

## **ABORTO CONSENTIDO: DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER QUE DEVE SER TUTELADO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENQUANTO GARANTE DA DEMOCRACIA**

*CONSENT ABORTION: WOMEN'S FUNDAMENTAL RIGHT THAT MUST BE PROTECTED BY THE SUPRME COURT ACTING AS DEFENSOR OF DEMOCRACY*

**João Paulo Forni**

Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF). Especialista em Gestão Estratégica de Organizações Públicas pela Faculdade Projeção (Brasília/DF).  
E-mail: joao.forni@gmail.com

**Rafael Schwez Kurkowski**

Promotor de Justiça em Sergipe. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela FAPIDE. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor licenciado de Processo Penal e de Execução Penal da Faculdade Pio Décimo – FAPIDE.  
E-mail: rafadir2000@yahoo.com.br

Recebido em: 11/06/2018

Aprovado em: 17/07/2019

**RESUMO:** O presente artigo defende a legitimidade do STF para descriminalizar o aborto consentido até o primeiro trimestre da gestação. Mediante análise documental e revisão bibliográfica, demonstra-se que a democracia, para além do critério majoritário, exige o respeito aos direitos fundamentais, não obstante contra maiorias. A tutela desses direitos incumbe ao Tribunal Constitucional, o qual, ao empregar razões públicas de forma racional, representa argumentativamente a sociedade. Porque o aborto consentido caracteriza um direito fundamental da mulher, decorrente da sua dignidade, o Tribunal Constitucional deve tutelá-lo, o que resulta na inconstitucionalidade da legislação penal que incrimina o aborto, desde que realizado no primeiro trimestre da gestação.

**Palavras-chave:** Descriminalização do aborto. Democracia. Direito fundamental da mulher. Dignidade. Tribunal Constitucional.

**ABSTRACT:** This article defends STF's legitimacy to decriminalize consent abortion no later than the first trimester of pregnancy. Through documentary analysis and literature review, it becomes clear that democracy, beyond the majority rule, demands respect for the fundamental rights, despite against majorities. The protection of these rights rests with the Constitutional Court, which, by expressing public reasons rationally, represents society argumentatively. Because consent abortion characterizes women's fundamental right due to their dignity, the Constitutional Court must protect it, which results in the unconstitutionality of the legal provision that incriminates abortion, upon condition that it is performed in the first trimester of pregnancy.

**Keywords:** Decriminalization of abortion. Democracy. Women's rights. Dignity. Constitutional Court.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A tendência pela descriminalização do aborto no plano internacional. 2 O tribunal constitucional enquanto garante da democracia. 2.1 A tensão entre o aspecto majoritário e a constituição. 2.1.1 O ativismo judicial e o caráter contramajoritário. 2.1.2 A representação exercida pelo tribunal constitucional pela legitimidade argumentativa. 2.2 A fundamentação das decisões pelo tribunal constitucional. 2.2.1 A objetividade e a racionalidade dos argumentos adotados pelo tribunal constitucional. 2.2.2 Consequencialismo. 3 O aborto até o terceiro mês de gestação como direito fundamental da mulher que deve ser respeitado pela maioria. 3.1 A fundamentação pragmática da descriminalização do aborto consentido. 3.2 Proporcionalidade: a ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida do feto. 3.2.1 Dignidade da pessoa humana. 3.2.2 Direito do feto à vida. 3.2.3 Ponderação entre a dignidade da mulher e o direito à vida do feto. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, à exceção dos casos em que o Código Penal (CP) autoriza o aborto (art. 128, I, aborto *necessário*; e art. 128, II, aborto *ético, humanitário* ou *sentimental*), os quais não serão estudados neste artigo, a interrupção da gravidez pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira respeita à anencefalia, em função da qual, devido à má formação do tubo neural (que integra o sistema nervoso do embrião), “o feto não sobrevive senão poucas horas de vida, pois todo o sistema nervoso central fica exposto e malformado” (TERRUEL, 2017). A segunda hipótese atina ao aborto realizado unicamente em função da vontade da mulher (doravante denominado aborto consentido), a despeito da viabilidade do feto.

A interrupção da gravidez, em qualquer uma dessas duas hipóteses, caracteriza um verdadeiro *hard case*, pois cuida de situação para a qual “não há formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 25-26). Segundo Barroso (2015, p. 347-348), três situações geram os casos difíceis: ambiguidade da linguagem, quando o ordenamento jurídico se vale de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e vocábulos plurissignificativos; colisão de direitos fundamentais, como no clássico exemplo da liberdade de imprensa/informação e o direito à privacidade/intimidade; e desacordos morais razoáveis, porque, no “mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controversos”, dos quais o aborto consentido é exemplo palpante.

Ademais, as divergências sobre a possibilidade do aborto, segundo Sarmiento (2005, 43), “são profundas e não se circunscrevem aos argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, envolvendo também crenças religiosas”.

No Brasil, a questão relativa ao aborto, nas duas hipóteses antes referidas – feto anencéfalo e consentimento da mulher –, já esteve na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF). Em 2004, no Hábeas-Córpus<sup>1</sup> (HC) n. 84.025/RJ, não houve decisão de mérito quanto à autorização para a realização de aborto eugênico diante do nascimento da criança, que viveu por apenas sete minutos, o que provocou a perda do objeto (ausência do interesse de agir) na ação mandamental. Em 2012,

<sup>1</sup> Sobre a forma hábeas-córpus, Kaspary ensina: “Hábeas-córpus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em córpus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, hímus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc.” (KASPARY, 2005, p. 115-116).

na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, o STF declarou, de forma abstrata, a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro”. Mediante verdadeira ponderação envolvendo a dignidade, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a vida do feto anencéfalo, foi reconhecida a prevalência dos direitos da mulher. Essa decisão tornou atípico o aborto realizado no caso de anencefalia. Dados os efeitos *erga omnes* e a irrecorribilidade da decisão da ADPF, a questão não comporta mais discussão, razão por que não será analisada neste trabalho.

Todavia, no atinente ao aborto consentido, a questão ainda não tem definição, motivo que justifica o presente estudo. O caminho nessa direção foi marcado, além da ADPF n. 54, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3.510/DF, ajuizada contra o art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que, em 2008, foi julgada improcedente pelo STF. Este, por maioria, reconheceu a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Sustentando um *constitucionalismo fraternal*, decidiu-se que “as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto”. Relevante ainda foi o reconhecimento de que a Constituição Federal (CF) “não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa”.

Mais recentemente, em 2016, no HC n. 124.306/RJ, concedeu-se, por maioria, a ordem no sentido da revogação da prisão preventiva dos pacientes, aos quais havia sido imputada a prática do crime de provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do CP), em razão do reconhecimento da “inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestão no primeiro trimestre”. Na sua argumentação, o Ministro Redator do respectivo acórdão, Luís Roberto Barroso, obtemperou que a criminalização do aborto até o terceiro trimestre violaria direitos fundamentais da mulher – direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade – bem como a proporcionalidade. Não obstante, a decisão decorrente do HC n. 124.306/RJ não teve o condão de declarar, abstratamente, a inconstitucionalidade (*rectius*: não recepção)<sup>2</sup> do aborto praticado até o terceiro mês de gestação, tendo em vista que o controle de constitucionalidade realizado no julgado foi meramente incidental.

Eis que, no presente ano (2017), foi ajuizada a ADPF 442, pela qual a parte autora postulou que, “com eficácia geral e efeito vinculante, esta 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”. A argumentação da respectiva petição inicial, basicamente, sustenta que a criminalização do aborto, no primeiro trimestre da gestação, viola diversos direitos fundamentais da mulher.

É este, portanto, o problema que o presente artigo debelará: é legítima a intervenção judicial do STF para descriminalizar o aborto consentido até o terceiro mês de gestação pelo STF? A resposta, positiva, será elucidada por duas hipóteses. A primeira sustenta que o respeito aos direitos fundamentais é característica da democracia, sendo função do Tribunal Constitucional defendê-los, mesmo que contrarie maiorias circunstanciais. O reconhecimento da Corte Constitucional como defensora da democracia é circunstância que implica o ativismo judicial, que constitui a ideia de uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2015, p. 441-442). O ativismo judicial, por sua vez, implica a constitucionalização do Direito, que “envolve a idéia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir dos valores constitucionais” (SARMENTO, 2005, p. 60).

<sup>2</sup> Em 1992, o STF já decidia que a legislação anterior à Constituição, quando incompatível com esta, não era declarada inconstitucional, mas era considerada revogada: “Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevida não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as” (STF, Tribunal Pleno, ADI n. 2, Rel. Paulo Brossard, J. em 06/02/1992, DJ 21-11-1997).

A segunda hipótese argumenta que, na colisão existente entre a dignidade da mulher, que engloba a sua autonomia e a igualdade, e o direito à vida do feto, aquela prevalece até o terceiro mês de gestação, o que torna proporcional a realização do aborto consentido. A essa solução se chega por intermédio da proporcionalidade, com o cotejo das suas duas modalidades: proibição do excesso e proibição da proteção deficiente, levando em conta argumentos pragmáticos que corroboram a inefetividade da criminalização para o fim almejado.

A metodologia empregada no presente trabalho consistirá na análise documental, principalmente do sistema normativo nacional e de alguns outros países, e na revisão bibliográfica.

## 1 A TENDÊNCIA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PLANO INTERNACIONAL

Na Alemanha, após a sua reunificação, foi questionada a constitucionalidade (*BverGE* 88, 203)<sup>3</sup> da legislação que disciplinava penalmente o aborto. Fundamentou-se que não havia necessidade de que o direito penal fosse o mecanismo primário de proteção legal. Em 1995, então, segundo Sarmiento (2005, p. 53-54), a legislação recém editada para se adequar a essa decisão descriminalizara o aborto ocorrido nas primeiras 12 semanas de gestação, sendo previamente necessário, para tanto, que a mulher recorresse a um programa de aconselhamento. Na França, em 2001, o Conselho Constitucional reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 2001-558, que autoriza o aborto consentido nas primeiras 12 semanas de gestação, tornando facultativo o aconselhamento prévio.<sup>4</sup> Nos Estados Unidos, o precedente mais conhecido sobre o aborto é *Roe vs. Wade*, no qual a Suprema Corte, em 1973, ao declarar inconstitucional a legislação do Estado do Texas que criminalizava o aborto, permitiu a interrupção voluntária da gravidez nos dois primeiros trimestres da gravidez.<sup>5</sup> No Canadá, em 1989, no caso *Mongentaler, Smoling and Scott vs The Queen*<sup>6</sup>, a Suprema Corte igualmente reconheceu que as mulheres têm o direito ao aborto. Na Itália, a Corte Constitucional, por intermédio da Sentença n. 108 de 7 de maio de 1981, reconheceu a validade da Lei n. 194, de 22 de maio de 1978, especialmente do seu artigo 4º, que autoriza a realização do aborto em função das condições econômica, social ou familiar da mulher.<sup>7</sup> Em Portugal, no ano de 2010, por intermédio do Acórdão n. 75/2010<sup>8</sup>, o Tribunal Constitucional de Portugal reconheceu a constitucionalidade do art. 142, 1, *e*, do Código Penal Português, que torna lícita a interrupção da gravidez efetuada por médico, em estabelecimento oficial de saúde, quando “for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”.

Ademais, José Torres (2012, p. 41), que fez ampla pesquisa em países europeus, apresenta, entre outras, as seguintes conclusões: a) aborto permitido a pedido da mulher, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 24 semanas): Reino Unido, Holanda, Suécia, Romênia, Dinamarca, Letônia, República Checa, Eslováquia, Grécia, Hungria, Bélgica, Bulgária, França, Alemanha, Lituânia, Estônia, Portugal, Eslovênia, Áustria e Itália; b) aborto permitido por razões socioeconômicas, com algum tempo determinado de gestação: Holanda, Finlândia, Itália, França e Luxemburgo.

Essa análise sumária do plano internacional demonstra que, independentemente da religião professada pelos cidadãos e de o sistema jurídico ser romano-germânico ou *common law*, há uma tendência na descriminalização do aborto consentido. Essa tendência, enquanto prenúncio de uma crise no *paradigma* do aborto, provocará uma verdadeira *revolução científica* (KUHN,

<sup>3</sup> Os principais trechos desta decisão estão traduzidos em: MARTINS, 2005, p. 273-294.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2001446DCa2001446dc.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

<sup>5</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/288/index.do?r=AAAAAQALbW9yZ2VudGFsZXIB>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

1998) em torno do tema, a ponto de, no futuro, não haver sentido quanto à discussão sobre a descriminalização do aborto consentido.

## 2 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENQUANTO GARANTE DA DEMOCRACIA

A democracia não consiste apenas na observância do aspecto majoritário; ela também exige o respeito aos direitos fundamentais, mesmo que contrarie eventuais maiorias circunstanciais as quais tentam, por intermédio da legislação (produto da democracia, por excelência), consolidar valores particulares seus. Assim, eventuais maiorias podem ser antidemocráticas.

Por conseguinte, a tutela dos direitos fundamentais os quais estão previstos na Constituição, com destaque para a abertura prevista no art. 5º, § 2º, da CF, implica a proteção da própria democracia, pois esta também é composta por aqueles.

Enquanto guardião da Constituição, a defesa desta contra qualquer forma de violação é função do Tribunal Constitucional, cuja decisão é dada em tom definitivo, não sujeita à revisão posterior, tirante a hipótese de a Corte ser novamente provocada por quem de direito (princípio da inércia da jurisdição – *Ne procedat iudex ex officio*)<sup>9</sup>.

No Brasil, em sua relação com a democracia, observa-se que o STF, quando exerce o controle de constitucionalidade (art. 102, I, a, da CF), atua como verdadeiro Tribunal Constitucional, que ostenta natureza política.<sup>10</sup> Concomitantemente, o STF é órgão do Poder Judiciário (art. 92, I, da CF), ao exercer a função jurisdicional propriamente dita, ou seja, julgamento de recursos e ações originárias.

Na defesa da Constituição, a atuação do STF pode ser contramajoritária e representativa, conforme se verá abaixo.

### 2.1 A tensão entre o aspecto majoritário e a constituição

Enquanto o constitucionalismo representa, fundamentalmente, a limitação do poder do Estado, a democracia traduz-se, em primeira análise, na soberania popular e no governo da maioria. Entre esses dois institutos, podem surgir pontos de tensão, quando a vontade da maioria não pode prevalecer em relação a determinados conteúdos formais ou materiais impostos pela Constituição. “Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição” (BARROSO, 2015a, p. 113).

#### 2.1.1 O ativismo judicial e o caráter contramajoritário

O *ativismo judicial* é caracterizado por uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins albergados pela constituição, com maior interferência em espaços normalmente ocupados pelos poderes Legislativo e Executivo. É uma atitude que busca expandir o escopo e alcance das normas constitucionais ao aplicá-las, em oposição ao que se denomina *autocontenção judicial*, que significa uma retração por parte do Judiciário com intuito de reduzir sua intromissão nos demais Poderes. A autocontenção implica posturas como: evitar aplicar a Constituição fora de seu âmbito de incidência expressa, esperando um pronunciamento do Legislativo; utilizar critérios rígidos e conservadores ao analisar a constitucionalidade das normas; e abster-se de intervir na definição de políticas públicas (BARROSO, 2015a, p. 442-443). Já o ativismo implica posturas opostas: aplicar diretamente a Constituição a situações não

<sup>9</sup> Sobre o princípio da inércia da jurisdição, conferir: PORTANOVA, 1997, p. 69-72.

<sup>10</sup> A propósito, Saldanha Souza Jr. (2002, p. 103-128) é enfático ao destacar a natureza de poder político do Tribunal Constitucional, o qual deve ser divorciado do Poder Judiciário, sobretudo quando disserta sobre a teoria da hexapartição dos poderes.

expressamente descritas em seu texto, com ou sem manifestação do Legislativo; utilizar critérios menos rigorosos para a declaração de inconstitucionalidade de normas; e a impor condutas ou abstenções aos outros Poderes, especialmente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 22).

O ativismo judicial está intrinsecamente relacionado ao *Neoconstitucionalismo*, movimento que, em apertada síntese e apesar da pluralidade de definições<sup>11</sup>, possui como características centrais: a valorização de princípios; uso de métodos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, como a ponderação e abertura da argumentação jurídica à Moral; defesa da constitucionalização do Direito, com irradiação dos valores constitucionais a todos os seus ramos; e a elevação do Judiciário a um papel de destaque na agenda de implementação desses valores (SARMENTO, 2009, p. 129).

Ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo ou impor condutas ou abstenções aos demais Poderes, intervindo em políticas públicas, o Tribunal Constitucional, que é integrado por membros não eleitos, ou seja, não escolhidos pelo processo democrático, termina por contrariar a vontade majoritária, representada pelos legisladores que editaram a lei contrária à Constituição ou pelo Chefe do Poder Executivo, responsável, em última análise, pela efetivação das políticas públicas. Aqui exsurge o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional.

Críticos do ativismo constitucional e do Neoconstitucionalismo baseiam-se no caráter contramajoritário para proclamar a redução da legitimidade do Judiciário para intervir em assuntos afeitos aos demais poderes. Diz-se que a perspectiva neoconstitucional, ao defender que relações intersubjetivas devem ser mediadas por valores e princípios constitucionais, os quais exigem considerações morais para sua compreensão, se mostra inadequada porquanto desconsidera a existência de desacordos morais na sociedade plural e a dignidade intrínseca da legislação.<sup>12</sup> A consequência seria “diminuir a certeza jurídica e aumentar a margem de discricionariedade dos agentes públicos”, além de “transferir às Cortes, em detrimento da política majoritária, a função de decidir sobre as principais questões coletivas” (GALVÃO, 2014, p. 293).

Todavia, é possível analisar o caráter contramajoritário sob outra óptica. Após a Segunda Guerra Mundial, época em que se assistiu ao cometimento de atrocidades por governos legitimados pelas urnas, ou seja, com o acumpliciamento das maiorias políticas, como no caso do nazismo, as novas constituições tenderam a fortalecer a jurisdição constitucional (SARMENTO, 2009, p. 117), no intuito de defender dois fundamentos principais: a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação da política majoritária; e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos, inclusive da maioria derrotada (BARROSO, 2015b, p. 19-21).

Para Dahl (1957, p. 279-295), dizer que a eleição de um membro do Poder Legislativo daria a ele legitimidade em todas as propostas ou votações legislativas, no sentido de uma correspondência entre sua vontade e a vontade de seu eleitor, ou seja, que haveria equivalência entre uma “maioria nacional” e uma “maioria legislativa”, em cada diferente matéria, é algo questionável, vide o exemplo, já mencionado, do nazismo. Isso leva à conclusão de que uma

---

<sup>11</sup> A divulgação da obra “Neoconstitucionalismo(s)”, de Miguel Carbonell, foi essencial para um estudo mais aprofundado do neoconstitucionalismo. Todavia, neoconstitucionalismo não constitui um conceito terminado ou unívoco, o que o próprio título da obra, no plural, evidencia. Na introdução desse livro, Carbonell frisa: “Não se trata, como se acaba de apontar, de um modelo consolidado, e talvez nem sequer poderá estabilizar-se em prazo curto, pois contém em seu interior uma série de equilíbrios que dificilmente podem chegar a conviver sem problemas” (tradução nossa) (CARBONELL, 2003, p. 11).

<sup>12</sup> “Em uma democracia saudável, em razão da persistência dos desacordos morais e políticos, a legislação merece o respeito por parte dos magistrados, que devem ser muito cautelosos ao declarar a inconstitucionalidade de um ato, pois se estará confrontando, de um lado, a dignidade do conteúdo da decisão e, do outro a dignidade do ato legislativo e das pessoas que o utilizaram como compromisso válido na condução de suas vidas, confiando na sua execução por parte do Estado” (GALVÃO, 2014, p. 270).

decisão judicial que infirme um ato do Legislativo será invariavelmente *contrarrepresentativa*, mas não necessariamente contramajoritária (BARROSO, 2015b, p. 19-21).

Além disso, Dahl afirma que a visão dominante na Corte Constitucional nunca (ou quase nunca) fica desalinhada com a visão dos legisladores por muito tempo, portanto é irrealista pensar que a posição contramajoritária defendida pela corte seria, de fato, contrária à maioria nacional ou à maioria legislativa de forma duradoura. Em suma, a Corte Constitucional atua, na maior parte do tempo, de forma majoritária, nem que seja adiantando uma posição majoritária que ainda será formada sobre determinado tema. Não fosse assim, sua atuação seria anômala em uma democracia.<sup>13</sup> Uma vez que não possui nem a “chave do cofre” nem a “espada”<sup>14</sup> e que sua legitimidade se dá por argumentos (como será visto adiante), o Tribunal acumula capital político atuando em consonância com a maioria. Esse capital será usado nas decisões contramajoritárias protetivas de direitos fundamentais e do processo democrático.

Além desses argumentos, há o fundamento normativo para uma atuação contramajoritária, que é a simples atribuição, pela Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, do papel de intérprete final da Constituição (BARROSO, 2009, p. 25).

É importante ressaltar que, quando não for o caso de proteção a direitos fundamentais ou das regras do jogo democrático, o Judiciário deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador e disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, contribuindo, assim, para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema (BARROSO, 2009, p. 21). Ou seja, como regra geral, a decisão política deve ser tomada por agentes eleitos, tendo o os poderes Executivo e Legislativo uma preferência para tratar de matérias do interesse do Estado e da sociedade.

Em relação ao caso do aborto, existe um espaço próprio para que o legislador, como representante do povo, numa democracia, decida sobre essa questão controversa. Mas esse espaço não é infinito. Está emoldurado pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais por esta garantidos. “Portanto, em que pese o reconhecimento de uma esfera de liberdade de confirmação do legislador na regulamentação da matéria, existem limites constitucionais que devem ser observados” (SARMENTO, 2005, p. 61).

Por fim, quando o Judiciário atua de forma contramajoritária, termina por representar, argumentativamente, a sociedade ou parte dela. Essa é a outra faceta da democracia, que se passa a estudar.

### 2.1.2 A representação exercida pelo Tribunal Constitucional pela legitimidade argumentativa

A democracia, para além do princípio majoritário e do respeito aos direitos fundamentais, também consiste na representação da sociedade exercida pelo Tribunal Constitucional. Segundo Alexy (2015a), o Tribunal Constitucional, mediante a sua argumentação, que envolve um processo racional, representa o povo, circunstância que caracteriza um constitucionalismo discursivo ou democrático.

Nessa linha, a democracia pode ser concebida como um procedimento de decisão, que ocorre pela maioria deliberativa composta pelos parlamentares. Aqui, ocorre a *representação política* do povo pelo seu parlamento, segundo o princípio da maioria. Concomitantemente, a democracia pode também ser concebida como um procedimento de argumentação, pois, quando o Poder Judiciário decide, representa o povo. Nesse ponto, ocorre a *representação argumentativa* do povo pelo Tribunal Constitucional (ALEXY, 2015a, p. 53-54).

<sup>13</sup> O autor refere-se à Corte norte-americana, mas o pensamento pode ser estendido para a realidade brasileira, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, além de órgão jurisdicional típico, ao julgar recursos interpostos contra tribunais inferiores, é tribunal constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade (DAHL, 1957).

<sup>14</sup> Em alusão ao Poder Judiciário não controlar o orçamento público ou as forças armadas.

Com efeito, a representação do povo por um tribunal constitucional somente pode ser argumentativa (ALEXY, 2015a, p. 11). Isso porque a legitimidade política – rememora-se que o Tribunal Constitucional é órgão político – advém tanto da representação popular pelas eleições, que autoriza os parlamentares a tomarem decisões em nome do povo, quanto pela argumentação, situação que confere poder ao Tribunal Constitucional para decidir também em nome do povo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 1º, diz que “[t]odo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Em leitura própria do constitucionalismo discursivo, observa-se que esse art. 1º não exclui outras formas de exercício do poder pelo povo que as referidas por ele: “por meio de representantes eleitos” ou na forma direta. Essa conclusão é clara e decorre da tripartição dos poderes: se o poder é tripartido (Executivo, Legislativo e Judiciário), todos os aspectos do poder emanam do povo e devem ser por este exercidos. O Poder Legislativo é exercido pelo povo mediante a sua representação pelos parlamentares, que são eleitos (democracia representativa); o poder de administrar a coisa pública é exercido pelo povo mediante a sua representação pelos chefes do Poder Executivo nos âmbitos municipal, estadual e federal, que também são eleitos; já o poder de julgar é exercido pelo povo mediante a sua representação argumentativa realizada pelos magistrados – os quais, em sua maioria, são investidos na sua função pelo critério público e objetivo do concurso de provas e títulos – ao decidirem, motivadamente (art. 93, IX, da CF), os processos judiciais.

Disso resulta que, quando o Tribunal Constitucional decide, o faz em nome do povo, o qual é representado argumentativamente. Assim, no momento em que o STF declara uma lei inconstitucional, por exemplo, é como se o próprio povo dissesse ao Parlamento que a lei editada por este não tem validade por contrariar os interesses do povo ou por ofender os direitos fundamentais. Percebe-se, assim, que essa decisão, longe de ferir a democracia, a aperfeiçoa e a reforça.

## 2.2 A fundamentação das decisões pelo tribunal constitucional

Ao julgar os processos que a si são distribuídos, o Tribunal Constitucional deve empregar, como verificado, argumentos que tenham o condão de representar a sociedade. Para tanto, a sua argumentação deve ser objetiva e racional.

De outro lado, o Tribunal Constitucional precisa atentar para as consequências que a sua decisão causará na vida social. Esta circunstância é que caracteriza, fundamentalmente, o Tribunal Constitucional como um órgão político: como ele integra a sociedade, ele deve preocupar-se com os impactos que as suas decisões causarão na vida de todos.

### 2.2.1 A objetividade e a racionalidade dos argumentos adotados pelo Tribunal Constitucional

Em um regime democrático, todas as pessoas devem ser consideradas e tratadas como iguais. Logo, o agente investido em qualquer função pública, ao decidir sobre a coisa pública, deve fazê-lo em termos claros que permitam a compreensão da motivação pertinente por parte de todas as pessoas. Os argumentos empregados devem ser pautados por motivos objetivos; não podem derivar de subjetivismos ou particularidades do administrador público. Se este fundamenta uma decisão sua com base em particularidades, ele não trata como iguais os administrados que deverão cumprir essa decisão.

Nesse diapasão, John Rawls (2011, p. 256) desenvolveu o conceito da *razão pública*, segundo o qual:

Como pessoas razoáveis e racionais e sabendo-se que professam uma diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas, os cidadãos devem se dispor a explicar as



bases de suas ações uns aos outros em termos que cada qual possa razoavelmente esperar que os demais julguem consistentes com sua liberdade e igualdade. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que esse ideal de política democrática exige de nós.

Sinteticamente, a concepção política de justiça, num contexto de democracia liberal, proporciona uma “base pública de justificação” (RAWLS, 2011, p. 265).

A rigor, a compreensão dos motivos adotados pela figura pública passa pela possibilidade de o destinatário questioná-los, e isso apenas pode ser feito se os motivos tiverem uma base objetiva. Ao dispor de meios para questionar os motivos de determinada decisão pública, o destinatário desta atua com liberdade, razão pela qual é tratado como igual. Por essa razão, Rawls sustenta que o conteúdo da razão pública também “preconiza medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham os *meios polivalentes* que lhes possibilitem fazer uso efetivo de sua liberdade e oportunidade fundamentais” (sem grifos no original) (RAWLS, 2011, p. 263).

No caso específico do aborto, o Estado não se pode guiar por motivos religiosos para decidir a respeito, porque, segundo o princípio da laicidade do Estado (art. 19, I, CF), é seu dever garantir a liberdade do exercício de qualquer crença religiosa, inclusive o direito de não ter crença, a exemplo do ateísmo. Esse princípio impede que argumentos de ordem religiosa, ou de fé, por respeitarem à questão privada, sejam levados em consideração para a decisão sobre o aborto. Segundo Sarmiento, “[i]mposições que se baseiem não em razões públicas, mas em compreensões religiosas, ideológicas ou cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade de uma sociedade pluralista” (SARMENTO, 2005, p. 62).

A propósito, Barroso sintetiza bem a razão pública de Rawls: “a razão pública é um tipo de argumentação que se vale de elementos racionais que podem ser compartilhados pelo conjunto de cidadãos livres e iguais, independentemente de serem católicos, socialistas ou feministas” (BARROSO, 2015, p. 122).

O Poder Judiciário é um caso palpitante de razão pública. Enquanto o parlamentar pode votar uma lei por motivos particulares, até egoísticos, o magistrado não pode. No Brasil, o magistrado é obrigado a motivar a sua decisão (art. 93, IX, da CF). Essa motivação deve passar, necessariamente, por fundamentos racionais. É por essa razão que magistrado nenhum que venha a manter a criminalização do aborto invocará como argumento o fato de ele ser católico, por exemplo. Pela mesma razão, nenhum magistrado pode fundamentar uma decisão em uma interpretação absolutamente particular da sua parte, sob pena de incorrer em *solipsismo judicial*, que denota o uso do Direito, pelo magistrado, para sustentar convicções pessoais suas, ao arrepio do contraditório efetivo, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito, como anota Lênio Streck (2014). Na mesma linha, consoante Ávila (2009, p. 9-10), a decisão do magistrado com base, apenas, na sua convicção pessoal elimina o *caráter heterolimitador do direito*, não permitindo que os jurisdicionados possam reger as suas condutas segundo a lei justamente por não conhecerem, previamente, o seu conteúdo, já que este somente é revelado posteriormente à interpretação do magistrado.

A motivação em termos racionais do Poder Judiciário é mais exigível ainda no controle de constitucionalidade, no qual o Tribunal Constitucional pode assumir uma postura contramajoritária, como já visto acima. De fato, se o Judiciário irá contrariar o Legislativo, o qual representa a população, deve fazê-lo em termos absolutamente racionais. Rawls (2011, p. 276) é percuciente, nesse ponto:

Ao aplicar a razão pública, o tribunal age para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a *interesses estreitos, organizados e muitos bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista*. Se o tribunal assume esse papel e o cumpre de forma efetiva, é

incorreto afirmar que isso é claramente antidemocrático. É de fato um papel antimajoritário no que se refere à lei ordinária, pois um tribunal com prerrogativas de revisão judicial pode declarar tal lei inconstitucional. Não obstante, a autoridade mais alta investida no povo oferece sustentação ao exercício desse papel. O tribunal não é antimajoritário em relação à lei mais elevada quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria Constituição, com as emendas que recebeu e com as interpretações feitas sobre ela que tenham sido politicamente determinadas. (sem grifos no original)

Dai exsurge outra importância da razão pública: o enfrentamento da ideologia sustentada por uma maioria circunstancial que logra, mediante aprovação de legislação, atender a interesses particulares seus. Zizek ensina que a ideologia independe da veracidade do seu conteúdo, pois o que a caracteriza enquanto ideologia é a sua utilização como forma de dominação. Está-se dentro do espaço ideológico propriamente dito no momento em que o conteúdo – verdadeiro ou falso (se verdadeiro, melhor para o efeito ideológico) – “é funcional com respeito a alguma relação de dominação social (‘poder’, ‘exploração’) de maneira intrinsecamente não transparente: para ser eficaz, a lógica de legitimação da relação de dominação tem que permanecer oculta.” (ZIZEK, 1996, p. 13-14) Nesse sentido, a ideologia, que trabalha de forma oculta, equivale a um verdadeiro poder simbólico, conforme sustentado por Bourdieu: “[...] o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 1989, p. 7-8).

A criminalização do aborto pelo Código Penal, que data de 1940, reflete a sociedade machista e preconceituosa dessa época, que ignorou a autonomia da mulher, a sua liberdade sexual e os seus direitos reprodutivos. Esse contexto representa uma ideologia que desvaloriza a mulher, relegando-a à função meramente reprodutiva. E tal ideologia persiste, de forma oculta, até os dias atuais, havendo inclusive mulheres que se posicionam contrariamente à realização do aborto consentido. Portanto, ao descriminalizar o aborto consentido, o STF, utilizando-se de razões públicas, poderá elidir essa ideologia discriminatória.

Não obstante, Rawls (2011, p. 284, 299) observa que a razão pública apresenta um óbice: muitas vezes, admite mais de uma resposta razoável a determinada questão, em razão da pluralidade de doutrinas que caracteriza a cultura de uma democracia constitucional. A existência de mais de uma doutrina é que dá margem à existência de várias soluções.

Como proceder se mais de uma resposta razoável é possível?

O próprio Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito*, reconheceu que “[t]odos os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto” (KELSEN, 2009, p. 392). Exatamente por isso, Kelsen afirmava que o resultado de uma interpretação era a fixação de uma moldura em cujo interior várias possibilidades coexistiam para a aplicação do direito; o aplicador deveria, por um *ato de vontade (função voluntária)*, escolher a possibilidade que melhor lhe aprouvesse, razão pela qual a escolha da solução *correta* não seria um problema da teoria do Direito, mas um *problema de política do Direito* (KELSEN, 2009, p. 390-394).

Para obviar esse subjetivismo do aplicador do direito, Perelman sugeriu a *nova retórica*. Não é apenas o mérito do argumento que resultará na escolha de uma das respostas razoáveis decorrentes da interpretação. Também influencia a qualidade da forma pela a qual o argumento é apresentado ao auditório. A *nova retórica* busca “provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento”. Essa definição é completada por quatro observações: “a retórica procura persuadir por meio do discurso”; a retórica é mais persuasiva quando é conjugada com a lógica formal, quando as premissas de que ela parte são admitidas como verdadeiras; a “adesão a uma tese pode ter intensidade variável, algo essencial quando se trata não de verdades, mas de valores”; a noção de auditório é essencial, pois “um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer” (PERELMAN, 2004, p. 141-143).

Um esclarecimento é imperioso, contudo. Não é apenas a qualidade da forma da apresentação/exposição do argumento que conduzirá à escolha da resposta, em tese, mais adequada. Do contrário, far-se-ia um uso interesseiro da retórica como sugerido por Schopenhauer (SCHOPENHAUER, 2001, p. 3.). Com efeito, a qualidade do discurso que é apresentado ao auditório deve ser agregada ao mérito, em si, da questão de fundo que compõem o argumento.

Para evitar o simples subjetivismo do Tribunal Constitucional na escolha de uma das soluções que se mostram corretas, além da *nova retórica*, desponta a *racionalidade* da argumentação empregada. Para Alexy, tendo em vista a existência de mais de uma solução possível para uma questão jurídica, prevalecerá aquela solução que for apresentada da forma mais racional.<sup>15</sup> Diz Alexy (2015b, p. 43):

A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

A racionalidade da argumentação do Tribunal Constitucional, portanto, é cumprida quando os participantes do processo judicial e a sociedade, como um todo, podem avaliar intersubjetivamente o raciocínio adotado pelos magistrados. Para tanto, os conceitos empregados na decisão devem ser dotados de clareza.

Mais abaixo, quando a ponderação for analisada (item 4.2), perceber-se-á que a sua estruturação permite que qualquer pessoa avalie o raciocínio adotado pelo magistrado que integra a Corte Constitucional para tomar a sua decisão, o que torna, assim, a sua fundamentação racional.

No mais, conforme Alexy (2013, p. 187), exige-se dos integrantes do Tribunal Constitucional o cumprimento das seguintes regras gerais, algumas relacionadas à lógica formal, para qualquer discurso prático ser considerado racional: a) nenhum falante pode contradizer-se;<sup>16</sup> b) todo falante só pode afirmar aquilo em que ele realmente acredita; c) “todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes”;<sup>17</sup> d) diferentes falantes não podem usar o mesmo conceito para representar objetos diferentes.<sup>18</sup>

### 2.2.2 Consequencialismo

O consequencialismo ou instrumentalismo é uma das características ou aspectos do pragmatismo jurídico<sup>19</sup>. A ele se somam o contextualismo, antifundacionismo.

O contextualismo aproxima o Direito da Antropologia, implicando em indissociabilidade entre decisão e contexto sociocultural. O fundamento das práticas jurídicas seriam as interações

---

<sup>15</sup> Conforme análise feita por Trivisonno, aqui se situa uma das principais diferenças entre Alexy e Dworkin, outro renomado filósofo do Direito: “ao contrário do que ocorre em Dworkin, o modelo de Alexy não afirma existir uma solução única para toda questão jurídica” (TRIVISSONO, 2014, p. 40).

<sup>16</sup> Na lógica formal, a regra sob análise diz respeito ao princípio da não-contradição: um argumento verdadeiro não pode ser verdadeiro ou falso ao mesmo tempo, sob o mesmo ponto de vista (POLTRONIERI, 2002, p. 15).

<sup>17</sup> Na lógica formal, a regra sob análise alude ao princípio do *dictum de omni*: tudo o que é verdadeiro para um conjunto, é verdadeiro, também, para um elemento desse conjunto (POLTRONIERI, 2002, p. 16).

<sup>18</sup> Na lógica formal, a regra sob análise alude ao princípio do de identidade: “tanto o sujeito quanto o predicado denotam a mesma coisa, ou seja: *A* é *A*”. Esse é um dos motivos pelos quais, aliás, a linguagem técnica do Direito não deve ter sinônimos (POLTRONIERI, 2002, p. 16).

<sup>19</sup> Richard Posner (2010) é um dos expoentes dessa corrente de pensamento. O juiz norteamericano opõe a obediência a precedentes e o clássico positivismo jurídico a uma orientação voltada ao futuro, levando em conta o contexto social e econômico, que melhor atenderia às expectativas da sociedade. Para uma visão completa de seu pensamento.

sociais (MONTEIRO, 2015), tendo a realidade concreta em que está inserida a questão a ser decidida importância destacada para a determinação da solução adequada. O antifundacionismo ou antifundacionalismo preceitua que não se busque, para justificar uma decisão, um fundamento último, de ordem moral (BARROSO, 2015a, p. 126-128). Seria a rejeição de um princípio, ou de um conjunto deles, como razão para decidir. Já o consequencialismo, foco desse tópico, é o estilo de julgamento que “reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões”. Não é o caso de julgar fora da lei, e sim dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. “Ao juiz, torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença” e, dessa forma, decidir conforme as exigências do bem comum (PIROZI, 2008, p. 22). Trata-se faceta mais emblemática do pragmatismo judicial. Representa a ênfase no resultado prático no momento de decidir, devendo o magistrado produzir a decisão que traga as melhores consequências para a sociedade (BARROSO, 2015a, p. 126-128).

Um viés de consequencialismo relacionado ao tema aqui tratado foi observado por Leda Boechat na atuação da *Corte de Warren*: “[a] reivindicação da legalização do aborto, muito combatida sobretudo pelos católicos, e a do livre uso das pílulas anticoncepcionais [...] vão encontrando seu caminho facilitado pela preocupação com a *explosão populacional* e a *limitação da família*” (sem grifos no original) (RODRIGUES, 1991, p. 159).

O item 4.1 dedica-se à apresentação de argumentos consequencialistas relacionados ao aborto.

### **3 O ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER QUE DEVE SER RESPEITADO PELA MAIORIA**

Explica-se agora por que o aborto até o terceiro mês de gestação constitui um direito fundamental da mulher que deve ser respeitado por todos. Serão empregados dois argumentos para tanto. O primeiro embasa-se em uma fundamentação em ordem eminentemente prática. O segundo, por seu turno, versa sobre o emprego da proporcionalidade que, no conflito subjacente ao aborto consentido, qual seja, entre a dignidade da mulher e o direito à vida do feto, privilegia aquele em relação a este, desde que até o limite máximo do terceiro mês de gestação.

#### **3.1 A fundamentação pragmática da descriminalização do aborto consentido**

Seguindo a premissa antifundacionalista, nesse ponto não se farão considerações morais ou principiológicas, tratando-se apenas do contexto e das consequências da criminalização do aborto.

Iniciando pelo contextualismo, em 2016, a Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), realizada com 2.002 mulheres, mostra que ao menos 13% das entrevistadas já fizeram um aborto. Extrapolando-se essa taxa para o total estimado de mulheres que vivem no Brasil, chega-se ao surpreendente número de 4,7 milhões, o que mostra que aborto faz parte da rotina social nacional (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 653-660).

Outro dado relevante da PNA 2016 é que os índices de aborto são bem maiores entre mulheres com baixa escolaridade (até a quarta série) – 22% – quando comparados aos índices daquelas com nível médio ou superior – 11%. Além disso, são “maiores nas regiões Norte/ Centro-Oeste e Nordeste (15% e 18%) do que nas regiões Sudeste e Sul (11% e 6%)”. Índices maiores são encontrados, também, entre mulheres com “renda familiar total mais baixa (até 1 salário-mínimo – S.M., 16%) do que mais alta (mais de 5 S.M., 8%), amarelas, pretas, pardas e indígenas (de 13% a 25%) do que entre brancas”. Esse é um padrão semelhante ao observado na PNA 2010 (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 653-660).

Partindo para o consequencialismo, pesquisa realizada pelo *Guttmacher Institute*, em conjunto com a Organização Mundial da Saúde, com dados de 2010 a 2014, mostra que leis mais restritivas não levam a índices menores de aborto. O grupo de países em que o aborto ou era totalmente proibido ou permitido apenas para salvar a vida da gestante apresentou taxa de 37 abortos por 1000 mulheres (entre 15 e 44 anos). Já o outro grupo, em que o aborto consentido é permitido, a taxa foi de 34 abortos por 1000 mulheres (mesmo escopo). Essa pesquisa também mostra uma queda no número de abortos foi significativa em países desenvolvidos, que tendem a ter legislações mais flexíveis nessa matéria. De 1990 a 2014, a taxa de abortos caiu de 46 abortos por 1000 mulheres (mesmo escopo) para 27 abortos. Enquanto isso, nos países em desenvolvimento, a queda foi de 39 para 37 abortos por 1000 mulheres, uma redução bem menos expressiva (GUTTMACHER INSTITUTE, 2016). Esse dado é corroborado pela PNA, que mostrou razoável estabilidade no número de abortos entre 2010 e 2016 (15% para 13%, respectivamente).

A ilegalidade do aborto implica sua realização fora das condições plenas de atenção à saúde e, dada a magnitude do problema, passa a ser um dos maiores desafios da saúde pública no Brasil. O preço cobrado em clínicas privadas nos centros urbanos (entre R\$ 1.500,00 e R\$ 3.500,00) (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005, p. 20), que, apesar da ilegalidade, realizam abortos em melhores condições de segurança e higiene, exclui grande parte da população, que “se vê forçada a recorrer a métodos muito mais precários, que vão da ingestão de substâncias venenosas até a introdução de objetos perfurocortantes no útero” (SARMENTO, 2005, p. 43). As “casas das aborteiras”, diferentemente das clínicas privadas, cuja localização é pública para a comunidade, são locais escondidos, que abrigam práticas precárias de alto risco, utilizando-se sonda, lubrificante e bacia (DINIZ, 2012).

Histórias de dor e sofrimento são frequentes, sendo a combinação de chás, líquidos e ervas, conjuntamente ao misoprostol (cytotec) o método mais empregado. Em geral, utiliza-se o medicamento à noite para expulsar o feto durante a madrugada, e busca-se assistência médica ao amanhecer. As mulheres suportam a dor pelo tempo necessário para que o cytotec se dissolva no útero e não deixe rastros materiais do aborto ao olhar inquisitorial do médico (DINIZ, 2012).

Suportam, também, “maus-tratos como julgamento moral, ameaças de denúncia à polícia, maneiras brutas no contato físico, internação em quartos coletivos com mulheres com recém-nascidos ou longa espera até o atendimento” (DINIZ, 2012, p. 1678). O Estado, entretanto, é negligente e “sequer enuncia a questão em seus desenhos de política e não toma medidas claras para o enfrentamento do problema” (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 653-660). O problema chama a atenção também pela persistência, com proporção sobre a população praticamente inalterada entre a PNA 2010 e a 2016.

O aborto é tratado pelas políticas públicas brasileiras sob uma perspectiva religiosa e moral, o que leva ao enfrentamento da questão com a criminalização e a repressão policial. A persistência, a magnitude e a realização do aborto por mulheres de todos os grupos sociais mostram que a “a resposta fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva” (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 653-660). Esse tratamento não reduz o número de abortos e ainda impede a busca de informações de saúde por parte das mulheres, para que seja realizado de maneira segura.

Como se vê, devido aos custos relacionados ao procedimento, a solução, no caso brasileiro, não é apenas a descriminalização até o final do primeiro trimestre. Tal medida deve ser adotada em conjunto à realização gratuita pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A objeção relativa a suposta majoração de gastos por parte do SUS, com adoção da possibilidade de realizar abortos gratuitamente, pode ser debelada quando se observa que 238 mil (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005, p. 20) curetagens são realizadas pelo SUS todos os anos, o que gera custos de quase 30 milhões de reais, sem contar os gastos com UTI e outras sequelas decorrentes do aborto (SARMENTO, 2005, p. 43).

No viés pragmático e, mais especificamente, consequencialista, as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos são objeções recorrentes à atuação ativista dos tribunais constitucionais. *Efeitos sistêmicos* são as consequências para os atores envolvidos no processo, tanto públicos como privados, ou seja, para o sistema com um todo, em suas várias facetas. Já as *capacidades institucionais* se referem a como certas instituições, com suas limitações e habilidades específicas interpretar certos contextos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002), envolvendo a determinação de qual Poder está habilitado, em determinada matéria, a produzir a melhor decisão. Levando em conta esses dois pontos, temas envolvendo aspectos científicos ou técnicos de complexidade elevada podem levar a uma maior autocontenção por parte do Judiciário, por falta de informação e conhecimento específico, “sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (BARROSO, 2015a, p. 444-445.).

Quanto às capacidades institucionais, para o caso do aborto, apesar de se tratar de matéria afeita à saúde, não há óbice à atuação legítima do STF. Apesar de haver certa arbitrariedade na definição do primeiro trimestre de gestação como marco para a legalidade da interrupção da gravidez, uma vez que cientificamente o marco inicial do início da vida é controverso, é tema sobre o qual não há embate técnico procedimental relevante, sendo os métodos seguros amplamente disseminados. Ademais, o STF não invadiu ceara técnica, definindo quais métodos de abortamento deveriam ser utilizados, por exemplo. Nesse caso, prevalece uma análise moral e dos direitos envolvidos, sendo a descriminalização uma tendência mundial e que leva em conta a proporcionalidade dos direitos envolvidos, como se verá adiante.

Em relação aos efeitos sistêmicos, o impacto sobre o SUS referente à realização do procedimento gratuitamente provavelmente seria compensado pela economia com os gastos relativos a procedimentos posteriores ao aborto feito de maneira precária. Dois efeitos sistêmicos polêmicos, mas que poderiam ser considerados, são a economia com os cuidados referentes aos bebês que não irão nascer e a controversíssima correlação entre aborto e criminalidade de Levitt e Dubner. Para os autores, um dos efeitos da legalização do aborto – que leva anos para ser percebido – é seu impacto sobre a criminalidade. Levitt e Dubner justificam essa correlação alegando que os próprios motivos que levam mulheres a abortar “representam indicadores de que seus filhos, caso tivessem nascido, teriam vidas infelizes e possivelmente criminosas” (LEVITT; DUBNER, 2005, p. 138-143). Empiricamente, afirma-se que, no início dos anos 90, precisamente quando a primeira leva de crianças nascidas após *Roe x Wade* chagava à adolescência – quando estatisticamente os jovens do sexo masculino atingem o “auge criminoso” – os índices de criminalidade começaram a cair. “O que faltou nessa leva, é claro, eram as crianças mais propensas a se tornarem criminosas”.

Com base nessas ideias, poder-se-ia chegar a duas surpreendentes – e assaz polêmicas – conclusões: em relação aos efeitos sistêmicos, a legalização do aborto até o terceiro trimestre de gestação não ocasionaria prejuízos à política pública de saúde e poderia gerar benefícios a longo prazo no que se refere à criminalidade.

Além desses argumentos de ordem prática, o aborto consentido é justificado por uma argumentação racional que envolve a ponderação, como se passa a demonstrar.

### **3.2 Proporcionalidade: A ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida do feto**

A presente seção apresenta-se em três tópicos: conceituação da dignidade da pessoa humana; considerações a respeito do direito à vida pelo feto; e ponderação entre esses dois valores pela proporcionalidade.

### 3.2.1 Dignidade da pessoa humana

O aborto consentido provoca uma relação antagônica entre, de um lado, a dignidade humana da mulher, que engloba a sua autonomia e a sua igualdade, e, de outro, o direito à vida (existência) do feto.

O homem, tão só em função da sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, tem direitos (fundamentais) assegurados que devem ser respeitados por todos, inclusive pelo Estado. Esses direitos, porque inseparáveis da condição humana, são irrenunciáveis e inalienáveis. A dignidade consiste justamente no fundamento para o homem, só pela sua condição humana, ser titular de direitos.

Enquanto fundamento da República, prevista no art. 1º, III, da CF, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental que informa a aplicação e a interpretação de todos os direitos e deveres do ordenamento jurídico pátrio, cumprindo assim uma função instrumental integradora e hermenêutica (SARLET, 2015, p. 106-108). Infere-se essa conclusão pela posição topográfica da dignidade da Constituição, logo no seu primeiro artigo.

Em termos gerais, segundo Ana Paula de Barcellos (2011, p. 132), a dignidade relaciona-se com os direitos fundamentais. “Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.”

Sarmiento (2005, p. 75) atrela a dignidade da pessoa humana ao respeito à “esfera de *autodeterminação* de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros” (sem grifos no original). Para Alexandre de Moraes (2017, p. 48), a dignidade “se manifesta singularmente na *autodeterminação* consciente e responsável da própria vida [...]”. Sarlet (2015, p. 102), por sua vez, sustenta que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana reside na *autonomia* e no direito à *autodeterminação*. Pela *autonomia existencial*, segundo Bernardo Fernandes (2015, 304-305), “cada pessoa deve ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo suas escolhas desde que elas não sejam prática ilícitas (ou não prejudiquem de forma indevida direitos de terceiros)”.

Reunindo esses aspectos – autonomia e autodeterminação –, Barroso (2012, p. 160-180) apresenta, de forma completa, o conteúdo mínimo da dignidade humana: a) valor intrínseco de todos os seres humanos; b) autonomia de cada indivíduo; e c) limites impostos por restrições legítimas em nome de um valor comunitário. Não obstante, segundo Barroso, é necessário afastar o conceito de dignidade das doutrinas abrangentes não racionais, pelo que são características da dignidade: a laicidade, não podendo ser uma visão judaica, católica ou muçulmana; neutralidade, para a dignidade poder ser compartilhada, concomitantemente, por liberais, conservadores e socialistas; e universalidade, no sentido de a dignidade ser característica de toda a família humana.

Do *valor intrínseco* – a dignidade decorre, por si só, da condição humana do homem – decorrem dois postulados. O primeiro, antiutilitarista, impede que o homem seja considerado como um instrumento para a realização de alguma finalidade, pois ele próprio é um fim em si mesmo. O segundo postulado, antiautoritário, decorre do primeiro: se o homem não pode ser um instrumento, ele não é um meio para o Estado, senão o seu fim, logo, o Estado é que existe para servir ao homem, e não o contrário.<sup>20</sup> É do valor intrínseco que decorrem os direitos à *vida*, à *igualdade* e à *integridade física, moral e psíquica*.

A *autonomia*, que constitui o elemento ético da dignidade, “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas” (BARROSO, 2012, p. 168). É a *liberdade*, portanto, de a pessoa fazer as suas escolhas. Há a autonomia privada, que está na origem dos direitos individuais (liberdade de consciência e a realização do aborto, por exemplo), e a autonomia

<sup>20</sup> Esse postulado antiautoritário é reforçado por Sarlet (2015, p. 99), ao sustentar que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não contrário, já que o homem constitui finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”.

pública, que está na origem dos direitos políticos. A autonomia também está relacionada ao mínimo existencial, aquele mínimo material necessário ao exercício da liberdade e da igualdade. De pouco adianta ter a igualdade assegurada se o indivíduo não tem um lar e alimentação minimamente adequados, por exemplo.

Já a dignidade como *valor comunitário* realça o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de objetivos coletivos e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em função de uma vida boa. Assim, a autonomia pessoal do indivíduo pode ser restringida para fins da proteção de terceiros, do próprio indivíduo e dos valores sociais compartilhados. O valor comunitário, aliás, é considerado pelo Tribunal Federal Alemão (BVerGE 4,7) para justificar limitações aos direitos individuais, como, por exemplo, o fornecimento de dados pessoais seus que interessem ao poder público: “[e]m princípio o indivíduo tem que aceitar limitações de seu direito à autodeterminação sobre a informação em favor do interesse geral predominante” (MARTINS, 2005, P. 238).

Diante desses traços da dignidade da pessoa humana, é fácil constatar que o aborto consentido é um direito fundamental da mulher. Quanto ao *valor intrínseco*, sob a óptica do postulado antiutilitarista, obrigar a mulher, sob pena de crime, a prosseguir em uma gestação na qual ela não tem interesse termina por “coisificar” a mulher, transformando-a em mero instrumento para o feto. Acaba-se agregando valor maior ao acessório – feto – do que ao principal – mulher. Sob a óptica antiautoritária, o Estado, ao negar à mulher a opção pelo consentido mediante a criminalização dessa conduta, torna-a mero instrumento seu também.

No tocante à *autonomia*, a observação de Sarmiento (2005, p. 77) afigura-se percuciente: “parece evidente que o aborto envolve a autonomia reprodutiva da mulher, que tem fundamento constitucional nos direitos à liberdade e à privacidade”.

No atinente ao *valor comunitário*, nomeadamente a proteção de terceiros, entra em consideração o conflito que se estabelece entre a dignidade da mulher e direito à vida do feto. Considerações a seu respeito serão apresentadas no item 4.2.3, abaixo.

A essa altura, já é possível estabelecer uma íntima relação entre a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade.<sup>21</sup> O valor intrínseco, ao impedir que o ser humano seja considerado um objeto (meio) para alguma finalidade, exige que o mesmo tratamento seja dispensado tanto ao homem como à mulher. Evidentemente, a gravidez não exige física e psicologicamente do homem o quanto exige da mulher. Tampouco a gravidez tem o condão de tornar o homem um “veículo” para o feto durante a gestação. Assim, para assegurar a igualdade entre homem e mulher e evitar que esta seja considerada um simples meio em relação ao feto, deve ser admitido o aborto consentido.

Já a autonomia pressupõe a liberdade da mulher em escolher como conduzir a sua vida sexual e os seus direitos reprodutivos. Realmente, essa liberdade inexistente quando se impede o aborto mediante uma ameaça da imposição de pena privativa de liberdade.

### 3.2.2 Direito do feto à vida

É incontroverso que o feto tem direitos. A questão consiste em definir os seus limites e a intensidade com que eles devem ser tutelados.

O Código Civil Brasileiro – CCB (Lei n. 10.406/2002), ao dispor, no seu art. 2º, que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, adotou a teoria concepcionista (TARTUCE, 2007). A jurisprudência nacional, aqui representada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, foi enfática

---

<sup>21</sup> A própria vertente crítica dos direitos humanos, aqui representada por Joaquín Herrera Flores (2008, p. 129), para quem os direitos humanos não devem ser abstratos, justamente para fins da correta aquilatação das necessidades dos diferentes povos, considera que a dignidade humana é composta pela conjunção dos valores de *liberdade, igualdade e vida*.



nesse ponto: “Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento [...]”.<sup>22 23</sup>

Assim, é certo que o feto goza dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente no seu art. 5º. Entre eles, estão os direitos à vida e à saúde.

Contudo, afigura-se inegável que, sob o ponto de vista do feto, o seu nascimento é uma condição suspensiva (art. 125 do CCB) para a vida. Conseqüência é a proteção gradativa dos direitos ao seu desenvolvimento. A título de comparação, em uma escala progressiva, a proteção ao embrião é menor; a proteção ao feto é intermediária; e a proteção à pessoa é completa, exegese que se extrai da ADIN n. 3.510/DF. Ademais, o próprio feto merece proteção gradual à medida que possa sobreviver quando desentranhado da mãe. A propósito, a viabilidade fetal (a capacidade de o feto viver fora do útero materno, desde que com aparelhos) ocorre numa idade gestacional igual ou superior a 26 semanas, segundo bibliografia médica (ZUGABIB, 2012, p. 689).

Resulta assim que os direitos do feto são tutelados com uma intensidade menor do que os do ser humano já nascido.

### 3.2.3 Ponderação entre a dignidade da mulher e o direito à vida do feto

O aborto consentido evidencia a colisão entre a dignidade da pessoa humana da mulher grávida e o direito à (futura) vida do feto.

A colisão entre princípios é solvida, em cada caso concreto, pela técnica da ponderação. Como os direitos fundamentais, pela sua estrutura, “são o exemplo mais claro de princípios que temos no ordenamento jurídico”, a colisão entre eles ou entre princípio e direito fundamental também se soluciona pela ponderação (PULIDO, 2013, p. 93). Ademais, a ponderação igualmente tem cabimento para a solução de conflitos envolvendo bens coletivos, a exemplo do meio ambiente ou da segurança pública. (ALEXY, 2012, p. 181-182). Em todos esses casos, a ponderação decorre, fundamentalmente, da característica de os princípios, direitos ou bens coletivos em colisão serem *abstratos*, circunstância que demanda sua limitação ou restrição para fins da harmonização pretendida (ALEXY, 2015a, p. 48).

Ponderação, segundo Pulido (2013, p. 93), é a “atividade consistente em sopesar dois princípios que entram em colisão em um caso concreto para determinar qual deles têm um peso maior nas circunstâncias especificadas e, portanto, qual deles determina a solução para o caso”. É inarredável o estudo da *lei da ponderação* ou *lei do sopesamento*: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015b, p. 167).

Para a análise da ponderação, deve ficar consignada a inexistência de princípios com valor absoluto. Nem mesmo a vida é um direito absoluto, tendo em vista o cabimento da pena de morte, no caso do art. 5º, XLVII, da CF, e do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, no art. 128, II, do CP. Conforme Alexy (2015b, p. 90, 103-104), inexistente princípio com valor absoluto porque princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível das suas possibilidades fáticas e jurídicas, o que revela o seu caráter *prima facie*, e não de mandamento definitivo. Logo, princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”.

Da inexistência de princípios e direitos com valor absoluto, tem-se que o intérprete deve, sempre, se valer de uma interpretação sistemática das normas. Nenhuma norma deve ser interpretada isoladamente, como se não estivesse inserida num contexto normativo maior que lhe

<sup>22</sup> STJ. Informativo n. 547. REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.

<sup>23</sup> De há longa data, aliás, o STJ já aplicava a teoria concepcionista, embora sem se referir a ela expressamente, como se observa na seguinte passagem: “O vocábulo ‘filho’, empregado no tipo penal do art. 238 da lei 8.069/90, abrange tanto os nascidos como os nascituros” (STJ, 5ª T., REsp 48.119/RS, Rel. Assis Toledo, J. em 20/03/1995).

dá sentido e suporte (BOBBIO, 1999, p. 19). Exatamente por isso, o ex-Ministro do STF Eros Grau (2006, p. 44) ensina que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. Logo, nenhum direito fundamental – nem mesmo o que garante a vida – pode ser interpretado “em tira”, como se não estivesse inserido num contexto no qual outros direitos possam entrar em rota de colisão.

A proporcionalidade, por sua vez, consiste na ferramenta pela qual se faz a ponderação entre princípios que colidem entre si. Sua natureza jurídica é de postulado normativo, ou seja, uma “metanorma”. Postulados são, para Ávila (2004, p. 90), “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. Vale dizer, são instrumentos que indicam como deve ocorrer a aplicação de princípios e regras, principalmente na hipótese de colisão.

A proporcionalidade, teoria decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2005, p. 3), pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Übermassverbot*), de cunho negativo, ou seja, uma ferramenta para aferir se a intervenção restritiva por parte do Estado, na esfera do indivíduo, é legítima. Objetiva-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva ou desarrazoada sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da proporcionalidade: adequação (o meio promove o fim?); necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?); e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2004, p. 90).

Sob a vertente da *proibição do excesso*, já se constata a ausência de proporcionalidade na criminalização do aborto consentido. Esta medida não é *adequada*, porque, segundo os dados já analisados acima, não diminui a prática de abortos. Pelo contrário, ela incentiva que as mulheres, principalmente as desfavorecidas economicamente, procurem clínicas clandestinas que não oferecem condições mínimas de higiene e de segurança para a realização do aborto.

A medida, tampouco, é *necessária*, tendo em vista a existência de alternativas não penais que são mais eficazes que a criminalização do aborto, a exemplo, consoante Sarmiento (2005, p. 74), da ampliação dos investimentos em planejamento familiar e em educação sexual, a garantia do direito à creche, o combate do preconceito contra a mulher grávida no ambiente laboral e o fortalecimento da rede de segurança social.

A eficácia dessas medidas substitutivas à criminalização do aborto consentido é atestada por relatório da Direção-Geral da Saúde de Portugal, que aponta a “educação sexual abrangente, adequada a cada idade, fundamentada, cientificamente exata e de caráter não preconceituoso a par com a existência de serviços de planeamento familiar de qualidade” e o acesso a meios contraceptivos como fatores que contribuem para evitar a gravidez indesejada. Tal afirmação é corroborada pela redução do número de abortos por opção no país, cuja prática foi despenalizada em 2007, que eram cerca de 20.000 em 2011 e em 2015 atingiram a marca de aproximadamente 15.800, com redução gradual ano a ano (DIREÇÃO GERAL DE SAÚDE, 2015).

Mesmo que a criminalização do aborto fosse medida adequada e necessária, ela não apresentaria *proporcionalidade em sentido estrito*. Com efeito, a criminalização do aborto consentido, na hipótese da gestação de até três meses<sup>24</sup> é um *meio* que não corresponde à *finalidade* de promover a preservação da vida *in fieri* do feto. Ora, a subtração da autonomia da mulher mediante a sua “coisificação”, ao constituir um mero instrumento ao feto, não é compensada pela preservação da vida potencial do feto num estágio precoce da gravidez. Logo, nessa colisão, os direitos da mulher preferem ao direito à vida potencial do feto. A essa mesma conclusão chega Rawls (2011, p. 88), ao analisar o aborto, partindo do pressuposto de que a sociedade é bem esclarecida: “A razão disso é que, nesse estágio inicial da gravidez [primeiro trimestre], o valor

<sup>24</sup> Mais abaixo, o exame da proporcionalidade enquanto proibição da proteção insuficiente elucidará a razão de o limite máximo de três meses de gestação justificar o aborto consentido.

político da igualdade das mulheres prevalece sobre os demais e aquele direito [de realizar o aborto] é necessário para dar substância e força à igualdade”.

Conclui-se, assim, que a criminalização do aborto consentido não é medida proporcional. Contudo, essa análise da proporcionalidade, pelo prisma da proibição do excesso, parece privilegiar mais a óptica da mulher do que a óptica do feto enquanto preservação da sua chance de nascer. Então, para a ponderação entre a dignidade da mulher e o direito à vida do feto ser completa, deve-se lançar mão também da proporcionalidade enquanto proibição da proteção deficiente.

De fato, cada vez mais ganha importância a utilização da proporcionalidade como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como *proibição de insuficiência*. (SILVA, 2002, p. 41). Assim, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, pois está vinculada a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros. (SARLET, 2005, p. 3). Conforme Maria Streck (2009, p. 101), a proibição de proteção deficiente permite ao jurista verificar se um ato (ação ou omissão) do Estado viola um direito fundamental, pois todos os atos estatais têm um dever de atuação ativa em prol dos direitos constitucionalmente resguardados.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris (2012, p. 124), a proibição de insuficiência, expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, envolve dois níveis sucessivos entre si: o imperativo de tutela (ou dever de proteção) e a proibição de insuficiência propriamente considerada. No primeiro nível – dever de proteção (“se” existe o dever de proteção) –, analisa-se se há um dever de o Estado proteger determinado direito. No segundo nível – proibição de insuficiência (“como” se realiza o dever de proteção) –, a que se chega apenas em caso de constatação positiva do primeiro, avalia-se se as medidas adotadas para a proteção do direito são suficientes para a sua finalidade. Tais medidas, tendo em vista o seu cunho regulamentador, não são de competência da Constituição, mas da legislação ordinária. É exatamente nesse ponto que sucede a vinculação do próprio Poder Judiciário à proibição de insuficiência: a interpretação e a integração do direito, visto este como a legislação, são tarefas atribuídas ao Poder Judiciário, as quais são essenciais para a realização do imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Se o juiz não cumprir a sua tarefa, “se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência”.

A essa quadra, afigura-se essencial compreender, no Brasil, que o dever de garantir a vida está positivado na Constituição (primeiro nível – imperativo de tutela). Ademais, o legislador ordinário brasileiro tentou desincumbir-se do seu dever de proteção, visto no segundo nível (proibição de insuficiência), ao aprovar legislação que criminaliza o aborto consentido.

Em seguimento, é a vez de o Poder Judiciário, mediante a interpretação e a integração do direito posto, desincumbir-se da sua tarefa para realizar o imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Para tanto, ele utiliza a proporcionalidade com a finalidade específica de, no caso concreto, avaliar se a criminalização do aborto consentido protege de maneira suficiente o direito à vida do feto.

Um estudo completo sobre a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – em relação à proibição de insuficiência foi apresentado por Pulido (2013, p. 134). Após a analisar a adequação – se a restrição a um direito fundamental promove ou não a finalidade – e a necessidade – qual, entre todas as medidas, é a menos restritiva –, ele conclui quanto à proporcionalidade em sentido estrito:

Uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito **quando o grau de favorecimento do fim legislativo (a não intervenção na liberdade) é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [...]** Está proibido que a intensidade

em que não se garanta um direito de proteção seja intensa e que a magnitude da não intervenção na liberdade ou em outro direito de defesa seja leve ou média, ou que a intensidade da não proteção seja média e a não intervenção seja leve. (sem grifos no original)

Pela proporcionalidade sob o viés acima apresentado por Pulido, a criminalização do aborto não se afigura proporcional para fins de proteção do direito à vida do feto com até três meses de gestação, porquanto o grau de não realização da dignidade da mulher (direito fundamental de proteção) é superior ao grau de favorecimento do direito à vida potencial do feto (fim legislativo). Vale dizer: a criminalização do aborto, até o terceiro mês de gestação, fulmina a dignidade da mulher em um grau superior ao que promove a proteção da vida do feto. Esse limite de três meses é uma condição fática e jurídica – as possibilidades fáticas e jurídicas devem ser consideradas pelo caráter *prima facie* dos princípios – que, uma vez ultrapassado, torna o aborto consentido não proporcional. Se, antes de três meses de gestação, o feto não tem a mínima possibilidade de subsistência se desentranhado do útero materno e sequer existe um incipiente sistema nervoso, a dignidade da mulher prepondera sobre o direito à vida do feto, o que permite o aborto consentido. Ao revés, depois dos três meses, o feto já conta com um sistema nervoso (possibilidade fática), situação que lhe outorga uma proteção maior aos seus direitos (possibilidade jurídica), resultando que o seu direito à vida prepondera sobre a dignidade da mulher, razão por que o aborto consentido não pode mais ser realizado.

Logo, a criminalização do aborto consentido, desde que até os três meses de gestação, é inconstitucional, pelo que os arts. 124 a 127, todos do CP, devem ser considerados como não recepcionados pelo Constituição Federal.

Por consequência da descriminalização do aborto consentido até os três meses de gestação, além das medidas não penais observadas acima por Sarmento, o Estado criará alternativas que não incentivarão a realização do aborto como medida de controle de natalidade. O aconselhamento às mulheres que cogitam a realização do aborto quanto ao significado e às consequências deste, aliado à conscientização delas sobre a possibilidade da disposição da criança, assim que nascer, à adoção, reforçará a desnecessidade da criminalização do aborto consentido.

Não obstante todo o raciocínio expendido até agora, afigura-se pertinente registrar uma crítica tecida por Barroso. Ele sustenta que questões *verdadeiramente morais* não deveriam ser decididas pela maioria, pois elas dizem respeito a direitos fundamentais, os quais não podem ser violados nem mesmo pela maioria. Nas palavras de Barroso (2012, p. 181-182):

Sendo esse o caso, não se pode considerar que exista um consenso social significativo sobre essa matéria [descriminalização do aborto]. De fato, a única conclusão claramente perceptível é que o aborto representa um ponto de grande desacordo moral na sociedade contemporânea. Em circunstâncias como essa, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas. Em outras palavras, o Estado deve valorizar a autonomia individual e não o moralismo jurídico.

## CONCLUSÃO

Por meio de análise documental, principalmente do sistema normativo nacional e de alguns outros países, e de revisão bibliográfica, o presente artigo teve por objetivo defender a legitimidade de intervenção judicial que descriminaliza o aborto até o terceiro mês de gestação.

O Brasil tem acompanhado a tendência internacional no sentido da descriminalização do aborto consentido até o primeiro trimestre da gestação. Como marcos nesse processo, citam-se: a ADIN n. 3.510/DF, que resultou no reconhecimento da constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos; a ADPF n. 54, que resultou na

declaração, de forma abstrata, da inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal; e o HC n. 124.306/RJ, que reconheceu, com eficácia *inter partes*, a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestão no primeiro trimestre.

No tocante à legitimidade do Judiciário, defendeu-se que a democracia não consiste apenas na observância do aspecto majoritário, mas, especialmente, no respeito aos direitos fundamentais, mesmo que isso contrarie maiorias circunstanciais, que podem ser tirânicas e opressivas, no intuito de consolidar valores particulares ou interesses estreitos. Enquanto guardião da Constituição, a defesa desta contra qualquer forma de violação a esses direitos é função do Tribunal Constitucional, o qual pode ser, ao declarar inconstitucional lei violadora de direitos fundamentais, contrarrepresentativo, mas não necessariamente contramajoritário, tendo em vista o *gap* existente entre o voto nas urnas e a opinião de cada indivíduo sobre os diversos temas do cotidiano nacional.

A legitimidade do Tribunal Constitucional também deriva da racionalidade de sua argumentação. Ao se apoiar em razões públicas, o Tribunal Constitucional trata as pessoas como iguais e, mediante um constitucionalismo discursivo, tem o condão de representar argumentativamente a sociedade.

Especificamente quanto ao aborto, uma consideração pragmática demonstra que os dados apresentados permitem concluir pela ineficácia da criminalização na redução do número de abortos, tendo em vista, especialmente, sua diminuição em países que adotam legislação mais flexível e a manutenção dos índices em países que adotam legislação mais rigorosa. A precariedade decorrente da criminalização, que leva consequências nefastas para a saúde das mulheres, principalmente as de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas, também é fator que corrobora a não efetividade da punição como crime.

Em relação aos efeitos sistêmicos, a legalização do aborto até o terceiro trimestre de gestação não ocasionaria prejuízos à política pública de saúde, uma vez que o impacto sobre o SUS referente à realização do procedimento gratuitamente provavelmente seria compensado pela economia com os gastos relativos a procedimentos posteriores ao aborto feito de maneira precária; e poderia gerar benefícios a longo prazo no que se refere à criminalidade, em polêmica correlação.

Quanto às capacidades institucionais, não há óbice à atuação legítima do STF. Apesar de haver certa arbitrariedade na definição do primeiro trimestre de gestação como marco para a legalidade da interrupção da gravidez, é tema sobre o qual não há embate técnico procedimental relevante, sendo os métodos seguros amplamente disseminados. Ademais, o STF não invadiu ceara técnica, definindo quais métodos de abortamento deveriam ser utilizados, por exemplo. Nesse caso, prevalece uma análise moral e dos direitos envolvidos, sendo a descriminalização uma tendência mundial e que leva em conta a proporcionalidade de direitos fundamentais.

O cerne desses direitos é a dignidade da pessoa humana, que fundamenta a ideia do aborto consentido como um direito fundamental da mulher. Demonstrou-se que a criminalização do aborto, até o primeiro trimestre de gestão, ofenda a autonomia, a liberdade e a igualdade da mulher, atributos que derivam da sua dignidade.

Além disso, a criminalização do aborto consentido não passa pelo crivo da proporcionalidade enquanto proibição do excesso, pois ela, por si só, é incapaz de evitar a realização da interrupção da gestação. Tampouco pela proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente, já que a criminalização do aborto, até o terceiro mês de gestação, época em que é impossível ao feto sobreviver se desentranhado do útero materno, fulmina a dignidade da mulher em um grau superior ao que promove a proteção da vida do feto.

Logo, a criminalização do aborto consentido, desde que até os três meses de gestação, é inconstitucional, pelo que os arts. 124 a 127, todos do CP, devem ser considerados como não recepcionados pela Constituição Federal. Isso representa posição imparcial do tribunal constitucional, que não deve tomar partido em discussões morais, mas apenas permitir que as

pessoas expressem o seu ponto de vista. Por isso, a descriminalização do aborto é correta: quem é contra não é obrigado a fazer o aborto e pode continuar expressando a sua ideia contrária; quem é a favor do aborto, pode fazê-lo, desde que nos limites da lei (até os três primeiros meses de gestação).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. A existência dos direitos humanos. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: TRIVISSIONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 173-200.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. Ed. Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (org). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 919, 2012, p. 127-196.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *O Interesse Público IP*. Belo Horizonte, nº. 19, ano 5 Maio / Junho 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50962>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 10. ed., 1999.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2012.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta S.A., 2003.

DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. 1957. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

DINIZ, Débora. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. *Ciência & Saúde Coletiva*, 17(7), 2012. p. 1671-1681.

\_\_\_\_\_, MEDEIROS, Marcelo, MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional do Aborto. *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(2), 2017. p. 653-660.

DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE. Relatório dos registros das interrupções da gravidez: dados de 2015. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/ficheiros-de-upload-diversos/relatorio-de-ig-dados-2015-pdf.aspx>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Andaluza: Atrapasueños, 2008. Livro eletrônico. Disponível em: <<http://joaquinherreraflores.org/content/libros-publicaciones>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUTTMACHER INSTITUTE. *Abortion Rates Declined Significantly In the Developed World Between 1990 and 2014: Rates in the Developing World Have Remained Mostly Unchanged*. 2016. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/news-release/2016/abortion-rates-declined-significantly-developed-world-between-1990-and-2014>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEVITT, Steven D., DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto de tudo o que nos afeta*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MONTEIRO, L. C. de Almeida. REGO, G. B. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. *Pensar, Fortaleza*, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015.

MORAES, Alexandre. *Direito humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, a. 59, n° 187, p. 19-33, out./dez. 2008.

POLTRONIERI, Renato; CAMARGO, Jane Bueno. *Lições preliminares de lógica formal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê. *Belo Horizonte*: 2005. Disponível em: <  
<https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/manuais/081.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005. Disponível em: <  
<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.



SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão: exposta em 38 estratagemas*. Tradução de Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. *Entenda o que é anencefalia*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Ciência e Cultura*, vol. 64, n. 2, São Paulo Abril/Junho, p. 40-44, 2012. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a17v64n2.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prática na teoria discursiva do direito de Alexy. In: TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-68

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

ZUGAIB, Marcelo. *Zugaib Obstetrícia*. ET al. 2. Ed. Barueri: Manole, 2012.