



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº
442

Arguente: Partido Socialismo e Liberdade

Arguido: Presidente da República

Relatora: Ministra Rosa Weber

Penal. Criminalização do aborto. Pedido de declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição de 1988 para excluir do âmbito de incidência desses dispositivos legais a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas. Alegada violação aos artigos 1º, incisos I e II; 3º, inciso IV; 5º, caput e incisos I e II; 6º, caput; 196; e 226, § 7º, da Constituição da República. Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido de atuação desse Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Mérito. O aborto não foi diretamente disciplinado pela Carta Magna, não sendo possível inferir do seu texto a existência de suposto direito constitucional ao aborto. Análise dos precedentes desse Supremo Tribunal Federal, da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria. Decisão validamente adotada pelo legislador no sentido de conferir prevalência, em regra, ao direito à vida do feto sobre o direito à liberdade de escolha da mulher. Ausência de afronta aos preceitos constitucionais suscitados como parâmetros de controle. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A Advogada-Geral da União vem, em atenção ao despacho

proferido pela Ministra Relatora Rosa Weber em 27 de março de 2017, manifestar-se quanto à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

I – DA ARGUIÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, tendo por objeto os artigos 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), que possuem o seguinte teor:

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

Pena - detenção, de um a três anos.

(...)

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

O arguente afirma, inicialmente, que as razões jurídicas que levaram à criminalização do aborto pelo Código Penal, em 1940, não mais se sustentariam diante dos preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º, incisos I e II; 3º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos I e II; 6º, *caput*; 196; e 226, § 7º, todos da Constituição da República¹.

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania.”

Desse modo, o autor argumenta que a questão acerca do aborto deveria ser pensada à luz das evidências científicas que “*apontam para os sentidos de justiça da criminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos.*” (fl. 02 da petição inicial).

Em seu entendimento, a longa persistência da criminalização do aborto seria um meio de utilização do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável, na medida em que impor a às mulheres o dever de prosseguir com uma gravidez indesejada. Menciona que a Pesquisa Nacional do Aborto 2016 apontaria que, somente no ano de 2015, 503.000 (quinhentas e três mil) mulheres interromperam voluntariamente a gravidez no Brasil, concluindo que “*o aborto é, portanto, um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras.*” (fl. 03 da petição inicial).

Ademais, o autor afirma que “*a desigualdade racial e de classe no*

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 226. (...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

exercício do direito de determinar se gostaria de ter e quando seria o melhor momento para o nascimento de filhos torna o aborto um evento mais comum na vida de mulheres que vivenciam maior vulnerabilidade social: 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto na vida, ao passo que 9% das mulheres brancas o fizeram”, concluindo que “é principalmente para as mulheres negras e indígenas, pobres e menos escolarizadas que os efeitos punitivos do aborto resultariam em prisão.” (fls. 03/04 da petição inicial).

No intuito de ressaltar o papel da jurisdição constitucional no deslinde da controvérsia, o autor menciona casos em que cortes constitucionais estrangeiras discutiram o aborto nas últimas décadas do século XX. A propósito, afirma que a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Roe v. Wade* (1973), teria utilizado o critério do marco dos trimestres para estabelecer que “quanto mais imaturo o feto maior o respeito ao direito de privacidade das mulheres” (fl. 16 da petição inicial). Assim, teria decidido que, no primeiro trimestre, não caberia interferência legal na decisão das mulheres; no segundo trimestre, poderia haver regulação do procedimento médico para proteger a saúde da mulher, porém não para limitar seu direito de escolha; e, no terceiro trimestre, as leis estaduais poderiam restringir o acesso ao aborto, salvo se houvesse risco à vida ou à saúde da mulher.

O autor ressalta, ainda, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), teria declarado a constitucionalidade da opção governamental de priorizar políticas públicas para a gravidez em detrimento de políticas de saúde para o aborto. Em seguida, em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), a Suprema Corte americana teria estabelecido como parâmetro do direito ao aborto a proibição aos “obstáculos indevidos”, de modo que prevaleceriam os termos das

legislações estaduais, e não mais o marco dos trimestres, desde que aquelas leis não criassem barreiras injustas às mulheres nos primeiros estágios da gravidez.

Ademais, o arguente menciona que, no caso conhecido como *Aborto I* (1975), a Corte Constitucional da então Alemanha Ocidental teria revogado lei que permitia o aborto até a 12ª (décima segunda) semana de gravidez. Entretanto, após a unificação, no ano de 1992, o Parlamento alemão teria aprovado nova lei de semelhante teor, a qual desencadeara o litígio conhecido como *Aborto II*, em que “*a Corte Constitucional fez um julgamento abstrato da lei e manteve o aborto na condição de crime sem punição. A partir de então, na Alemanha, se a mulher se submeter a aconselhamento e receber um certificado, estará livre para realizá-lo até o limite de 12 semanas.*” (fl. 19 da petição inicial).

Prossegue o autor, afirmando que, na Colômbia, a sentença C-355/2006 de sua Corte Constitucional teria permitido o aborto em três condições: se a vida ou saúde da mulher estiver em perigo; se a gravidez for resultado de estupro ou incesto; e se houver malformação fetal que não permita a sobrevivência extrauterina do feto.

O autor cita, ainda, decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos segundo as quais “*a proteção de direito à vida ‘em geral, desde o momento da concepção’, tal como previsto no Pacto de São José da Costa Rica, não autoriza a equiparação de um embrião a uma pessoa e que a proteção à vida tem que ser gradual, de forma a ser compatível com a realização de outros direitos*” (fl. 24 da petição inicial).

No Brasil, menciona que esse Supremo Tribunal Federal, no

juízo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, teria declarado inconstitucional a interpretação no sentido de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada no Código Penal. Destaca que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, essa Suprema Corte teria reconhecido a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida.

Ademais, ressalta que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306, a maioria da Primeira Turma desse Supremo Tribunal Federal teria seguido o voto-vista proferido pelo Ministro Roberto Barroso, que, de forma incidental, concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado nos 03 (três) primeiros meses de gravidez.

Assim, o autor argumenta que, no caso do deferimento da pretensão deduzida na presente arguição, essa Suprema Corte exerceria o seu papel de proteção de grupos vulneráveis, seguindo as premissas firmadas nas decisões anteriores. Sustenta, nesse sentido, que “*não é pela representação política que a Corte assenta a legitimidade de suas decisões, mas pela representação argumentativa do cidadão*” (fl. 29 da petição inicial).

O requerente discorre, ainda, sobre como, em seu entendimento, a criminalização generalizada do aborto voluntário violaria os preceitos fundamentais utilizados como parâmetros de controle. Em primeiro lugar, alega que “*afirmar o valor intrínseco do humano no embrião ou feto não é o mesmo que afirmar o estatuto de pessoa constitucional*”, concluindo que, da leitura conjunta da Constituição Federal e das decisões dessa Suprema Corte, “o estatuto de pessoa constitucional inicia-se no nascimento com potência de sobrevivência, mesmo com auxílio de complexas tecnologias biomédicas.” (fl. 35 da

petição inicial).

Portanto, na ponderação entre a dignidade como valor intrínseco pertencente ao embrião e a dignidade como autonomia consistente na cidadania das mulheres, deveria prevalecer esta última, não havendo “*conflito entre direitos fundamentais, dada a impossibilidade de se imputar direitos fundamentais ao embrião ou feto.*” (fl. 45 da petição inicial).

Nessa linha, afirma que, “*porque somente mulheres engravidam, o direito ao aborto é uma condição de possibilidade para o exercício da cidadania de cada mulher*”, assim como que “*não importam as concepções de bem íntimas a cada mulher; direito ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida.*” (fl. 39). Conclui, assim, que impor uma gravidez coercitiva às mulheres ofenderia sua dignidade, na dimensão do respeito à sua autonomia.

O autor acrescenta que a descriminalização do aborto teria como consequência a redução de gestações indesejadas e, também, do número de casos de aborto. Afirma, também, que a negação do direito ao aborto causaria sofrimento agudo às mulheres, o qual poderia ser equiparado a tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante, que seria evitável caso não houvesse tal proibição.

Além disso, aduz que a manutenção da criminalização do aborto não atenderia ao princípio da proporcionalidade, sob qualquer de suas perspectivas. No que se refere ao teste da adequação, afirma que não haveria objetivo legítimo para a criminalização, considerando que a medida não se mostraria capaz de impedir a prática que busca coibir, servindo, apenas, para forçar as mulheres aos riscos da clandestinidade.

Quanto à necessidade, alega que os países com legislação menos restritiva apresentariam taxas decrescentes de aborto, ressaltando que a tutela penal dos bens jurídicos deve ser estabelecida apenas subsidiariamente. Apresenta dados da última Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS 2006) que conduziram à conclusão de que “*o Estado falha em oferecer políticas adequadas em saúde que poderiam garantir às mulheres condições para evitar um aborto e, portanto, proteger o valor intrínseco do humano no embrião ou feto – e criminaliza as mulheres pela mesma razão.*” (fl. 53 da petição inicial).

Em relação ao parâmetro da proporcionalidade estrita, afirma que os impactos negativos nos direitos fundamentais das mulheres superariam os impactos positivos da criminalização do aborto para a proteção do valor intrínseco do humano de embriões ou fetos. Conclui, assim, que “*a criminalização do aborto não protege o direito à vida, apenas subjuga mulheres, em particular as jovens, negras e indígenas, pobres e nordestinas.*” (fl. 57 da petição inicial).

Em síntese, o requerente assevera que a criminalização indiscriminada do aborto violaria os preceitos fundamentais indicados como parâmetros de controle, na medida em que promoveria tutela penal desprovida de objetivos constitucionais legítimos, desrespeitando princípios fundamentais republicanos e direitos constitucionais das mulheres.

Diante disso, o autor requer a concessão de medida cautelar “*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.” (fl. 60 da petição inicial).

Quanto ao mérito, pleiteia que essa Suprema Corte “*declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência 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.*” (fl. 61 da petição inicial).

O processo foi despachado pela Ministra Relatora Rosa Weber, que, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, solicitou informações prévias ao Presidente da República, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, bem como a oitiva da Advogada-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade das disposições atacadas, tendo afirmado que haveria, quanto ao aborto, um desacordo moral razoável, de modo que a decisão sobre sua descriminalização caberia ao Poder Legislativo, na condição de representante de toda a sociedade.

Alegou, ainda, que a eventual procedência da presente arguição

criaria uma hipótese de exclusão do crime de aborto, o que, em respeito ao pluralismo político, só poderia ser feito pelo Congresso Nacional. Ademais, aduziu que os precedentes desse Supremo Tribunal Federal mencionados pelo requerente seriam inaplicáveis na espécie, bem como que não estaria caracterizada a situação de urgência necessária à concessão da medida cautelar pleiteada.

O Senado Federal, em suas informações, ressaltou que a legislação infraconstitucional protegeria os direitos do feto viável (em especial, o artigo 2º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil²), sendo que eventual alteração desse entendimento “*está sendo discutida pelas Casas do Congresso Nacional por intermédio dos parlamentares eleitos pelo povo, com a participação da sociedade, por meio de consultas e audiências públicas.*” (fl. 03 das informações prestadas).

Por sua vez, a Câmara dos Deputados sustentou que as normas impugnadas se encontram em vigor há quase oito décadas, o que descaracterizaria o *periculum in mora* necessário à concessão da medida cautelar pleiteada. Conquanto considere o direito à vida intrauterina como não absoluto, aduziu que “*a prática do crime de aborto significa atentar contra a vida, direito fundamental inviolável, resguardado pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal – CF, dispositivo este que não faz distinção entre a vida extra e intrauterina.*” (fl. 03 das informações prestadas).

Além disso, a requerida alegou que o legislador já teria disciplinado os casos em que o aborto seria permitido (abortos terapêutico e sentimental),

² “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

ressaltando que a decisão proferida por esse Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 teria se baseado na ausência de potencialidade de vida do feto anencefálico, hipótese, essa, que seria diversa da discutida na presente arguição.

Por fim, argumentou que a eventual atuação desse Supremo Tribunal Federal no sentido de descriminalizar a conduta de aborto violaria os princípios da separação de Poderes e da soberania popular, considerando que “*a vontade do legislador deve ser observada, haja vista que representa a vontade do povo.*” (fl. 04 das informações prestadas). A propósito, a requerida afirmou que, ao analisar o Projeto de Lei nº 1.135/1991, a Câmara dos Deputados teria rejeitado a descriminalização do aborto, ressaltando a existência de diversas proposições em tramitação na referida Casa Legislativa que preveriam a proteção da vida desde a concepção.

O Partido Social Cristão – PSC, a União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP e o Instituto de Defesa da Vida e da Família – IDVF requereram ingresso no feito na condição de *amici curiae*.

Na sequência, vieram os autos para a manifestação da Advogada-Geral da União.

II – PRELIMINAR: DA IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DESSE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

Conforme narrado, o requerente pretende que essa Suprema Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República, de modo a definir que não constitui crime a

interrupção voluntária da gravidez realizada até a 12ª (décima segunda) semana de gestação.

Observa-se, assim, que o autor não se limita a provocar a função de legislador negativo que cabe a esse Supremo Tribunal Federal exercer no controle concentrado de constitucionalidade. O requerente pretende, como se nota, que esse Pretório Excelso atue como legislador positivo para criar um critério excludente de tipicidade formal que não foi estabelecido pelo legislador, o que se revela inviável em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES.

(ADO nº 22, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 22/04/2015, Publicação em 03/08/2015; grifou-se);

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. MATÉRIA JÁ APRECIADA PELO TRIBUNAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 10.034/00. QUESTÃO DE *LEGE FERENDA*. FUNÇÃO DE LEGISLADOR POSITIVO DE QUE NÃO SE REVESTE O PODER JUDICIÁRIO. 1. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal faculta ao Relator julgar prejudicado o pedido por perda do objeto (RISTF, artigo 21, IX). 2. Perde o objeto o pedido liminar que impugna dispositivo de vigência suspensa em cautelar já apreciada. 3. A superveniência de diploma legal excetuando a restrição de que trata a norma impugnada não altera o entendimento anteriormente firmado pelo Tribunal. 4.

Alegação de que a norma não estende os benefícios fiscais a todas as categorias profissionais constitui-se em questão de *lege ferenda*. **5. O controle da constitucionalidade das leis não atribui ao Poder Judiciário funções de legislador positivo.** Agravo não provido. (ADI nº 2554 AgR, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/05/2002, Publicação em 13/09/2002; grifou-se);

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – IMPOSTO DE RENDA – CONTRIBUINTE PESSOA FÍSICA – **IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO, ATUANDO COMO LEGISLADOR POSITIVO, ESTABELECEM, DE MODO INOVADOR, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO PRÓPRIO, ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DA TABELA PROGRESSIVA DE INCIDÊNCIA DO TRIBUTO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL JUSTIFICADA, NO CASO, PELA EXISTÊNCIA DE “TRABALHO ADICIONAL” PRODUZIDO PELA PARTE VENCEDORA (CPC/15, ART. 85, § 11) – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA (10%) – PERCENTUAL (10%) QUE INCIDE SOBRE A VERBA HONORÁRIA POR ÚLTIMO ARBITRADA – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC/15 – A EVENTUAL CONCESSÃO DA GRATUIDADE NÃO EXONERA O BENEFICIÁRIO DOS ENCARGOS FINANCEIROS DECORRENTES DE SUA SUCUMBÊNCIA (CPC/15, ART. 98, § 2º) – INCIDÊNCIA, NO ENTANTO, QUANTO À EXIGIBILIDADE DE TAIS VERBAS, DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA A QUE SE REFERE O § 3º DO ART. 98 DO CPC/15 – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.**

(ARE nº 986252 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 09/12/2016, Publicação em 21/02/2017; grifou-se);

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. **Arguição de inconstitucionalidade da expressão “um terço” do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do artigo 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**, ou quando não, do artigo 47, incisos I, III, V e VI, exceto suas alíneas “a” e “b” de seu § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do artigo 19 da Instrução nº 35 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL, aprovada pela Resolução nº 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei 9.504/97 atacados. - Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei 9.504/97 também impugnados, a arguição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto. - **Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida**

como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. - No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo. **Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.** (ADI nº 1822, Relator: Ministro Moreira Alves, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 26/06/1998, Publicação em 10/12/1999; grifou-se).

Por oportuno, confira-se excerto do voto condutor proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1822:

Ora, quanto ao primeiro pedido, a arguição de inconstitucionalidade visa a que, se ela for acolhida, reste, de todos os dispositivos atacados, apenas a expressão “igualmente” no inciso I do § 2º do artigo 47 da Lei 9.504/97, o que implicará que se fará igualmente, entre os Partidos Políticos e suas coligações, a distribuição dos horários de propaganda gratuita pelo rádio e pela televisão. Não podendo o pedido do requerente ser ampliado para alcançar todo o sistema dessa distribuição estabelecido pelos dispositivos impugnados nessa primeira alternativa, **pretende ele, com a declaração de inconstitucionalidade como requerida, modificar o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.** (Grifou-se).

De fato, a decisão adotada pelo legislador quanto à matéria em exame foi no sentido de criminalizar a prática do aborto, tendo excluído, contudo, a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez em situações expressamente especificadas no texto legal. A esse respeito, o artigo 128 do Código Penal dispõe que não se pune o aborto praticado por profissional de

saúde nos casos de gravidez resultante de estupro e de inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante. Veja-se:

Art. 128 - 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.

Como se nota, o legislador federal não é omissor quanto ao tema, tendo fixado todas as hipóteses de aborto que, a seu ver, não devem se sujeitar ao poder punitivo do Estado. A criação de nova modalidade de aborto admissível no Brasil dependeria, portanto, de alteração da legislação penal, o que não pode ser realizado mediante decisão do Poder Judiciário, sob pena de desvirtuamento da opção política adotada pelo legislador.

Ressalte-se, outrossim, que a medida ora postulada pelo requerente é essencialmente distinta da declaração proferida por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, razão pela qual não se justifica a pretendida equiparação entre tais situações.

De fato, na Arguição de Descumprimento nº 54, essa Suprema Corte declarou ser inválida a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico constituiria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Essa conclusão derivou de mera interpretação conferida ao texto desses dispositivos legais, que versam sobre a tipificação de

crimes contra a vida, ao passo que, “*no caso do anencéfalo, (...) não existe vida possível*”³.

Em tal ocasião, o Ministro Cezar Peluso ressaltou que tudo indicava que a anencefalia somente não havia sido incluída pelo legislador no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época da edição do Código Penal. Com efeito, a tecnologia disponível na década de 1940 não permitia à medicina diagnosticar, com o nível de segurança necessário, a ocorrência de tais anomalias capazes de inviabilizar a vida do feto.

De modo diverso, não se atinge conclusão semelhante quanto ao pleito do autor da presente arguição, que não encontra respaldo em nenhum tipo de avanço tecnológico, mas deriva da evidente intenção de modificar, pela via jurisdicional, as regras penais vigentes.

Na espécie, o pedido formulado pelo requerente não é de mera interpretação do texto legal em vigor, mas de efetiva criação de uma nova hipótese de excludente de tipicidade, consistente na fixação de um prazo no qual a realização do aborto passaria a ser admissível. Trata-se, como se nota, de verdadeira inovação legislativa, com o estabelecimento de um período de licença para a realização do aborto, em substituição à explícita decisão legislativa de manter a tipificação penal de tal conduta.

Desse modo, o eventual acolhimento do pedido formulado na presente arguição, o que se admite por mera hipótese, implicaria violação ao princípio da separação de Poderes, uma vez que a atuação do Poder Judiciário na condição de legislador positivo afrontaria a independência conferida ao Poder

³ Excerto do voto condutor proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio nos autos da ADPF nº 54, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/04/2012, Publicação em 30/04/2013.

Legislativo para o exercício de sua função precípua de legislar. Confira-se, a propósito, o entendimento dessa Suprema Corte:

(...) O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - **Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.** (RE nº 322.348 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/11/2002, Publicação em 06/12/2002; grifou-se).

Assim, como a interpretação pretendida pelo autor não pode ser extraída do texto das normas impugnadas, a pretensão veiculada na presente arguição revela-se juridicamente impossível.

III – DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

III.I – Da ausência de fumus boni iuris

Como visto, o autor alega que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez realizada até a 12^a (décima segunda) semana de gestação implicaria violação aos artigos 1º, incisos I e II; 3º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos I e II; 6º, *caput*; 196 e 226, § 7º, todos da Carta Magna.

As alegações veiculadas na petição inicial são, entretanto, insubsistentes, conforme demonstrado a seguir.

III.I.I – Da inexistência de disposição constitucional a respeito do aborto

Inicialmente, cumpre ressaltar que, diversamente do que alega o autor, a Constituição da República não contém disposição que, explícita ou implicitamente, autorize a prática do aborto até determinado período da gestação. Não há, em outros termos, um suposto direito constitucional da mulher ao aborto.

De fato, a análise dos trabalhos desenvolvidos no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 revela sua decisão de não constitucionalizar o tema referente ao aborto. Após debaterem o assunto em diversas oportunidades, os parlamentares acordaram em resguardar a competência do legislador ordinário para disciplinar a matéria, uma vez que não seria conveniente consolidar semelhante regramento no Texto Constitucional.

Nessa linha, a Deputada Constituinte Lídice da Mata, por ocasião da votação, em primeiro turno, do Projeto de Constituição, esclareceu o seguinte:

É preciso entender que essa discussão não está suficientemente amadurecida no seio da sociedade brasileira de modo a que possamos ser tão definitivos diante dela. Este é um debate que se trava em todas as comunidades científicas do País, nos movimentos de mulheres, nos ambientes mais sofridos do nosso povo. Os índices de aborto no Brasil estão concentrados exatamente nas mulheres empobrecidas e jovens, que ainda não conhecem o seu corpo, a sua sexualidade, não podendo, portanto, evitar a gravidez. **Nós, mulheres, na Constituinte, chegamos a uma posição que nos conseguiu unir: a de entender que não está amadurecida, nem mesmo entre nós, mulheres, a discussão do aborto. A maioria das Constituições do mundo não trata desta questão.** O direito à vida, que defendemos, é o direito da mulher brasileira à sobrevivência, a ter os seus filhos em situação decente e a conseguir sobreviver. E para isso precisamos dar-lhe o direito de impedir essa gravidez no caso em que a mulher é estuprada e repudia essa ação, e quando ela não tem condições de ter o filho. Precisamos permitir que a mulher brasileira tenha o direito, **nas situações em que os médicos indicarem, de interromper a gravidez para salvar a sua própria vida, que dará origem a outras vidas em situações diferentes.**

É neste sentido que a bancada das mulheres, não de forma unânime, mas majoritária, vem insistindo junto a diversos companheiros Constituintes para que haja um entendimento. Não podemos deixar passar uma formulação não definitiva em relação a esta questão da sociedade brasileira, porque isso significaria um retrocesso, sem dúvida, alguma grave, na legislação. **A questão deve continuar a ser tratada no Código Penal.** (Palmas.)⁴

De modo semelhante, em discurso pronunciado em 22 de fevereiro de 1988, a Deputada Constituinte Abigail Feitosa asseverou que:

O aborto não coloca a mulher mais liberada. Aqui discuto e discordo do nobre Constituinte José Genoíno: primeiro, porque **foi um acordo de toda a bancada das mulheres, que esse assunto não viria a ser constitucional.**⁵

⁴ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano II, nº 175, 02 de fev. 1988, p. 6772. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/175anc02fev1988.pdf#page=>>>. Acesso em 13 de abril de 2017; grifou-se.

⁵ Mulheres Constituintes de 1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011, p. 16. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-constituente/mulheres-constituintes-de-1988>>>. Acesso em 17 de abril de 2017; grifou-se.

A opção dos constituintes por não constitucionalizar a disciplina normativa aplicável ao aborto também foi retratada pelo Deputado Bernardo Cabral, responsável pela relatoria da Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. Confira-se:

Peço-lhes atenção para um argumento que, **desde as Subcomissões, comissões temáticas, passando pela Comissão de Sistematização, tende a transferir para a legislação ordinária a competência para legislar sobre o assunto.** Nem proibir um nem permitir outro. (Palmas.)

(...)

Aí está resolvida a questão, sem que possamos infletir para o caminho terrível do crime inafiançável. Esta Casa deve ser imparcial no que diz respeito às razões religiosas, sem entrar no mérito da questão. **Deixemos, portanto, essa decisão a legislação ordinária, que tem demonstrado ser sábia no particular.**⁶

Percebe-se, assim, que a ausência de disposição constitucional a respeito do aborto não derivou de suposto descuido ou omissão dos parlamentares. Tem-se, na verdade, uma clara decisão do Poder Constituinte originário no sentido de delegar, ao legislador infraconstitucional, a competência para dispor sobre o tema, mantendo, desse modo, a vigência da legislação pré-constitucional.

Ademais, desde a promulgação da Carta de 1988, o aborto tem sido objeto de reiterados debates pelo Congresso Nacional, o qual, como dito, não permaneceu inerte sobre a matéria.

Com efeito, na Câmara dos Deputados, verifica-se, de um lado, a existência de proposições tendentes a descriminalizar o aborto voluntário em qualquer hipótese, a exemplo do Projeto de Lei nº 882, de 24 de março de 2015,

⁶ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano II, nº 175, 02 de fev. 1988, p. 6772. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/175anc02fev1988.pdf#page=>>>. Acesso em 13 de abril de 2017.

de autoria de deputado integrante do partido que figura como autor na presente arguição. Referida proposta legislativa “*estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências*”, dentre as quais se destaca a revogação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal⁷.

Por outro lado, tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 489, de 20 de março de 2007, que “*dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências*”, com o objetivo de classificar o aborto como crime hediondo, bem como de criar a figura do aborto culposo. Por sua vez, o Projeto de Lei nº 5.069, de 27 de fevereiro de 2013, pretende tipificar “*(...) como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto*”.

No intuito de salientar a permanência e a iteratividade do tema do aborto na pauta da Câmara dos Deputados, vale mencionar, ainda, as seguintes proposições legislativas: (i) Projeto de Lei nº 4.642, de 08 de março de 2016, que “*dispõe sobre a prevenção e conscientização dos riscos e consequências relacionados ao aborto*”; (ii) Projeto de Lei nº 20, de 19 de fevereiro de 1991, que “*dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde*”; (iii) Projeto de Lei nº 343, de 18 de março de 1999, que “*institui a Semana de Prevenção do Aborto e dá outras providências*”; (iv) Projeto de Lei nº 1.545, de 08 de junho de 2011, que propõe a inclusão do artigo 128-A no Código Penal para tipificar “*o crime de aborto praticado por médico quando não for dos tipos admitidos no Código Penal: necessário ou quando a gravidez resulta de estupro (sentimental)*”; e (v)

⁷ No que se refere ao seu atual estágio de tramitação, referida proposição foi apensada ao Projeto de Lei nº 313, de 06 de março de 2007, que versa sobre o planejamento familiar.

Projeto de Lei nº 1.459, de 09 de julho de 2003, que “*aplica pena de reclusão aos casos de abortos provocados em razão de anomalia na formação do feto ou ‘aborto eugênico’*”.

Há, ademais, requerimentos de realização de audiência pública para debater a venda de produtos abortivos com entrega no Brasil por sítios virtuais (Requerimento nº 143, apresentado em 02 de março de 2016), bem como para discutir as questões sobre o aborto no País (Requerimento nº 22, apresentado em 24 de maio de 2016).

No Senado Federal, tramitam, dentre outros, o Projeto de Lei nº 46, de 07 de março de 2017, que “*altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para criminalizar a prática do aborto em qualquer fase da gestação*”; e o Projeto de Lei nº 461, de 13 de dezembro de 2016, que “*altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para criminalizar a prática do aborto em qualquer estágio da gestação*”. Além disso, há o Requerimento nº 24, de 10 de março de 2015, que visa à realização de audiências públicas, “*tantas quanto forem necessárias*”, para debater uma possível regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, dentro das doze primeiras semanas de gestação, pelo Sistema Único de Saúde.

Assim, a ausência de modificação legislativa demonstra que, apesar dos intensos e recorrentes debates sobre o tema, a decisão do legislador, até o presente momento, é pela manutenção da disciplina estabelecida pelo Código Penal acerca da tipificação do crime de aborto e das hipóteses de interrupção de gravidez expressamente autorizadas por esse diploma normativo.

Desse modo, a autorização da prática do aborto até a 12^a (décima segunda) semana de gestação não encontra respaldo na Constituição da República ou na legislação penal em vigor, razão pela qual o eventual acolhimento do pedido veiculado na presente arguição direta implicaria a desconsideração da decisão tomada pelo legislador no exercício adequado de sua função constitucional e, por conseguinte, sua substituição pelo critério de preferência do Poder Judiciário.

A esse respeito, Ronald Dworkin salientou que, de acordo com diversos analistas, a principal causa da manutenção dos conflitos verificados acerca do aborto nos Estados Unidos – os quais foram mencionados pelo requerente como paradigma para a presente arguição – consiste na circunstância de que a normatização aplicável ao tema naquele país não decorreria de debates e acordos políticos, mas fora imposta pela Suprema Corte. Veja-se:

Muitos analistas insistem, contudo, em que a principal causa da natureza beligerante que envolve, nos Estados Unidos, o debate sobre o aborto encontra-se no modo como se criou o direito norte-americano sobre o aborto. Em outros países, a legislação sobre o aborto foi formada por uma série de acordos políticos e legislativos. Nos Estados Unidos, porém, **a legislação foi imposta não depois de lutas e acordos políticos, mas por decreto do Supremo Tribunal Federal.**⁸

Acrescente-se que, nos termos do artigo 5^o, inciso XXXIX, da Constituição da República, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. O Poder Constituinte reservou, portanto, à lei em sentido formal, a competência acerca da elaboração dos tipos penais, bem como das respectivas excludentes de ilicitude e de punibilidade. Por sua vez, esse Supremo Tribunal Federal já assentou, em diversas oportunidades, a necessidade de respeito ao postulado constitucional da reserva de lei em matéria

⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 06; grifou-se.

penal. Veja-se:

(...) Em matéria penal, prevalece o dogma da **reserva constitucional de lei em sentido formal**, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. (...)

(RHC nº 121.835 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 13/10/2015, Publicação em 23/11/2015; grifou-se);

(...) Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, **ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma.** (...)

(HC nº 92.626, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 25/03/2008, Publicação em 02/05/2008; grifou-se);

(...) O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - **Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo** (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), **para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.** (...)

(RE nº 322.348 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/11/2002, Publicação em 06/12/2002; grifou-se).

Admite-se, por certo, a existência de causas supralegais de exclusão do crime, em qualquer de suas esferas (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Na presente arguição, discute-se o plano da tipicidade, ou seja, da subsunção de determinada conduta ao fato previsto como ilícito penal.

Nos termos da teoria da tipicidade conglobante, adotada por essa Suprema Corte nos casos de reconhecimento de condutas penalmente insignificantes, é possível o reconhecimento de excludentes supralegais, o que não implica o afastamento da tipicidade formal⁹. Entretanto, esse reconhecimento se limita às hipóteses em que as condutas, apesar de formalmente tipificadas, não ofendem de maneira grave os bens jurídicos tutelados¹⁰.

Não é essa, claramente, a situação sob exame, em que o requerente pretende atingir a própria tipicidade formal do crime de aborto, de modo a que

⁹ Nesse sentido, confira-se: “(...) a tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado (...)” (HC nº 97.772, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 03/11/2009, Publicação em 20/11/2009).

¹⁰ A esse respeito, confira-se o entendimento de Luiz Flávio Gomes, citado no voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento nº 54: “(...) pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para a tutela de outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade, etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária. O fato é atípico justamente porque o risco criado não é desarrazoado. Basta compreender que o 'provocar o aborto' do art. 124 significa 'provocar arbitrariamente o aborto' para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico (...)” (ADPF nº 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/04/2012, Publicação em 30/04/2013).

se estabeleça um critério absoluto de exclusão do delito, que se destina, em consonância com a Carta Magna, a tutelar o bem jurídico “*vida*”.

Não obstante, as excludentes de tipicidade, quando envolvem a tipicidade formal, só podem ser criadas pela via legislativa, em respeito ao princípio constitucional da reserva legal em matéria penal.

Ressalte-se, ainda, quanto à razoabilidade do regramento fixado pelo Código Penal acerca do aborto, que a interrupção voluntária da gravidez não foi proibida, de forma absoluta e indiscriminada, pelo ordenamento jurídico brasileiro. De fato, o legislador fixou, de modo expresso, as hipóteses em que se admite sua realização. Optou, desse modo, por um dos critérios que têm sido validamente adotados pelas legislações estrangeiras para flexibilizar a proibição total ao aborto, consistente no que Claus Roxin denomina de “*solução de indicações*”. Confira-se:

A maioria dos ordenamentos jurídicos modernos segue, portanto, um caminho intermediário e caminham entre dois modelos de solução, que chamarei, de modo simplificador, de “*solução de indicações*” e “*solução de prazo*”. Segundo a solução de indicações, o aborto é, em princípio, punível. Ele é, contudo, justificado e impunível, se ele for realizado por um médico, a desejo da gestante, e se estiver presente determinada indicação (por ex., graves perigos para a saúde física ou anímica da mãe, gravidez decorrente de delito sexual, situação social gravosa, ou idade demasiado jovem da mãe). Segundo a solução de prazo, pode-se, dentro de determinado prazo – em geral, três meses – interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos. Após o decurso deste prazo, somente uma indicação médica posteriormente surgida pode levar ao aborto.¹¹

Assim, considerando-se que a Constituição Federal não impõe a “*solução de prazo*” postulada pelo autor, bem como que o legislador ordinário

¹¹ ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro, p. 04. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de abril 2017.

não optou por sua adoção, constata-se a improcedência do pedido veiculado na petição inicial da presente arguição.

III.I.II – A proteção do direito à vida segundo a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal

Dentre os argumentos suscitados na petição inicial, o autor aduz que essa Suprema Corte teria evoluído no sentido de afastar o reconhecimento de direitos fundamentais ao feto.

Nesse contexto, é indispensável a análise dos precedentes citados pelo requerente, com o intuito de esclarecer o alcance das decisões proferidas por esse Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Em princípio, o ordenamento jurídico brasileiro protege o direito do nascituro desde sua concepção. Entretanto, a amplitude dessa proteção jurídica foi submetida ao exame dessa Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, cujo objeto correspondia ao artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (“*Lei de Biossegurança*”)¹². Referido

¹² “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

dispositivo permite a utilização de embriões congelados em pesquisas com células-tronco.

Nesse julgamento, essa Suprema Corte confirmou o entendimento de que a vida se inicia na concepção e que, em tal momento, também deve ser conferida proteção jurídica ao nascituro. A propósito, confira-se o seguinte trecho do voto condutor proferido, naquela ocasião, pelo Ministro Ayres Britto:

(...) Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste.¹³

Entretanto, considerando as peculiaridades do embrião *in vitro*, esse Supremo Tribunal Federal afirmou que sua proteção somente ocorreria após a implantação no útero, quando se confirma sua viabilidade vital.

Assim, apesar de a Suprema Corte ter estabelecido a diferença ontológica entre o embrião natural e o embrião *in vitro*, preocupou-se em não permitir que o procedimento de fertilização fosse utilizado com o objetivo de produzir embriões para pesquisa. Demonstrou, assim, o reconhecimento de um núcleo essencial de direitos fundamentais para os embriões *in vitro*.

Ao comentar a proteção jurídica conferida pela Lei de Biossegurança, o Ministro Ayres Britto ressaltou ser necessário reconhecer a dignidade de toda forma de vida, mesmo daquela obtida pelo procedimento de

¹³ Excerto do voto condutor proferido pelo Ministro Relator Ayres Britto na ADI nº 3510, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/05/2008, Publicação em 28/05/2010.

fertilização *in vitro*. Veja-se:

(...) penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião *in vitro*).¹⁴

De forma semelhante, a Ministra Ellen Gracie afastou expressamente “qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem”¹⁵, reconhecendo, assim, a dignidade de toda forma de vida humana.

Ademais, restou consignado, de maneira expressa, que a discussão acerca da possibilidade de utilização de embriões *in vitro* nas pesquisas com células-tronco não representaria um posicionamento dessa Suprema Corte acerca da questão do aborto, consoante se observa do seguinte trecho da ementa do acórdão prolatado naquele julgamento:

(...) IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem

¹⁴ Excerto do voto condutor proferido pelo Ministro Relator Ayres Britto na ADI nº 3510, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/05/2008, Publicação em 28/05/2010.

¹⁵ Excerto do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na ADI nº 3510, Relator: Ministro Ayres Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/05/2008, Publicação em 28/05/2010.

prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello). (...) (ADI nº 3510, Relator: Ministro Ayres Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/05/2008, Publicação em 28/05/2010).¹⁶

Percebe-se que o citado precedente, cujo objeto se restringia aos embriões *in vitro*, não alterou o grau de proteção que o ordenamento constitucional reconhece ao nascituro, tendo sido afastada qualquer possibilidade de extensão dos argumentos desenvolvidos em tal julgado aos embriões intrauterinos.

Posteriormente, essa Suprema Corte foi instada a examinar a amplitude do direito à vida dos fetos anencefálicos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Assim como se verifica na presente ação, a autora da arguição mencionada sustentava que os direitos fundamentais da gestante, em especial os direitos à saúde e à liberdade, deveriam prevalecer sobre o direito à vida do feto anencefálico.

Entretanto, ao julgar a Arguição de Descumprimento nº 54, essa

¹⁶ No mesmo sentido, confira-se o seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Carmem Lúcia: “*De pronto se registre que o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é interrupção da gravidez. Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longiquamente, da questão do aborto.*”. De modo semelhante, o Ministro Ricardo Lewandowski aduziu que, “*seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida [no aborto] e o que pode vir a ser a construção da vida [na pesquisa em torno das células tronco]. Essa construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse artigo 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição*”. (ADI nº 3510, Relator: Ministro Ayres Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/05/2008, Publicação em 28/05/2010).

Suprema Corte afastou a alegação da arguente no sentido de que seria necessário proceder à ponderação dos direitos mencionados em sua petição inicial. De fato, o fundamento principal do voto condutor do acórdão prolatado em tal julgamento consistiu na inexistência de conflito efetivo entre direitos, dada a ausência de expectativa de vida dos fetos anencefálicos.

Nesse contexto, o Ministro Marco Aurélio afirmou, no voto condutor daquele julgado, que “*o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida*”. Após ressaltar que “*anencefalia e vida são termos antitéticos*”¹⁷, concluiu que restava, tão somente, o direito à dignidade humana da gestante a ser resguardado pela ordem jurídica.

Ademais, aduziu que, mesmo que se reconhecesse o direito à vida aos fetos anencefálicos, a certeza de sua brevidade seria suficiente para fazer prevalecer o direito da gestante. Nesse sentido, confira-se¹⁸:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República¹⁹.

¹⁷ ADPF nº 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/04/2012, Publicação em 30/04/2013.

¹⁸ ADPF nº 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/04/2012, Publicação em 30/04/2013.

¹⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

Cumpra esclarecer, outrossim, que o Ministro Marco Aurélio considerou que a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico estaria contemplada no artigo 128, inciso I, do Código Penal, o qual permite o denominado aborto terapêutico, quando há risco para a vida da gestante. Veja-se:

Diria, Presidente, que, interpretado o próprio Código Penal, ter-se-ia na possibilidade do que se aponta no preceito como aborto, e aqui não se cogita sequer de aborto, mas de interrupção terapêutica da gravidez, base para a providência, considerada a preservação da saúde da mulher, no que a gestação de feto anencéfalo apresenta risco maior.²⁰

O critério da potencialidade da vida como premissa para sua proteção jurídica foi retomado no voto da Ministra Rosa Weber, que, mencionando o precedente firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, afastou, quanto ao feto anencefálico, o reconhecimento do direito à vida. Confira-se:

Como se vê, a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

²⁰ ADPF nº 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/04/2012, Publicação em 30/04/2013.

de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. **Diante disso, é de se reconhecer que merecem endosso os posicionamentos de não caber a anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas.** E, por tudo o que foi debatido nos autos desta ação de descumprimento de preceito fundamental, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o Direito. Essa é a vida que a Constituição garante, de modo que a compreensão de “vida” como conceito nas demais esferas do Direito deve seguir essa delimitação.²¹

A decisão proferida por esse Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento nº 54 fundamentou-se, portanto, em duas premissas essenciais. A primeira consiste na ausência de potencialidade de vida do feto anencefálico, o que resulta na impossibilidade, em tal hipótese, de subsunção do fato da interrupção da gravidez ao tipo penal de aborto. Em segundo lugar, ainda que se reconhecesse o direito à vida ao feto anencefálico, a interrupção de semelhante gravidez restaria enquadrada na excludente de punibilidade prevista no inciso I do artigo 128 do Código Penal, diante do reconhecido risco à saúde da mulher.

Assim, depreende-se da leitura de tais precedentes dessa Suprema Corte que não foi realizada, em nenhum momento, uma efetiva ponderação entre os direitos do feto e os direitos da gestante. Dessa forma, não procede a alegação do autor de que esse Supremo Tribunal Federal teria estabelecido “*o critério de nascimento como marco para a imputação de direitos fundamentais à criatura em desenvolvimento*” (fl. 05 da petição inicial).

²¹ ADPF nº 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/04/2012, Publicação em 30/04/2013.

De modo diverso, essa Suprema Corte ratificou o reconhecimento de direitos fundamentais desde o momento da concepção, inclusive nos casos de embriões *in vitro*. Ademais, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o fundamento utilizado para permitir a interrupção da gravidez foi a completa ausência de potencialidade de vida do feto anencefálico, conclusão que não pode ser estendida, por óbvio, à questão suscitada na presente arguição.

Assim, embora tenha reconhecido, nesses julgados, a potencialidade da vida como critério para a proteção jurídica do embrião e do nascituro, resta claro que essa Suprema Corte manteve o reconhecimento da concepção como o marco inicial da vida humana. Ademais, restou afastada, de forma expressa, a possibilidade de que os citados precedentes fossem invocados como argumentos para a descriminalização irrestrita do aborto.

Por fim, no que se refere à decisão proferida pela Primeira Turma desse Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 124.306²², a qual também é mencionada como precedente na petição inicial, deve-se ressaltar que, a despeito do voto condutor do Ministro Roberto Barroso ter acatado argumentos semelhantes aos suscitados pelo requerente na presente arguição, tal julgado não reflete a jurisprudência dessa Suprema Corte, considerando-se que referido entendimento foi seguido, tão somente, pelo Ministro Edson Fachin e pela Ministra Rosa Weber.

Assim, trata-se de posição isolada e adotada de maneira incidental, seguida por somente três dos onze Ministros dessa Suprema Corte, com o intuito

²² HC nº 124.306, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 09/08/2016, Publicação em 17/03/2017.

específico de analisar o cabimento da prisão decretada em desfavor dos pacientes naquele *writ*. Portanto, diversamente do que alega o arguente, referido julgamento não autoriza a conclusão de que esse Supremo Tribunal Federal reconheceria como lícita a prática do aborto até o terceiro mês de gestação.

III.I.III – A proteção do direito à vida nos Estados Unidos e nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos

O arguente sustenta, outrossim, que a possibilidade de interrupção da gravidez até a 12^a (décima segunda) semana de gestação seria um direito reconhecido à mulher em diversos sistemas jurídicos, tendo por fundamento o precedente estadunidense firmado no caso *Roe v. Wade*.

No entanto, diversamente do que sugere o autor, referido julgamento não teve por efeito a pacificação dos conflitos políticos sobre o aborto nos Estados Unidos. De fato, até os dias atuais, passados mais de 40 (quarenta) anos do julgamento do caso, permanece a discussão jurídica norte-americana sobre se a proibição do aborto, ou sua descriminalização, seria realmente um conflito constitucional²³ ou se cada Estado deveria resolver a questão no âmbito de sua autonomia federativa.

²³ No sentido de que o direito ao aborto não seria um direito de fundamento constitucional: “*Em termos de princípios, não há como derivar um direito ao aborto da Constituição ou dos princípios gerais de direito. Afora a ideia de uma decisão judicial ativista, que é cada vez mais improvável em uma época de restrição judicial, nenhuma nova proteção constitucional pode ser estendida para se reconhecer o direito ao aborto após a revogação da decisão no caso Roe*”. Tradução livre do trecho: “*There is no principled way to derive a right to abortion from either the Constitution or the general principles of law. Apart from judicial fiat, which is increasingly unlikely in an epoch of judicial restraint, no new constitutional protection can be extended to the abortion choice in the aftermath of Roe’s demise*” (BOPP Jr., James. Will there be a constitutional right to abortion after reconsideration of Roe vs Wade? In: **Journal of Contemporary Law**, n. 15, 1989. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jcontemlaw15&div=14&id=&page=>>. Acesso em 12 de abril de 2017).

Dentre os defensores da ausência de fundamento constitucional para um suposto direito ao aborto, John Hart Ely afirmou que referida decisão não seria somente uma má interpretação constitucional, mas um precedente sem qualquer suporte no texto da Constituição estadunidense²⁴.

Tanto é assim que, apesar da restrição de acesso à Suprema Corte dos Estados Unidos, inúmeros outros casos que envolviam o aborto foram posteriormente levados a julgamento. Aliás, no precedente *Webster v. Reproductive Health Services*, a Suprema Corte norte-americana atribuiu certo grau de discricionariedade aos Estados, tendo afirmado que o aborto não seria uma política pública obrigatória, de modo que cada ente poderia optar por financiar ou não a prática de abortos não terapêuticos.

Na oportunidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, manteve a validade de legislação editada pelo Estado de Missouri que proibia o emprego de verbas e recursos públicos no aconselhamento e em clínicas que realizavam os procedimentos de aborto. Afirmou, ademais, que nenhum dos precedentes sobre o direito ao aborto proferidos por aquela Corte haveria reconhecido a existência de um dever do Poder Público de fornecer tais procedimentos²⁵.

Ainda no âmbito do direito comparado e considerando-se que o

²⁴ Nesse sentido: “*It is bad because it is bad constitutional law, or rather because it is not constitutional law and gives almost no sense of an obligation to try to be.*” ELY, John Hart. *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*. In: **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. Paper 4112. 1973. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4112>. Acesso em 10 de abril de 2017.

²⁵ Nesse sentido: “*2. As restrições nos §§ 188.210 e 188.215 da norma do Estado de Missouri sobre o uso de funcionários e instalações públicos para o desempenho ou assistência a abortos não terapêuticos, não contradizem as decisões sobre aborto deste Tribunal*”. Tradução livre do trecho: “*2. The restrictions in §§ 188.210 and 188.215 of the Missouri statute on the use of public employees and facilities for the performance or assistance of nontherapeutic abortions do not contravene this Court's abortion decisions.*” Corte Suprema dos Estados Unidos da América. *Webster v. Reproductive Health Services*, 1989. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/490/>>. Acesso em 17 de abril de 2017.

mérito da presente arguição envolve a colisão de direitos fundamentais, cumpre revisar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões também foram mencionadas pelo arguente na petição inicial.

A CEDH, embora tenha apreciado diversos casos envolvendo o direito à vida do nascituro, não possui decisões que definam o momento em que surge a vida, nem que fixem o marco inicial para a proteção jurídica do nascituro. Essa lacuna é resultante de sua metodologia de tomada de decisão, a qual prioriza o deferimento de uma margem de apreciação do alcance dos direitos fundamentais aos Estados-membros.

Nesse ponto, é interessante observar que o sistema europeu de proteção dos direitos humanos foi construído sob a premissa de que nem sempre é possível estabelecer uma solução uniforme para os casos de conflito entre direitos fundamentais. Por esse motivo, a CEDH reconhece tal margem de discricionariedade, de modo que cada país possa ponderar qual direito fundamental deve ser priorizado, de acordo com suas especificidades culturais e morais, sem que tal decisão seja reconhecida como uma ofensa à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, cumpre ter em vista o precedente firmado pela CEDH, em dezembro de 2010, no caso *A, B, e C v. Irlanda*. O julgamento referido envolveu a questão relativa ao conflito entre o direito à vida do nascituro e os direitos fundamentais da gestante. Os requerentes daquele processo pretendiam que a CEDH reconhecesse a incompatibilidade entre a proibição do aborto e o disposto pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O caso contempla o requerimento de três pessoas, das quais duas (A. e B.)²⁶ argumentavam que a legislação irlandesa, ao limitar o aborto às hipóteses de comprovado risco de vida para a gestante, ofenderia os artigos 3º e 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁷, suscitando, essencialmente, a existência de um suposto direito fundamental ao aborto²⁸. A terceira requerente (C.) alegou que teria direito ao aborto em razão do risco de reincidência de câncer, asseverando, ademais, a ocorrência de afronta ao direito à informação, tanto em relação aos riscos da gravidez, quanto acerca da possibilidade de sua interrupção nos termos da legislação irlandesa.

Os argumentos apresentados pelas requerentes – os quais são substancialmente semelhantes aos veiculados pelo autor da presente arguição – consistiram no alegado consenso existente entre os países europeus sobre a possibilidade do aborto²⁹; na discriminação supostamente imposta pela

²⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. A, B, e C v. Irlanda, dez. 2010, par. 13/21. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2017.

²⁷ “ARTIGO 3º Proibição da tortura
Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

“ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar
1. *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*
2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.*”

Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 19 de abril de 2017.

²⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos. A, B, e C v. Irlanda, dez. 2010, par. 3/4. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2017).

²⁹ Conforme ressaltado pela CEDH, o aborto, com restrição temporal, é permitido em cerca de 30 (trinta) Estados signatários. Somente três Estados proibem de forma absoluta tal procedimento (Andorra, Malta e San Marino). (Corte Europeia de Direitos Humanos. A, B, e C v. Irlanda, dez. 2010, par. 112. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2017).

legislação irlandesa, a qual permitiria a realização do aborto em outros países, tornando-o legal, desse modo, para as gestantes de melhor condição financeira; e, especialmente, na mencionada incompatibilidade com o direito ao respeito à vida privada e familiar, constante do artigo 8º da Convenção Europeia.

Não obstante, a Corte Europeia afastou todas as alegações no sentido de que a proibição do aborto, exceto em casos de comprovado risco de vida para a gestante, poderia gerar qualquer espécie de ofensa à vedação da tortura, prevista pelo artigo 3º da Convenção. Ademais, ao analisar a alegação de que a proibição do aborto ofenderia o direito fundamental à saúde e à vida privada e familiar, a CEDH afirmou que a interrupção da gravidez não se relaciona, unicamente, à vida privada da gestante, sendo indispensável a ponderação dos demais direitos envolvidos, especialmente do direito à vida do nascituro. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho da decisão proferida pela Corte em tal ocasião:

“213. The Court has also previously found, citing with approval the case-law of the former Commission, that legislation regulating the interruption of pregnancy touches upon the sphere of the private life of the woman, the Court emphasising that Article 8 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination pertain uniquely to the woman’s private life as, whenever a woman is pregnant, her private life becomes closely connected with the developing foetus. The woman’s right to respect for her private life must be weighed against other competing rights and freedoms invoked including those of the unborn child (see the judgment in Tysi c, cited above, § 106, and Vo, cited above, §§ 76, 80 and 82).”³⁰

³⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos. A, B, e C v. Irlanda, dez. 2010. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2017.

Em tradução livre: 213. “O Tribunal já declarou, anteriormente, com base na jurisprudência da antiga Comissão, que a legislação que regulamenta a interrupção da gravidez afeta o âmbito da vida privada da mulher, salientando que o Artigo 8º não pode ser interpretado como se a gravidez e sua interrupção pertencessem exclusivamente à vida privada da mulher, uma vez que, sempre que uma mulher está grávida, sua vida privada torna-se estreitamente ligada à do feto em desenvolvimento. O direito da mulher à vida privada deve ser ponderado com outros direitos e liberdades conflitantes invocados, incluindo os do nascituro (ver o julgamento em *Tysi c*, já referido, § 106, e *Vo*, já referido, §§ 76, 82).”

A CEDH concluiu, de modo expresso, que, apesar do reconhecimento da autonomia da gestante e do planejamento familiar como direitos fundamentais protegidos pela Convenção Europeia, o disposto em seu “artigo 8º não pode ser interpretado de modo a conferir um direito ao aborto”³¹. Assim, diversamente do que restou consignado no acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 124.306³², a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a proibição do aborto nos termos previstos pela legislação irlandesa não ofenderia os direitos fundamentais da gestante, diante da justa ponderação entre o respeito à sua vida privada e o direito à vida do nascituro.³³

De modo semelhante, a partir da análise do rol de direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, não se extrai a alegada prevalência necessária dos direitos da gestante sobre os direitos do nascituro.

³¹ Tradução livre do trecho: “Article 8 cannot, accordingly, be interpreted as conferring a right to abortion”. Corte Europeia de Direitos Humanos. A, B, e C v. Irlanda, dez. 2010, par. 214. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2017.

³² “Quanto ao ponto, trago as considerações feitas pelo Professor de Direito Constitucional Daniel Sarmiento, na análise do caso envolvendo a Irlanda, que traduz o argumento posto: ‘Sem examinar a questão relacionada à existência seja de um direito ao aborto, seja de um direito à vida do nascituro, a Corte pronunciou-se pela invalidade das restrições, em razão de ofensa ao princípio da proporcionalidade, afirmando que a medida adotada pelo Estado irlandês teria sido excessiva. Note-se que, muito embora a Corte não tenha examinado a questão do direito ao aborto, infere-se da sua decisão que a vida intrauterina não pode ser protegida com a mesma intensidade que a vida de pessoa nascida. Com efeito, ninguém questionaria o poder de um Estado de proibir o fornecimento de informações contendo endereços, telefones e contatos de assassinos, visando a encomenda de homicídios. O tratamento diferente dado ao caso revela, portanto, uma posição que, nas suas entrelinhas, recusa qualquer equiparação entre a proteção da vida do nascituro e a do indivíduo após o nascimento. E esta postura se evidencia também na parte da decisão em que a Corte, rebatendo a argumentação do governo irlandês, afirmou que o aumento da procura de abortos no exterior por mulheres irlandesas devia-se não ao trabalho das clínicas de aconselhamento, mas ao excessivo rigor da legislação daquele país.’” (Excerto do voto proferido pela Ministra Rosa Weber nos autos do HC nº 124.306, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 09/08/2016, Publicação em 17/03/2017).

³³ Nesse sentido: SIGH, Mallika. A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation. Dezembro 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835>. Acesso em 13 de abril de 2017. No mesmo sentido: TIMMER, Alexandra. 2010: year of “profound moral views”?; In: **Strasbourg Observers**. Jan. 2011. Disponível em <<https://strasbourgobservers.com/2011/01/20/2010-the-year-of-“profound-moral-views”>>>. Acesso em 13 de abril de 2017.

Não há, portanto, um suposto direito fundamental ao aborto que poderia ser depreendido do Texto Constitucional mediante mera interpretação judicial. Trata-se, como visto, de matéria cuja disciplina específica foi delegada pelo Constituinte originário ao legislador infraconstitucional, cabendo a este proceder à harmonização e à concretização desses direitos na esfera adequada para tanto, qual seja, a legislativa.

Nesses termos, não se está a afirmar que o direito à vida do nascituro seria absoluto – caráter, aliás, que nenhum preceito constitucional possui –, mas, tão somente, que a decisão legislativa de lhe conferir prevalência nos casos de aborto injustificado não implica ofensa à Constituição Federal.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos examinou a questão do aborto no conhecido caso *Artavia v. Costa Rica*, o qual versava, especificamente, sobre a proibição estabelecida pela Costa Rica quanto à fertilização *in vitro*, sob o fundamento de que tanto a vida, como sua proteção jurídica se iniciavam no momento da concepção, razão pela qual referido procedimento ofenderia a vida e a dignidade do ser humano.³⁴

O julgamento desse caso teve como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, cujo artigo 4.1 reconhece, expressamente, que o direito à vida deve ser protegido desde a concepção. Veja-se:

Artigo 4. Direito à vida

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, nov. 2012, par. 74. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2017.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Partindo da necessidade de compatibilizar o processo de fertilização *in vitro* com os temas da Convenção, a Corte Interamericana aduziu que a expressão “*em geral*”, constante do mencionado artigo 4, representaria uma exceção à regra do início da vida. Desse modo, reinterpreto o termo “*concepção*” como sendo o momento da implantação do embrião.

Assim, embora tenha afirmado não ser admissível conferir o *status* de pessoa ao embrião, a Corte Interamericana em nenhum momento rejeitou a necessidade de proteção do feto após a fecundação. De fato, o argumento desenvolvido em tal julgado refere-se, essencialmente, ao embrião produzido via fertilização *in vitro* e ainda não implantado, e não ao embrião intrauterino.

Desse modo, não procede a alegação do arguente no sentido de que a Corte Interamericana teria reduzido o grau de proteção do direito à vida do nascituro, uma vez que o citado precedente se aplica, exclusivamente, à excepcional situação dos embriões *in vitro* e ainda não implantados, em conclusão semelhante à obtida por esse Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.

Na verdade, o julgamento do caso *Artavia v. Costa Rica* confirma que a Convenção Americana reconhece o direito à vida desde sua concepção, ou desde a implantação, para os embriões *in vitro*, oferecendo ao nascituro a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, a leitura devidamente contextualizada do precedente da

Corte Interamericana reforça a necessidade de proteção e reconhecimento, desde a concepção, dos direitos do nascituro ou, nos casos de fertilização *in vitro*, desde o momento da implantação no útero.

III.I.IV – A prevalência do direito à vida sobre o direito à liberdade de escolha da gestante na ordem constitucional brasileira

A decisão legislativa de fazer prevalecer, como regra, o direito à vida do feto em detrimento do direito de escolha da mulher é compatível com a Constituição da República.

Com efeito, embora a Lei Maior não contenha disposição específica a respeito do aborto, cumpre notar que o artigo 5º, *caput*, do Texto Constitucional assegura a inviolabilidade do direito à vida. Nesse aspecto, o Código Penal, no que diz respeito à tipificação dos crimes contra a vida, foi recepcionado pela Constituição da República com *status* de lei ordinária.

De outro lado, o artigo 226, § 7º, da Carta Magna³⁵, ao prever o postulado do livre planejamento familiar, exige do Estado o fornecimento de recursos educacionais e científicos para seu exercício pleno. Portanto, cabe ao Poder Público disponibilizar os métodos contraceptivos e as informações necessárias para que as famílias exerçam referido planejamento com autonomia, inclusive com o objetivo de evitar eventuais gestações indesejadas.

Esse dispositivo não autoriza, entretanto, a conclusão de que o

³⁵ “Art. 226. (...)”

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Texto Constitucional asseguraria o suposto direito ao aborto, assim como não é possível inferir, mediante simples interpretação de tal norma, a existência de prazo de 12 (doze) semanas em que sua realização seria admissível.

Assim, a solução adotada pelo legislador, que optou por proteger a vida do feto por meio da criminalização do aborto e, de outro lado, impôs à Administração Pública o dever de fornecer os meios adequados para que se evitem gestações indesejadas, guarda plena compatibilidade com a Constituição Republicana.

As normas impugnadas na presente arguição, sobretudo por não proibirem a interrupção da gravidez de maneira irrestrita, são adequadas e proporcionais, contribuindo para impedir que a vida em formação seja descartada de forma unilateral e injustificada. Nesse sentido, Claus Roxin, após ponderar entre os mencionados critérios de “*solução de indicações*” e “*solução de prazos*”, afirma o seguinte:

Qual será a regulamentação correta? Pessoalmente, sempre defendi uma solução de indicações bastante generosa, e a considero ainda hoje preferível, em teoria, uma vez que ela deixa claro que o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre os do embrião. A proteção à vida em formação fica desconsiderada de modo bastante unilateral, se a interrupção da gravidez nos primeiros três meses permanecer impune, mesmo que ausente qualquer motivo razoável, que ela decorre do puro arbítrio ou comodidade, de modo que o aconselhamento pareça uma mera formalidade. A insistência do Tribunal Constitucional alemão no sentido da antijuridicidade de um tal aborto pode melhorar a proteção à vida do embrião no mundo dos conceitos jurídicos, mas não na realidade social.

(...)

A assim chamada proposta minoritária do Projeto Alternativo, da qual fui co-autor em 1970, sugeria vincular uma solução de indicação com generosos auxílios financeiros, sociais e familiares, que deveriam solucionar os problemas e conflitos da gestante, fazendo desaparecer o

desejo de abortar. Talvez este fosse ainda hoje o melhor modelo para proteger a vida em formação.³⁶

As hipóteses excepcionais, previstas no próprio Código Penal, em que a interrupção da gravidez é admissível, assim como a delimitação da figura típica do aborto efetuada no julgamento da Arguição de Descumprimento nº 54 ratificam a necessidade e a adequação das normas impugnadas. Atende-se, dessa maneira, aos princípios da subsidiariedade penal e da *ultima ratio*, pois a proteção legal se restringe à vida viável.

De fato, as disposições sob investida não contemplam limitação indevida aos direitos individuais da mulher. Tratam, tão somente, de reconhecer a prevalência do direito à vida do nascituro e de impedir que a prática da interrupção da gestação ocorra de modo arbitrário e injustificado.

Por fim, cumpre notar a proporcionalidade das penalidades estipuladas pelas normas em questão. Com efeito, quanto ao delito de aborto consentido, as penas cominadas pelos artigos 124 e 126 do Código Penal são de detenção, de um a três anos, para a gestante e, para quem o provoca, de reclusão, de um a quatro anos. A tutela penal, portanto, atende à gradação dos bens jurídicos envolvidos, considerando-se que, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, a pena por tal delito pode ser cumprida, desde o início, em regime aberto. Dessa forma, o argumento veiculado na petição inicial de que, se o crime de aborto fosse efetivamente punido no Brasil, “*seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão*” é insubsistente e não se coaduna com a legislação penal em vigor.

³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro, p. 05. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

Ante o exposto, constata-se a compatibilidade dos dispositivos impugnados com a Constituição da República e, por conseguinte, a ausência de *fumus boni iuris* acerca da pretensão do arguente.

III.II – Da ausência de periculum in mora

Por fim, em relação ao *periculum in mora*, requisito de satisfação igualmente necessária à concessão da medida cautelar pleiteada, observa-se que o arguente não logrou demonstrar sua presença de forma satisfatória.

Acerca desse requisito, o autor afirma, em síntese, que “*as mais de 500 mil mulheres que realizaram um aborto no Brasil em 2015 configuram o perigo de dano*” (fl. 59 da petição inicial). No entanto, a argumentação apresentada pelo arguente no sentido de que haveria excepcional urgência a justificar a concessão da medida acautelatória postulada na presente arguição não merece prosperar.

Isso porque as normas sob invectiva foram editadas em 1940, estando em vigor, portanto, há quase 80 (oitenta) anos. Ainda que se utilize como marco temporal a promulgação da Carta de 1988, que recepcionou referidos dispositivos legais, o período de tempo de vigência das disposições hostilizadas sob a égide da ordem constitucional em vigor seria de cerca de 30 (trinta) anos, o que inviabiliza sua suspensão cautelar em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

De fato, nos termos da jurisprudência dessa Suprema Corte, o transcurso de lapso temporal considerável entre a edição do ato normativo sob

invectiva e o ajuizamento da ação de controle concentrado destinada a impugnar sua validade descaracteriza a situação de *periculum in mora*. Veja-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA 7.844/92. ESTUDANTES MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO DO PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO GRAUS. DIREITO AO PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA EM EVENTOS ESPORTIVOS, CULTURAIS E DE LAZER. O LAPSO TEMPORAL DECORRIDO ENTRE O COMEÇO DA VIGÊNCIA DA LEI QUESTIONADA E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO É DE MAIS DE SEIS ANOS. INOCORRE O REQUISITO DO *PERICULUM IN MORA*, ESSENCIAL AO ACOLHIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR INDEFERIDA.

(ADI nº 1950 MC, Relator: Ministro Nelson Jobim, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 03/11/1999, Publicação em 18/12/2000; grifou-se);

ADIN - LEI N. 8.024/90 - PLANO COLLOR - BLOQUEIO DOS CRUZADOS - AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* - LIMINAR INDEFERIDA. - O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza — não obstante o relevo jurídico da tese deduzida — o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. (...)

(ADI nº 534 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 27/06/1991, Publicação em 08/04/1994).

Ademais, cumpre observar a existência, na espécie, de *periculum in mora* inverso, uma vez que o eventual deferimento da medida pleiteada corresponderia à concessão de autorização para que inúmeras vidas fossem eliminadas de forma precoce e arbitrária, dano que jamais poderia ser revertido.

Observa-se, ademais, a ocorrência de risco de grave dano ao Estado brasileiro e aos seus cidadãos, que têm debatido amplamente a questão por meio de seus representantes no Parlamento, ao qual compete decidir sobre o assunto.

Trata-se, de fato, de questão extremamente delicada sob os aspectos jurídico, moral, ético e religioso, a demandar cautelosa análise por parte das instituições estatais, sem que se possa prescindir da efetiva participação da sociedade.

Dessa maneira, os argumentos veiculados pelo arguente para fundamentar seu pedido de medida cautelar carecem de plausibilidade, o que inviabiliza o seu deferimento.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Advogada-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado pelo arguente.

São essas, Excelentíssima Senhora Relatora, as considerações que se tem a fazer, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de abril de 2017.

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União

ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA
Advogada da União
Secretária-Geral de Contencioso

MARIA HELENA MARTINS ROCHA PEDROSA
Advogada da União

ANDREA DE QUADROS DANTAS ECHEVERRIA
Advogada da União