref-59)
60. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 20 out. 2017. [↑](#footnote-ref-60)
61. Inúmeros são os casos de bebês encontrados ainda com o cordão umbilical. Disponível em: <http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/criancas-encontram-recem-nascido-perto-de-esgoto-enquanto-brincavam-na-paraiba.ghtml> . Acesso em: 27/06/2017. [↑](#footnote-ref-61)
62. Desde medicamentos que provocam o aborto até a busca por clínicas clandestinas para auxílio na interrupção da gravidez. [↑](#footnote-ref-62)
63. Informação obtida no site: <http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html> consultado em 01.11.18 [↑](#footnote-ref-63)
64. A ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o partido sustenta que os dois dispositivos do Código Penal afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos. A pretensão é que o STF exclua do âmbito de incidência dos dois artigos a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir 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. O processo ainda aguarda julgamento. Informação obtida no Site: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865> consultado em 01.11.2018 [↑](#footnote-ref-64)
65. Informação obtida no site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569> consultado em 01.11.18 [↑](#footnote-ref-65)
66. Informação obtida no site: <https://www.ceert.org.br/noticias/genero-mulher/16201/qual-o-preco-que-o-brasil-paga-pela-criminalizacao-do-aborto> consultado em 01.11.2018 [↑](#footnote-ref-66)
67. Informação obtida no site: [https://www.estadao.com.br/noticias/geral,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-,580854](https://www.estadao.com.br/noticias/geral%2Ccuretagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-%2C580854) consultado em 01.11.18 [↑](#footnote-ref-67)
68. No Uruguai a Lei que descriminaliza o aborto feito por mulheres uruguaias e as mulheres residentes há pelo menos um ano no país, por médicos desde que a gestação não tenha passado da 12ª semana, ou da 14ª, em caso de estupro. Informação obtida no site: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/06/19/seis-anos-apos-legalizar-aborto-uruguai-ve-procedimento-crescer-37.htm?cmpid=copiaecola> acesso em 06.11.18 [↑](#footnote-ref-68)
69. Informação obtida no site do Conselho Federal de Enfermagem, endereço: [http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude\_64714.html consultado em 01.11.18](http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html%20consultado%20em%2001.11.18). [↑](#footnote-ref-69)
70. O processo ainda aguarda julgamento. Informação obtida no Site: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865 consultado em 01.11.2018 [↑](#footnote-ref-70)
71. [↑](#footnote-ref-71)
72. Informação obtida no site: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/> acesso em 06.11.18 [↑](#footnote-ref-72)
73. Informações obtidas no Ofício CFM nº 4867/2013 – PRESI. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjz8fXx9fUAhXBIZAKHcrADOMQFggvMAE&url=https%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fsdleg-getter%2Fdocumento%3Fdm%3D3516333&usg=AFQjCNGHDvijoyRvH0RaeEBSO01AEEL4Cg> Acesso em: 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-73)
74. Artigo 2º do Código Civil brasileiro. [↑](#footnote-ref-74)
75. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5144865>. Acesso em 03/01/2018. [↑](#footnote-ref-75)
76. Nassif, Luiz. *Revista GGN.* Entrevista concedida pelo Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial> .Acesso em: 10/05/2017. [↑](#footnote-ref-76)
77. Art. 5o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23/02/18. [↑](#footnote-ref-77)
78. Zavaski, 2014. [↑](#footnote-ref-78)
79. Por preceitos fundamentais entendam-se os previstos nos artigos 1º a 7º, incisos do § 4º do artigo 60 (cláusulas pétreas) e os arrolados no inciso VII do artigo 34 (princípios sensíveis), todos da Constituição Federal. [↑](#footnote-ref-79)
80. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-80)
81. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf /anexo/posseGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf%20/anexo/posseGM.pdf). Acesso em 05/02/2018. [↑](#footnote-ref-81)
82. É importante destacar posição da Ministra Rosa Weber na ação ajuizada pelo PSOL e o Instituto Anis- Instituto de Bioética em benefício de uma mulher que fez pedido de autorização prévia para a prática de aborto, na qual os autores argumentaram de que a criminalização do aborto fere princípios e direitos fundamentais garantidos na Constituição, como dignidade, liberdade e saúde. O pedido foi indeferido sob o fundamento de que a ADPF não serve como remédio jurídico para situações individuais concretas, mas sim para questões abstratas. Neste caso específico, a mulher que pretendia fazer o aborto no Brasil submeteu-se ao procedimento na Colombia após ter seu pedido indeferido. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-42292032> . Acesso em 10/03/18. [↑](#footnote-ref-82)
83. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 19/03/18. [↑](#footnote-ref-83)