



## ATIVISMO JUDICIAL NA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

---

Lucas Vieira Silva\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. STF como Legislador Positivo; 2.1. Do crime de aborto; 2.2. ADPF 54; 2.3. ADPF 442; 3. Habeas Corpus nº 124306; 4. Considerações finais; 5. Referências.

### RESUMO

O presente artigo aborda a problemática do ativismo judicial na jurisprudência brasileira, relacionando-o à tentativa de legalização do aborto por parte do Supremo Tribunal Federal. A atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo não é unânime na doutrina, havendo basicamente três espécies de doutrinadores, os que são favoráveis a esse tipo de atuação; os que entendem que é possível em alguns casos, e os que entendem que essa atuação ofende o Poder Legislativo. Além disso, a jurisprudência tem se desenvolvido no sentido de que o Supremo Tribunal Federal pode, diante da morosidade do poder legislativo, suprir eventuais omissões por parte do legislador, a exemplo da ADPF54, na qual se permitiu a interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos. Posto isso, surgiram na Corte diversas ações visando a legalização do aborto, como a ADPF 442, tendo o Supremo, inclusive, adotado posição no sentido de que seria possível a prática do aborto até o terceiro mês de gestação quando do julgamento do HC124306. Dessa forma, busca-se analisar acerca da possibilidade ou não da legalização do aborto via mecanismos de controle judicial.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Legislador positivo. Legalização do aborto. ADPF54. ADPF442.

### ABSTRACT

This article addresses the issue of judicial activism in Brazilian jurisprudence, relating it to the Supreme Court's attempt to legalize abortion. The role of the Supreme Federal Court as a positive legislator is not unanimous in doctrine, with basically three types of indoctrinators, those who are favorable to this type of action; those who understand that it is possible in some cases, and those who understand that this action offends the Legislative Branch. In addition, the jurisprudence has developed in the sense that the Federal Supreme Court may, in view of the slowness of the legislative power, make up for any omissions on the part of the legislator, such as ADPF54, in which the termination of pregnancy in the case of anencephalic fetuses was allowed. That said, several lawsuits aimed at legalizing abortion have emerged in the Court, such as ADPF 442, with the Supreme Court even adopting a position that it would be possible to practice abortion until the third month of pregnancy when the HC124306 was judged. Thus, it seeks to analyze the possibility or not of legalizing abortion via judicial control mechanisms

---

\* Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

**Keywords:** Judicial Activism. Positive legislator. Legalization of abortion. ADPF54. ADPF442.

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta lacunas, afinal, é impossível que o legislador preveja de forma expressa no texto constitucional todas as eventuais soluções para conflitos político-jurídicos que surgem na sociedade. Entretanto, é sabido que o Poder Legislativo, por ser pautado no debate democrático, é muitas vezes moroso para solucionar essas omissões, e que o juiz não pode se eximir de julgar, ainda que haja omissões no ordenamento.

Com isso, há uma crescente migração de temas de caráter político para o Poder Judiciário, a exemplo das discussões acerca de cotas raciais, pesquisa com células tronco, interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos, constitucionalidade do aborto, etc. Observa-se, por um lado, uma atuação proativa por parte desse poder no intuito de dirimir esses conflitos, seja de modo difuso ou concentrado. Por outro lado, ocorre que, não raramente, tal atuação acaba por se confundir com a atividade legiferante, inerente ao Poder Legislativo, o que pode trazer inúmeros malefícios ao exercício da democracia, a exemplo das recentes decisões acerca da possibilidade de ocorrência do aborto até o terceiro mês de gestação.

O presente artigo possui o intuito de esclarecer acerca da legalização do aborto, com base no histórico evolutivo do ativismo judicial no Brasil, apresentar casos concretos de atuação positiva por parte do Poder Judiciário, para, por fim, analisar uma possível legalização do aborto por meio da ADPF442 e do HC nº 124306.

Com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passou a adotar uma posição proativa no intuito de solucionar eventuais conflitos existentes na sociedade que nem sempre são abrangidos pela legislação. Entretanto, essa atuação pode atingir a tripartição dos poderes, uma vez que, em alguns casos, acaba por usurpar a competência do Legislativo. Essa pesquisa se justifica através da necessidade de haver uma reflexão mais profunda acerca da legitimidade ou não do ativismo judicial.

Dessa maneira, no presente trabalho será exposto como o ativismo judicial ocorre no Brasil, apresentando as diversas espécies de ativismo judicial existentes, os mecanismos que possibilitam a ocorrência da atuação positiva do órgão judicial. Além

disso, será apresentada a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do ativismo judicial, bem como algumas das mais notórias e controvertidas decisões ativistas proferidas pela Suprema Corte.

A metodologia utilizada nesta pesquisa em questão visa apoiar-se na pesquisa bibliográfica, pois permite ao investigador a cobertura de fatos de forma muito mais ampla do que aquela que se poderia pesquisar por conta própria. Por optar buscar a partir de bibliografias, o trabalho adequou-se ao método de pesquisa qualitativo visto que se preocupa em obter dados descritivos sobre o debate central, bem como compreender o fenômeno a partir da visão do pesquisador.

## **2 STF COMO LEGISLADOR POSITIVO**

A possibilidade de atuação do STF como legislador positivo divide a doutrina e a jurisprudência. Alguns autores, como Dworkin (2010), entendem que a postura ativista permite ao Poder Judiciário “amoldar” a Constituição e as leis, às variações naturais que ocorrem com a moral e os costumes. Dessa forma, as leis se manteriam sempre de acordo com a realidade.

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas. “Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso” (DWORKIN, 2010, p. 180).

Por outro lado, há autores a exemplo de Luiz Flávio Gomes (2009, *online*) que rechaçam essa possibilidade, uma vez que haveria a aristocratização do direito:

O Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar).

Nessa mesma linha, Canotilho critica o elevado grau de ativismo na Suprema Corte brasileira, ao dizer que há um “ativismo judicial exagerado que não é compreendido na Europa” (BASILE, 2009, *online*).

## 2.1 Do crime de aborto

As disposições acerca do aborto estão previstas no art. 124 até o art. 128 do Código Penal brasileiro, integrando o rol de crimes contra a vida e dividindo-se entre as seguintes modalidades: aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124), aborto provocado por terceiro (125 e 126) e o aborto em sua forma qualificada (art. 127).

Sendo assim, o Código Penal de 1940 tipifica o aborto em três espécies: aborto provocado (art. 124), aborto sofrido (art. 125), e aborto consentido (art. 126). Na primeira hipótese, a própria mulher assume a responsabilidade pelo abortamento; na segunda, repudia a interrupção do ciclo natural da gravidez, ou seja, o aborto ocorre sem o seu consentimento; e, finalmente, na terceira, embora a gestante não o provoque, consente que terceiro realize o aborto (BITENCOURT, 2012, p. 343).

Embora presente no título I da parte especial, que se refere aos crimes contra a pessoa, Bittencourt assevera que não é a pessoa, de regra, que é protegida pelo tipo penal, mas sim a formação embrionária da vida humana.

Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege; relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a concepção até momentos antes do início do parto (BITENCOURT, 2012, p. 307).

Além disso, o artigo 128 do Código Penal traz disposição acerca das hipóteses em que a realização do tipo penal é permitida pela legislação<sup>1</sup>.

Sobre o tipo penal, Rogério Grecco (2017, p. 509) assevera que o Código Penal não define o significado da palavra aborto, tendo sido dever da doutrina e jurisprudência definir o momento em que se ocorre o aborto, nas palavras do autor: “Nosso Código Penal não define claramente o aborto, usando tão somente a expressão provocar aborto, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão”.

---

<sup>1</sup> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

**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.

Com isso, apesar da controvérsia que envolve o tema do início da vida, esta se torna relevante para fins penais a partir da nidação, que ocorre cerca de 14 dias após a fecundação, quando o zigoto (óvulo já fecundado) é implantado no útero materno.

Por isso, enquanto não há a nidação, não há que se falar em relevância penal, sendo por essa razão que alguns procedimentos e medicamentos, a exemplo da pílula do dia seguinte, não são considerados como aborto, uma vez que esses métodos impedem que o óvulo fecundado chegue ao útero, e, assim, ocorra a nidação, embora haja a fecundação.

Assim, enquanto não houver a nidação, não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal. Dessa forma, afastamos de nosso raciocínio inúmeras discussões relativas ao uso de dispositivos ou substâncias que seriam consideradas abortivas, mas que não têm o condão de repercutir juridicamente, pelo fato de não permitirem, justamente, a implantação do óvulo já fecundado no útero materno. Da mesma forma, não se configurará aborto na hipótese de gravidez ectópica, quando o óvulo fecundado não consegue chegar até o útero, mas se desenvolve fora dele. É o mesmo caso da gravidez tubária, na qual o ovo se desenvolve nas Trompas de Falópio. Se a vida, para fins de proteção pelo tipo penal que prevê o delito de aborto, tem início a partir da nidação, o termo *ad quem* para essa específica proteção se encerra com o início do parto (GRECCO, 2017, p. 520). Além disso, o crime se consuma independentemente de que o produto da concepção seja expulso do corpo da gestante, podendo ocorrer, até mesmo caso ele seja absorvido pelo próprio corpo da mãe de forma dolosa.

O delito de aborto se consuma com a efetiva morte do produto da concepção. Não há necessidade que o óvulo fecundado, embrião ou o feto seja expulso, podendo, até mesmo, ocorrer sua petrificação no útero materno. Na qualidade de crime material, podendo-se fracionar o *iter criminis*, é perfeitamente admissível a tentativa de aborto (GRECCO, 2017, p. 509).

Observa-se, ainda, que esse crime é uma exceção a Teoria Monista, predominante no Direito Penal brasileiro, que dispõe no sentido de que todos os coautores e partícipes concorrem para um único tipo penal, aplicável a todos os agentes.

Ocorre que se a própria gestante efetua o crime de aborto, ou consente que este ocorra, incidirá no crime de autoaborto (art. 124), já se um terceiro auxilia a gestante a abortar, este incide na pena de aborto provocado por terceiro (art. 126), os quais, além de crimes diferentes, possuem penas diferentes:

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

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto Provocado Por Terceiro**

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Acerca da preferência pela teoria monista, dispõe o item 25 da exposição de motivos do Código Penal de 1940: “O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas”.

A duplicidade desse crime também pode ser encontrada no sujeito passivo, posto que, no caso em que o aborto é provocado por terceiro, sem consentimento da gestante, haverá mais de um sujeito passivo, o feto e a gestante, conforme ensina a Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 346.), “nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante”.

Também é necessária para a configuração do crime de aborto a presença do elemento subjetivo doloso, diante da ausência de previsão culposa para esse tipo penal, em respeito ao art. 18 do Código Penal.<sup>2</sup>

Ainda há que se falar que é possível a configuração da tentativa de aborto, sendo aplicável a tentativa inclusive nos casos em que a gestante sobreviva em caso de tentativa de suicídio por parte da gestante (GRECCO, 2017. p. 516).

Já na sua forma qualificada (Art. 127 CP), o aborto aumenta em um terço a pena no caso de lesão de natureza grave, sendo duplicadas no caso em que os meios utilizados para o aborto, ou o aborto em si, ocasiona na morte da gestante.<sup>3</sup>

Quanto à classificação doutrinária, em regra é crime comum, sendo crime de mão própria, no caso de autoaborto e no aborto consentido (Art. 124 CP), crime de dano, material, instantâneo (consumação imediata) e doloso.

<sup>2</sup> Art. 18. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>3</sup> Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Por fim, o Art. 128 do Código Penal traz as hipóteses em que o aborto é lícito, sendo eles o aborto necessário (inciso I), e o aborto em casos de estupro (inciso II), chamados pela doutrina respectivamente de humanitário e sentimental.

Dispõe o Código Penal que: “Não se pune o aborto praticado por médico: I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

## **2.2 ADPF 54**

Em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto de feto anencéfalo não seria considerado crime, para isso, a Corte, dentre outros fundamentos, entendeu que essa interrupção não afetaria os bens jurídicos protegidos pelo crime de aborto, uma vez que esse tipo penal visa proteger a vida do embrião ou feto com aptidão para se tornar uma vida humana. O feto anencéfalo seria biologicamente incapaz de se tornar uma “vida humana viável” posto que sobreviveria no máximo alguns dias.

O bem jurídico protegido, como afirmamos anteriormente, é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção — feto ou embrião —, embora ainda não seja pessoa, tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante (integridade física e psicológica). No entanto, a antecipação consentida do parto na hipótese de comprovada gravidez de feto anencéfalo não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencéfalo não há vida viável em formação. Em outros termos, falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva (BITENCOURT, 2012.p. 343).

Ainda sobre o tema, o ministro Joaquim Barbosa defende que haja uma ponderação de direitos, e que, nesse caso, a saúde física e psíquica em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana estariam acima de uma gestação que seria incapaz de gerar um feto que sobreviva fora do útero.

Essa linha era seguida pelo relator do HC 84.025-6/RJ, o ministro Joaquim Barbosa, conforme deixou claro na seguinte passagem de seu magnífico voto:

[...] em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação de bens entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal” (BITENCOURT, 2012, p. 396).

Em 12 de abril de 2012, porém, o STF, por maioria de votos, parece haver encontrado uma exceção a esses postulados. Ao julgar a ADPF 54, o Relator, ministro Marco Aurélio, entendeu que não haveria a proteção penal para o feto anencéfalo. Cogitou-se de que, “por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida”. Mesmo que biologicamente vivo, seria “juridicamente morto”, não seria pessoa humana, mesmo que um ser humano. Mesmo na corrente vitoriosa, porém, houve divergência de fundamentação, com voto que não chegava a essas assertivas, preferindo enxergar no caso uma hipótese não prevista explicitamente pelo legislador de 1940 de isenção de punibilidade. Voto vencido do Ministro Cezar Peluso anotou que, nas audiências públicas havidas na Corte, colheram-se conclusões contraditórias para a questão da existência de atividades e ondas cerebrais no anencéfalo. Além disso, distinguiu morte encefálica de anencefalia. Argumentou que o crime contra a vida acontece com a eliminação da vida, descartada qualquer especulação sobre a sua viabilidade futura. Enfatizou que pelo simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana, deve ter assegurada a proteção do direito, independentemente de gozar de personalidade civil, devendo ser tratado como sujeito de direito, dotado da “dignidade advinda de sua incontestável ascendência e natureza humanas”. A seu ver, ademais, todas as hipóteses de risco de vida para a genitora já estão incluídas no caso legal do aborto terapêutico (MENDES; COELHO; BRANCO, 2017. p. 1370).

Para o autor citado anteriormente, o “aborto de feto anencéfalo” seria uma causa excludente de ilicitude, que não fora prevista no código de 1940, tendo em vista as dificuldades encontradas pela ciência da época.

O aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o

legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição (BEZERRA, 2013, *online*).

Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. O que já importa proclamar que se a gravidez “é destinada ao nada” – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence –, sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal (STF. 2012, *online*).

Independentemente de ser um fato atípico, ou excludente de ilicitude, é fato que o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura ativista ao utilizar a interpretação conforme a constituição sem redução do texto, uma vez que se excluiu uma interpretação dada ao crime de aborto. Tal entendimento é possível a partir do próprio acórdão da ADPF 54.

Vistos, relatados e discutidos esses autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Com efeito, não é técnico falar em aborto de feto anencéfalo, posto que, conforme disposto no acórdão da ADPF 54, foi excluída a interpretação da norma que relacionava a interrupção da gravidez com o aborto, inclusive a relação entre a interrupção e o aborto sentimental (128, II) e o aborto humanitário (128 I).

É possível relacionar a diferença com um caso concreto, por exemplo, no caso de estupro ocorre o aborto (tipo penal), porém há a excludente de ilicitude do art.128. Por outro lado, no caso do anencéfalo o próprio acórdão afasta qualquer interpretação que relacione aborto com a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo ao dizer: “declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, no acórdão, afastou inclusive a

interpretação de que seria uma excludente de ilicitude (art.128, I e 128, II).

A retirada do feto por médico habilitado constitui antecipação terapêutica do parto, e não aborto ao feitiço do Código Penal, crime cuja característica é a morte de feto viável para a vida extrauterina causada por procedimento abortivo. Na anencefalia, não há perspectiva de vida extrauterina, o que afasta a caracterização de aborto eugênico, inexistente seleção de fetos, ausente possibilidade de vida (STF, 2012, *online*).

Em que pese a existência do ativismo judicial nessa decisão, entende-se que esta se deu de forma acertada, até porque a maioria da população brasileira, inclusive dos religiosos (72% no caso das mulheres católicas), estavam de acordo com a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos (72% DAS CATÓLICAS, 2008, *online*).

Com efeito, acredita-se aqui poder se cogitar mesmo de *lacuna superveniente axiológica e tecnologicamente configurada*: a evolução normativa de princípios como dignidade humana e liberdade confere conforto jurídico à pretensão das gestantes, enquanto o avanço tecnológico da medicina na identificação da anencefalia permite seja o direito fundamental exercido com segurança empírica. Essas evoluções produziram o estado lacunoso e exigiram fosse o Direito movimentado. O Código Penal, no tocante à gestação de fetos anencéfalos, não poderia permanecer o mesmo! Porém, diante da inércia legislativa, mais uma vez, o avanço de institucionalização das novas condições partiu do Supremo Tribunal Federal. E a Corte agiu com pleno acerto. E com ativismo (CAMPOS, 2014).

### **2.3 ADPF 442**

Em 08 de março de 2017, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF 442), visando que a Suprema Corte, por meio do controle concentrado, declarasse inconstitucionais os artigos 124 e 126 do Código Penal que versam sobre o crime de aborto.

A ação foi impetrada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), com fundamento no fato de que os valores que justificaram a criminalização do aborto não mais se sustentam, tendo em vista a existência de um estado laico.

Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo

razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo: qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?

Além disso, o aborto seria praticado de forma corriqueira no Brasil, sendo considerado um fato e, portanto, a descriminalização da conduta seria benéfica para as mulheres brasileiras, posto que, teoricamente, teriam acesso a um aborto seguro, feito por médicos capacitados e em hospitais com qualidades mínimas exigidas para esse procedimento.

Porém, hoje, o Estado brasileiro torna a gravidez um dever, impondo-a às mulheres, em particular às mulheres negras e indígenas, nordestinas e pobres, o que muitas vezes traz graves consequências ao projeto de vida delas. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostra que, somente em 2015, 417 mil mulheres realizaram aborto no Brasil urbano e 503 mil mulheres em extrapolação para todo o país. Isso significa que cerca de uma mulher a cada minuto faz aborto no Brasil. O aborto é, portanto, um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras.

Ademais, o impetrante buscou no direito comparado inúmeras democracias em que essa conduta seria permitida a exemplo dos Estados Unidos, Colômbia, México e Portugal, e, portanto, deveria ser garantido também no Brasil.

As últimas décadas do século 20 foram o tempo da revisão constitucional do aborto em diferentes países democráticos. Alguns casos são paradigmáticos para a história do direito comparado, como a Alemanha e os Estados Unidos; outros casos são importantes para a compreensão de como as cortes constitucionais se estabeleceram como instância legítima para as interpelações constitucionais provocadas pela questão do aborto no espaço político, como ocorreu na França e, mais recentemente, na Colômbia, na Cidade do México (Distrito Federal do México) e em Portugal.

Segundo a parte autora, seria possível a realização do aborto até as 12 primeiras semanas de gravidez, tendo inclusive efetuado pedido liminar para suspender todas as prisões em flagrantes sobre o tema.

Apresentados os elementos que configuram a probabilidade do direito e o perigo do dano que autorizam a tutela de urgência, com base no art. 5º, caput, §3º da Lei n.º 9.882/99, pede-se que seja concedida medida liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais

que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal ora questionados a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. E que se reconheça o direito constitucional das mulheres de interromper a gestação, e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento.

A quantidade de semanas (12), estaria em conformidade com a maioria dos países que possuem uma legislação permissiva a prática do aborto, a exemplo de: Alemanha, Itália, Dinamarca, Suíça, a maioria dos Estados nos Estados Unidos, Canadá, Áustria, entre outros.

Ao longo dessa argumentação, diferentes métodos de interpretação constitucional levaram ao mesmo resultado: a inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Nesse contexto, é útil reconhecer a solução jurídica encontrada pela maioria dos países desenvolvidos e por um crescente número de países em desenvolvimento: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Cidade do México (México), Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guiana Francesa, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Moçambique, República Tcheca, Rússia, Suíça e Uruguai autorizam a interrupção da gestação por decisão da mulher até 12 semanas de gestação; na África do Sul, no Camboja, nos Países Baixos, na Romênia e na Suécia, o prazo varia entre 13 e 18 semanas; em países como Austrália, Canadá, China e Estados Unidos, o limite gestacional para aborto varia internamente, e em geral segue o marco temporal mínimo de 12 semanas.

Entretanto, em que pese os argumentos relevantes apresentados pela parte autora, aparentemente a mesma busca que o Supremo Tribunal Federal atue como espécie de legislador positivo, criando uma nova excludente de ilicitude para a realização do aborto. Sobre esse tema, vale retomar o voto da Ministra Ellen Gracie na ADPF 54 (STF, 2012, *online*):

Entendo não se tratar de matéria que se ajuste às hipóteses de cabimento da ADPF. Li e reli a bem lançada peça inaugural e devo dizer, não sem antes elogiar o engenho com que se houve seu ilustre autor, que nela vislumbro uma tentativa de artificiosa utilização do novo instituto, com um objetivo que nele, porém, não se comporta. O objeto da ação corresponde inegavelmente à tentativa de obter do Supremo Tribunal Federal manifestação jurisdicional que acrescente ao ordenamento penal uma nova hipótese de excludente de ilicitude da prática de abortamento.

Além disso, a tentativa de criar uma norma via controle de constitucionalidade é

ainda mais evidente quando o impetrante argumenta, com base no direito comparado, que a realização do aborto deveria se limitar a 12 semanas.

Efetuar tal limitação burlaria todo o processo legislativo e todo o debate, necessários à solução de um tema tão controverso quanto esse, sendo fato que compete ao Congresso Nacional, estipular, caso entenda cabível, o número de semanas em que a prática do aborto seria permitida, podendo escolher um prazo menor ou maior que 12 semanas, de acordo com o interesse da população e a soberania do país.

Além disso, a tentativa de usurpar a competência do Congresso Nacional se torna ainda mais evidente, diante do fato de que o ex-Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL-RJ), que, à época, integrava o quadro de parlamentares da parte autora (PSOL), apresentou Projeto De Lei, PL 882/2015, nos mesmos moldes da ADPF 442 impetrada cerca de dois anos depois, conforme se observa no Art.11 do referido projeto de lei: “Art. 11 - Toda mulher tem o direito a decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015, *online*).

Ademais, deve-se observar que a apresentação do PL 882/2015 se deu há mais de três anos sem que fosse levado à votação.

Desse fato, pode-se depreender que o Poder Legislativo, em geral, entende que a legalização do aborto não está entre uma das prioridades a serem enfrentadas no presente momento, configurando, na verdade, uma tentativa de acelerar a aprovação de um tema sem que ele passe pelo órgão competente. Nesse sentido, discorreu a ministra Ellen Gracie na ADPF supramencionada (STF, 2012, *online*):

Não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não punição de aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência. (...) Assim sendo, não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme a Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra de excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional.

Por fim, diferentemente do que ocorreu no julgamento do feto anencéfalo, em que

a maioria da população, segundo pesquisas, concordava com a antecipação terapêutica do parto, não se vê unanimidade quanto ao “aborto comum”.

Segundo pesquisa realizada pelo Ibope, cerca de 80% da população é contrária a legalização do aborto. Conceder tal possibilidade via controle judicial seria não só violar a competência do Congresso Nacional, mas também ignorar a opinião de cerca de 80% da população nacional, transformando o Supremo Tribunal Federal em um “verdadeiro” legislador positivo (BRAMATTI; TOLEDO, 2014, *online*).

### **3 HABEAS CORPUS N° 124306**

Em 29 de novembro de 2016 a Primeira Turma Do Supremo Federal julgou o Habeas Corpus 124306, no qual firmou, de certo modo, entendimento de que o crime de aborto é incompatível com os direitos sexuais, reprodutivos, psicológicos da mulher, bem como diversos outros princípios presentes no ordenamento jurídico como o princípio da isonomia.

O processo teve início em 2013, com a prática do crime de aborto consentido pela gestante cumulado com formação de quadrilha.

Inicialmente, o juízo de primeiro grau conferiu liberdade provisória aos réus com fundamento no fato de que os crimes seriam de médio potencial ofensivo e com penas brandas. Dessa decisão, o Ministério Público do Rio de Janeiro apresentou recurso que, ao ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, determinou a aplicação da prisão preventiva. Decisão que também foi mantida pelo STJ.

Ocorre que a defesa apresentou Habeas Corpus no STF, o qual foi distribuído ao ministro Marco Aurélio, que deferiu cautelar no sentido de revogar a prisão preventiva.

Posteriormente, o ministro Luís Barroso pediu voto vista no qual entendeu pelo não conhecimento do HC, por se tratar de substitutivo de recurso (no caso Recurso Extraordinário), entretanto concedeu a ordem de ofício, posição que foi acompanhada pelos demais ministros (Edson Fachin, Luiz Fux, Rosa Weber) no sentido de revogar a preventiva (1ª TURMA, 2016, *online*).

Em que pese ter apenas se limitado a revogar a prisão preventiva, o voto vencedor proferido pelo ministro Luís Barroso merece especial destaque por ter sido uma decisão marcadamente ativista, posto que discorreu acerca da possibilidade da prática do aborto até o terceiro mês de gestação, ultrapassando as razões da revogação da prisão cautelar,

quais sejam a ausência de risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312), uma vez que os acusados eram primários, possuíam residência fixa, bons antecedentes, etc.

Inicialmente o ministro fundamenta a necessidade de descriminalização do aborto diante do fato que o Estado não pode obrigar a mulher a manter uma gravidez indesejada e que, diante do fato de que “homens não engravidam”, haveria uma ofensa ao princípio da isonomia e, por conseguinte, aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (STF, 2016, *online*).

O primeiro ponto ativista que pode ser observado foi a ocorrência do chamado “Ativismo Judicial Metodológico (interpretativo)”, uma vez que o órgão judicial se utilizou de conceitos jurídicos vagos como o dos “direitos sexuais e reprodutivos”, bem como “igualdade da mulher”, para permitir a prática do aborto, proibida expressamente pelo Código Penal brasileiro. Nesse sentido, conforme já exposto, ensina Daniel Sarmiento (ano, p. 40-41):

[...] Será então ativista, porque naturalmente dotada de alto teor de criatividade normativa, toda decisão judicial expansiva dos significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de regular diretamente condutas concretas, excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático, criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos.

Além disso, observa-se no referido voto uma “visão de mundo” do Ministro no sentido de que o Estado não se poderia proibir a prática do aborto, uma vez que estaria intervindo no direito reprodutivo da mulher.

Ocorre que essa posição não se coaduna com a sociedade brasileira, a qual em sua maioria (Cerca de 80% segundo o IBOPE) é contra a legalização do aborto, entendendo, portanto, que o Estado deve sim limitar a prática dessa conduta.

Por isso, não há que se falar em interpretação conforme a Constituição, principalmente se observarmos os ensinamentos de Ferdinand Lassale (2002, p. 68), para

o qual “De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”

De nada adianta cinco ministros criarem jurisprudência acerca da possibilidade da prática do aborto se nem o Congresso, nem a maioria da população entendem que essa conduta se aplica à realidade brasileira, ficando configurado, assim, uma atuação do STF como legislador positivo.

Além disso, há a prática da chamada decisão maximalista, criticada por Cass Sustein (1999, p. 3-10), posto que o Supremo Tribunal Federal divagou por questões anexas que nada tinham ou pouco tinham a ver com a questão objeto do *habeas corpus* (a manutenção ou não dos requisitos ensejadores da prisão preventiva), a exemplo de meios mais eficazes de combate ao aborto, que, evidentemente, possuem natureza de políticas públicas, extrapolando a competência do Poder Judiciário. Vejamos:

É possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (STF, 2016, *online*)”.

Nesse sentido, Alexandre Campos (2014, *ebook*) baseando-se em Cass Sustein, ensina que a decisão maximalista é em verdade “mais uma soma de opiniões individuais do que uma solução”.

A postura maximalista tem sido constante para muitos ministros, o que acaba repercutindo negativamente nas decisões definitivas e isso porque elas são muito mais a soma de opiniões individuais do que soluções construídas “de forma *clara, objetiva, institucional* e, sempre que possível, *única*”, que reflitam uma posição do Supremo como instituição (CAMPOS, 2014, *ebook*).

O caráter opinativo da decisão do ministro é perceptível ao “dizer que os malefícios do aborto são superiores aos benefícios” e também ao dizer “já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria” (STF, 2016, *online*).

Ademais, segundo explica o ministro Moreira Alves, ao realizar a interpretação conforme a Constituição, o intérprete se depara com dois limites: a literalidade da lei e o objetivo perseguido pelo legislador ao criar a norma (STF, 1988).

Esse entendimento decorre do fato de que a “interpretação conforme a Constituição” é uma técnica de decisão e não simplesmente uma mera técnica de interpretação, isso evitaria que o tribunal agisse como legislador positivo.

Com isso, a decisão violou também os pressupostos básicos da interpretação conforme a Constituição, posto que é evidente que além de violar a literalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, violou também o objetivo do legislador, qual seja proteger a integridade do feto.

Por fim, a referida decisão apesar de não ter efeito vinculante e de não ter absolvido os réus, tendo apenas revogado a preventiva, criou atrito entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, tendo sido criada comissão especial para incluir na Constituição federal disposição mais rígida sobre o aborto. Sobre esse tema, disse o Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia: “Sempre que o Supremo legislar, nós vamos deliberar sobre o assunto” (SIQUEIRA, 2016, *online*).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A jurisprudência brasileira tem evoluído bastante acerca da legitimidade da atuação positiva por parte do Poder Judiciário.

O tema é atual e bastante complexo, por isso a doutrina não é unânime acerca da legitimidade desse instituto. Portanto, essa atuação não pode ser classificada inteiramente como benéfica ou maléfica, uma vez que, se por um lado o judiciário supre um processo legislativo moroso, dando a solução ao caso diante de uma omissão legislativa, muitas vezes solucionando questões óbvias a exemplo do casamento entre homossexuais, feto anencéfalo e do nepotismo; por outro, o ativismo judicial pode acabar violando o princípio da separação dos poderes, invadindo a competência do Poder Legislativo, como no caso da ADPF 442 e do HC 124306, que visam a legalização do aborto, posto que tal conduta, além de ser proibida expressamente em lei, não constitui a vontade da maioria da população brasileira no cenário atual.

Legalizar tal instituto por meio de uma decisão de 11 ministros não eleitos traria inúmeros problemas ao Estado Democrático de Direito, posto que, além de não ser o desejo da maioria da população brasileira, tal atitude, “tolheria” do Poder Legislativo o direito de debater um tema complexo e delicado como o aborto, e, por conseguinte, de amadurecer a democracia do país que só tende a crescer com a superação desse tema.

Por fim, conclui-se que a viabilidade, ou não, do ativismo judicial só é possível de conhecer diante do caso concreto. Há decisões com maior ou menor grau de ativismo, devendo o interprete sempre tomar cuidado para não acabar por esvaziar a competência do Poder Legislativo que, evidentemente, é o órgão legitimado para a criação, alteração ou revogação das leis, principalmente se a temática envolver questões polêmicas que, por sua natureza, necessitam de um maior debate, o qual só pode ser feito no âmbito do Congresso Nacional.

## 5 REFERÊNCIAS

1ª TURMA afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. **Notícias STF**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 19 set 2018.

72% DAS CATÓLICAS apóiam aborto de anencéfalo, mostra pesquisa Ibope. **IG**, 2008. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/72-das-catolicas-apoiam-aborto-de-anencefalo-mostra-pesquisa-ibope/n1237651926037.html>>. Acesso em: 20 set 2018.

BASILE, Juliano. STF tem ativismo sem paralelo, diz J. J. Gomes Canotilho. **Jusbrasil**, 2009. Disponível em: <<https://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/1994012/stf-tem-ativismo-sem-paralelo-diz-j-j-gomes-canotilho>>. Acesso em: 19 set 2018.

BEZERRA, Elton. Leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo. **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stf-autoriza-interruptao-gravidez-anencefalo>>. Acesso em: 19 set 2018.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**. Vol.2, parte especial: Dos Crimes Contra a Pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAMATTI, Daniel; TOLEDO, José Roberto de. Ibope: Quase 80% são contra legalizar maconha e aborto. **Estadão Conteúdo**, 2014. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ibope-quase-80-sao-contralegalizar-maconha-e-aborto,1554665>>. Acesso em: 18 set 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 882**. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. 2015. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 20 set 2018.

CAMPOS, C. A. D. A. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. *In: Revista de Administração de Empresas - RAE*, v.35, n.2, mar./abr., 1995, p.57-63.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes? **Revista eletrônica Universo Jurídico**. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/oseias-de-paula/artigos/ativismo-judicial-impacto-das-decisoes-criativas-do-supremo-tribunal-federal-para-o-equilibrio-do-sistema-politico-brasileiro-em-face-di-principio-da-seoaracao-de-poderes-4086>>. Acesso em: 18 out 2018.

GRECCO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais e estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.

SIQUEIRA, Carol. Depois de decisão do STF sobre aborto, Maia cria Comissão para discutir tema. **Câmara dos Deputados**, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/520372-DEPOIS-DE-DECISAO-DO-STF-SOBRE-ABORTO,-MAIA-CRIA-COMISSAO-PARA-DISCUITIR-TEMA.html>>. Acesso em: 19 set 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 442. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 20 set 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação: 23/04/2012. Disponível em: [https://migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art29139593-03.pdf](https://migalhas.com.br/arquivo_artigo/art29139593-03.pdf)>. Acesso em: 20 set 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 124306. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <[https://migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art29139593-03.pdf](https://migalhas.com.br/arquivo_artigo/art29139593-03.pdf)>. Acesso em: 20 set 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Representação de Inconstitucionalidade 1417-7/DF. Rel: Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988.

**\*Submetido em 12 dez. 2019. Aceito em 07 fev. 2020**