



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

BRUNA ALMEIDA SERRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DO ABORTO

BRASÍLIA

2019

BRUNA ALMEIDA SERRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DO ABORTO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado para a obtenção do grau de
bacharel em Direito do Centro Universitário
de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Betina Günther Silva

BRASÍLIA

2019

BRUNA ALMEIDA SERRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DO ABORTO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado para a obtenção do grau de
bacharel em Direito do Centro Universitário
de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Betina Günther Silva

Brasília, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Betina Günther Silva, Me (Orientadora)

Prof. Examinador

RESUMO

A interrupção voluntária da gravidez se mostra um tema de grande repercussão em diversos lugares do mundo, uma vez que, envolve direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à vida, à privacidade, à liberdade, autonomia sobre o próprio corpo, igualdade entre homens e mulheres, dentre outros. Hoje, visualiza-se que se trata de uma questão de saúde pública que necessita ser autorizada e regulamentada nos países. No Brasil, apesar de a temática ser discutida desde período anterior à redemocratização, o Poder Legislativo se mostra conservador e, pautando-se por valores morais e religiosos, recusa-se a legalizar a prática ou, ainda, busca aumentar as penas e restringir as hipóteses legais. Assim, restou ao Poder Judiciário, ao ser provocado por diversas vezes, a discussão da questão, sob o argumento de garantir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. No entanto, tal atitude pode ser vista como ativismo judicial, no sentido de uma atitude demasiado proativa do Supremo Tribunal Federal que implicaria a usurpação de poderes daqueles eleitos democraticamente para discutir o assunto.

Palavras-chave: Aborto. Direitos fundamentais. Poder legislativo. Feminismo. Movimentos sociais. Poder judiciário. Ativismo judicial. Usurpação de competências.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que sempre esteve ao meu lado, me abençoando em todos os momentos difíceis. E, também, aos meus pais, pelo apoio dado durante toda a trajetória.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas bênçãos concedidas nos momentos mais difíceis e por ter me concedido a força necessária para seguir em frente.

A minha mãe, por sempre ter estado ao meu lado, mesmo que à distância, me dando forças e todo o apoio, sem o qual eu não teria chegado até aqui.

Ao meu pai, pelo apoio, força e incentivo dados até agora.

A minha orientadora, pelo suporte e ajuda durante a caminhada.

E a todos aqueles que, direta ou indiretamente, me apoiaram e me incentivaram a não desistir, meus sinceros agradecimentos.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ABORTO | 10 |
| 1.1 Noções de Direitos Fundamentais | 10 |
| 1.1.1 <i>Dimensões dos Direitos Fundamentais</i> | 13 |
| 1.1.2 <i>Características dos Direitos Fundamentais</i> | 14 |
| 1.2 Direitos Fundamentais envolvidos no aborto | 16 |
| 1.3 Tensão/conflito entre direitos fundamentais | 20 |
| 2. O HISTÓRICO DAS TENTATIVAS DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO | 23 |
| 2.1 Os movimentos internacionais | 23 |
| 2.2 Os movimentos nacionais e os projetos de lei apresentados no Congresso Nacional | 26 |
| 2.3 A atuação do Judiciário | 30 |
| 2.3.1 <i>No mundo</i> | 30 |
| 2.3.2. <i>No Brasil: HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54, HC 124.306, ADI 5.581, ADPF 442</i> | 32 |
| 3 A QUESTÃO DO ABORTO E O ATIVISMO JUDICIAL | 39 |
| 3.1 Ativismo judicial | 39 |
| 3.1.1 <i>As dimensões do ativismo judicial</i> | 42 |
| 3.1.2 <i>Críticas ao ativismo judicial</i> | 44 |
| 3.2 O ativismo judicial e a questão do aborto | 47 |
| CONCLUSÃO | 52 |

| | |
|--------------------------|-----------|
| REFERÊNCIAS | 54 |
|--------------------------|-----------|

INTRODUÇÃO

De acordo com a Associação para o Planejamento da Família (APF), aborto é uma prática que visa a interrupção da gravidez até o período de 20 (vinte) a 22 (vinte e duas) semanas. Divide-se em espontâneo, quando decorre de um evento acidental ou natural, e induzido, ou seja, uma interrupção voluntária da gestação.

No Brasil, a prática do aborto foi criminalizada pelo Código Penal (CP) editado em 1940. Em seus artigos 124 a 128, prevê as seguintes espécies de aborto: provocado com o consentimento da gestante, sem o consentimento da gestante e as duas espécies de aborto legal (o decorrente de estupro e quando a gestação traz riscos à vida da mãe, também chamado de aborto necessário).

Contudo, tal questão é alvo de discussões jurídicas, uma vez que, de um lado, diversos movimentos lutam pela sua descriminalização, como forma de priorizar o direito à escolha da mulher, respeitando seus direitos humanos. E de outro, muitos grupos enxergam a questão por meio de valores morais e religiosos.

Tendo isso em vista, vislumbra-se que a temática do aborto engloba diversas perspectivas como, por exemplo, a saúde pública, os direitos das mulheres, incluindo o direito ao próprio corpo, e questões de gênero, além de envolver política e religião.

Dessa forma, no primeiro capítulo, encontra-se uma gama de direitos em conflito, sendo necessário a ponderação dos valores em questão. A legalização do aborto pode ser vista, dessa forma, como uma forma de reconhecer a autonomia individual das mulheres, constituindo direito de liberdade em face do Estado, que deve deixar que questões ligadas à privacidade do indivíduo sejam por ele decididas.

Ressalve-se, ainda, que é uma questão de saúde pública séria, pois as mulheres não deixam de abortar ao se proibir a conduta, mas o fazem em clínicas clandestinas, submetendo-se a inúmeros riscos e acabando por gerar ainda mais custos para o Estado. Frise-se, ainda, que o número de mulheres submetidas a tais riscos é, em sua maioria, de mulheres pobres.

Passa-se então ao segundo capítulo, onde é realizado um estudo sobre as tentativas realizadas no Brasil e no mundo, por meio dos movimentos internacionais, dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Sarmiento (2005) destaca que há anos o mundo tem passado por tentativas de transformar as legislações, de modo a legalizar tal prática. Essas tentativas se fundamentam na luta em garantir direitos fundamentais às mulheres, uma vez que os direitos reprodutivos são considerados como direitos humanos, tendo sido eficaz em diversos países onde hoje se garante o direito ao aborto em determinados prazos. O mesmo autor afirma ainda que a legislação pátria é uma das mais severas no cenário mundial.

Nessa esteira, é certo que o tema do aborto tem uma grande visibilidade no Congresso Nacional. Entre os anos de 1946 e 1995, foram apresentados ao Poder Legislativo quarenta e seis projetos de lei que trataram sobre o tema. Dentre eles, vinte e seis projetos visavam mudanças no Código Penal acerca da matéria.

De 1996 até 2007, mais de quinze projetos de lei foram protocolados no Congresso Nacional. Dentre eles, alguns foram favoráveis à descriminalização, ao passo que os demais chegaram a incentivar que o aborto fosse considerado crime hediondo. Até os dias de hoje, diversas propostas foram protocoladas. Contudo, nenhum desses projetos foram aprovados.

Tal fato demonstra que o Congresso Nacional não possui a intenção de descriminalizar a prática, ou sequer colocar o tema em sua agenda, uma vez que, qualquer posição, favorável ou contrária, trará fortes repercussões em termos eleitorais.

A partir disso, o Poder Judiciário viu a necessidade de manifestar determinado posicionamento através de suas decisões, vez que se judicializou a matéria e o Estado não pode deixar de decidi-la.

Assim, considerando a negativa do Poder Legislativo em permitir a prática, o Poder Judiciário tem produzido decisões favoráveis ao aborto, tornando-se um legislador indireto. Contudo, esse ativismo pode ser considerado como uma usurpação de poderes, vez que é função do Legislativo, eleito democraticamente pelo povo, criar a legislação e tipificar condutas.

Por isso, no terceiro capítulo, buscou-se entender até que ponto o Judiciário pode se impor em detrimento do legislador, afetando ou não o princípio da separação de poderes.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ABORTO

1.1 Noções de Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais são direitos reconhecidos na perspectiva do direito constitucional interno de cada Estado. Contudo, não basta que estejam previstos na Constituição para que sejam considerados como direitos fundamentais. É preciso que ele possua uma fundamentalidade formal e material (SARLET, 2017).

O primeiro ponto, qual seja, a fundamentalidade formal, se liga ao direito constitucional positivo, devendo possuir três elementos: (i) ser parte da constituição escrita, possuindo uma supremacia hierárquica sobre as demais normas; (ii) estarem submetidos a limites formais e materiais para a reforma constitucional (procedimento agravado e ser parte do rol de cláusulas pétreas) e, (iii) serem diretamente aplicáveis, vinculando as entidades públicas e, também os entes privados. Ou seja, possuem um regime jurídico qualificado, com a previsão, inclusive, de ações próprias para garantir tais direitos (SARLET, 2017).

Faz-se importante ressaltar que muitos autores diferenciam direitos humanos de direitos fundamentais. Como já mencionado, os direitos fundamentais são os direitos, de maneira geral, ligados à pessoa humana, que estão positivados no direito constitucional de um determinado Estado. Designam as prerrogativas concretizadas em garantias de dignidade, igualdade e liberdade. Os direitos humanos, por sua vez, relacionam-se com os direitos previstos por documentos internacionais que reconhecem o ser humano sem vinculá-lo necessariamente a um Estado. Objetam-se, entretanto, que não existem direitos que não sejam do homem (SILVA, 2014). Dentre suas principais características, destaca-se seu caráter supranacional e universal, devendo ser respeitados por todas as pessoas e em todos os lugares.

Além disso, alguns direitos fundamentais como, por exemplo, os direitos reprodutivos por estarem previstos de forma mais específica nos instrumentos internacionais são vistos como direitos humanos. Ademais, no que diz respeito às características e dimensões/gerações, elas são as mesmas, encontrando-se pequenas diferenças de acordo com o enfoque adotado. Por isso, ao longo dos capítulos, se pode enxergar as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como sinônimos.

Ressalve-se ainda que, no artigo 5º, parágrafos (§§) 2º e 3º da Constituição Federal (CRFB/88) há a previsão de que ainda que não expressamente previstos, os direitos e garantias adotados em tratados internacionais também serão observados e que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo quórum específico possuirão a mesma hierarquia das emendas constitucionais. *In verbis*:

(Art. 5º) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Dessa forma, fica evidente que os direitos fundamentais e os direitos humanos se encontram previstos de maneira semelhante.

No que tange as origens dos direitos fundamentais, é passível que seus primórdios não se encontrem na Antiguidade. Contudo, através da religião e da filosofia, o mundo antigo foi capaz de influenciar o pensamento jusnaturalista que trouxe a concepção de que o ser humano possui direitos naturais e inalienáveis (SARLET, 2012).

Silva (2014) afirma que foi na Idade Média que surgiram os primeiros sinais das declarações de direitos, através de leis que limitavam o poder do monarca. Considera-se a *Magna Charta Libertatum*, do século XIII, como o principal documento quando se trata da evolução dos direitos humanos e fundamentais. Foi firmada em 1215 e buscava garantir aos nobres alguns privilégios feudais. Ressalte-se que tal documento não contemplava a população em geral, e sim, os homens livres.

Foi nesse mesmo período que se desenvolveu a ideia de postulados com cunho suprapositivo, que orientavam e limitavam o poder. Além disso, Santo Tomás de Aquino, através da concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, afirmava existir duas correntes distintas, uma ligada ao direito natural e outra ao direito positivo. Trouxe ainda, como ideia de valor fundamental a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

Com a chegada dos séculos XVI, XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista chegou ao ápice do seu desenvolvimento. Houve a laicização do direito natural e, no contexto

do século XVI, alguns teólogos pugnavam pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, expressos pelos direitos da liberdade e da dignidade da pessoa humana. No mesmo século, começou a disseminar-se os direitos ligados à personalidade, como a vida, a integridade corporal e a imagem e, também, o direito à liberdade (SARLET, 2012).

Outro marco importante foi a Reforma Protestante, que ensejou o reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto na Europa. Tal evolução culminou na edição das Declarações de Direitos da Inglaterra (século XVII), também denominada de Petição de Direitos, de 1628, e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689, decorrente da Revolução Gloriosa (SARLET, 2017).

Além disso, autores pregavam pelo reconhecimento de direitos relativos à autodeterminação do indivíduo, da tolerância religiosa, da liberdade de manifestação e supressão da censura (SARLET, 2012).

Com o início do século XVIII, os pensadores iluministas, baseados nas ideias de John Locke, começaram a reconhecer que tais direitos, como o direito à vida, à propriedade e à liberdade seriam oponíveis inclusive aos detentores do poder. Ademais, nesse mesmo período iniciou-se a elaboração doutrinária da teoria dos direitos naturais do homem (SARLET, 2012).

Ressalve-se, no entanto, que apesar da importância das declarações mencionadas (Declarações de Direitos da Inglaterra e a Declaração de Direitos), a positivação dos direitos e liberdades civis não pode ser considerada como o nascimento dos direitos fundamentais. Isto decorre do fato de tais declarações não vincularem o Parlamento e, portanto, não serem dotadas da necessária supremacia e estabilidade. Não havia a constitucionalização dos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

Por fim, traz-se a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789), que se encontram no contexto inaugural do Estado Constitucional e foram responsáveis pela consagração dos direitos humanos e fundamentais (KRIELE apud SARLET, 2017). Tais declarações foram a marca de transição entre os direitos e liberdades inglesas e a constitucionalização dos direitos fundamentais. Eles possuiriam, a partir de então, o caráter universal e a supremacia dos direitos fundamentais, vinculando todos os poderes públicos (SARLET, 2012).

1.1.1. Dimensões de direitos fundamentais

Com o passar do tempo e com a evolução, os direitos fundamentais foram sendo agrupados em dimensões/gerações. Assim, eles são divididos em direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensão, conforme os bens/valores que tutelam. Os direitos de primeira dimensão decorreram do pensamento liberal existente no século XVIII, que era marcado por seu cunho individualista. Por isso, tais direitos buscavam garantir a não intervenção do Estado, uma zona de autonomia individual. São chamados de direitos negativos, pois se dirigem a uma abstenção do Poder Público (SARLET, 2012). Tais direitos foram os primeiros a serem positivados e, além disso, são considerados universais, por serem indispensáveis aos homens (BRANCO, 2014).

Sarlet (2012, p. 47) cita como exemplo de direitos fundamentais de primeira dimensão “os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”, menciona ainda os direitos relacionados às “liberdades de expressão coletivas (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.)” e aqueles que se relacionam à participação política. Bonavides (2014) afirma serem os chamados direitos civis e políticos, correspondentes à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente.

Esses direitos possuem universalidade formal, de modo que não há Constituição que não os reconheça em toda sua extensão. São direitos de resistência/oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2014).

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, surgiram do impacto causado pela industrialização em massa e dos graves problemas sociais e econômicos que ocorreram no século XVIII (SARLET, 2012). Bonavides (2014) preceitua que, assim como os direitos de primeira geração, estes nasceram nas esferas filosóficas e políticas, com cunho ideológico, dominando as Constituições do pós Segunda Guerra Mundial.

Eles atribuem ao Estado um papel positivo na busca da justiça social. E são responsáveis por garantir ao homem direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, dentre outros (SARLET, 2012). Tentou-se estabelecer a liberdade real, igual para todos os indivíduos através de uma ação corretiva do Estado (BRANCO, 2014).

Tal dimensão inclui ainda as chamadas liberdades sociais que incluem o direito de “liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito de férias e ao repouso semanal remunerado”, o salário mínimo e a jornada de trabalho limitada (SARLET, 2012, p. 48).

Por fim, a terceira dimensão de direitos fundamentais, também conhecida como direitos de solidariedade e fraternidade, retira a visão do homem como um indivíduo isolado visando a proteção dos grupos humanos como a família, um povo ou uma nação, por exemplo. Eles possuem uma titularidade coletiva/difusa que muitas vezes é indefinida e indeterminável (SARLET, 2012).

Muitos desses direitos ainda não estão reconhecidos constitucionalmente, sendo trazidos no âmbito do direito internacional em diversos tratados e outros documentos, exigindo esforços e responsabilidades muitas vezes em escala mundial para que haja a sua efetivação. Alguns exemplos são o meio ambiente e a qualidade de vida, a paz, o desenvolvimento e, ainda, garantias acerca de manipulações genéticas, do direito de morrer com dignidade ou à mudança de sexo (SARLET, 2012).

Ressalve-se que, quando se trata de Direitos Humanos, se fala apenas em direitos de 1ª e de 2ª dimensão, quais sejam, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

1.1.2. Características dos direitos fundamentais

No cenário atual, adota-se uma concepção contemporânea de direitos humanos. Tal situação teve origem com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovado em 10 de dezembro de 1948, que trouxe um caráter universal e indivisível para esses direitos (PIOVESAN, 2002).

Os direitos humanos são universais porque se aplicam a todos os indivíduos (PIOVESAN, 2002, p. 17). De acordo com Branco (2014), os direitos fundamentais seriam indispensáveis ao homem e indivisíveis, pois sua observância deve ser geral, ou seja, não se deve falar em respeito aos direitos culturais, sociais, econômicos etc. de maneira individual. No momento que há a inobservância de um destes direitos, há a violação de todos os direitos humanos e dos direitos fundamentais, pois eles

“compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada” (PIOVESAN, 2002, p. 17).

Além disso, seriam absolutos por estarem no patamar máximo na hierarquia das normas, não tolerando restrições. Contudo, é passível que os direitos fundamentais possam ser limitados frente a outros valores constitucionais ou, ainda, outros direitos fundamentais (BRANCO, 2014).

Ademais, os direitos fundamentais se caracterizam pela historicidade e são inalienáveis/indisponíveis, constitucionalizados, capazes de vincular todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de aplicabilidade imediata.

Seriam caracterizados pela historicidade, vez que seriam um conjunto de direitos que valeriam apenas em um determinado contexto histórico. Podem assim ser reconhecidos em determinadas épocas, mas rejeitados em outras (BRANCO, 2014).

São inalienáveis pois não podem ser alvos de atos de disposição, não podendo ser vendidos, doados, destruídos ou renunciados, por exemplo. Além disso, Branco (2014, p. 146) afirma que “indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica” ou preservar as condições de saúde, bem como garantir que o indivíduo possa tomar decisões sem qualquer tipo de coerção.

São direitos que vigem em uma determinada ordem jurídica concreta e, por isso, são garantidos em um determinado espaço e época. Tal característica se denomina de constitucionalização dos direitos fundamentais (BRANCO, 2014).

Além disso, por estarem constitucionalizados, tais direitos se mostram como parâmetros de organização ao passo que limitam a atuação do legislador. Assim, os atos dos poderes devem respeitar os direitos fundamentais, sob pena de sua total invalidade (BRANCO, 2014). Assim, os direitos fundamentais são capazes de vincular todos os poderes estatais, garantindo o mínimo de justiça que deve ser assegurado a todas as pessoas, independentemente de qualquer característica (BARROSO, 2016).

Por fim, as normas que preceituam os direitos fundamentais, em geral, possuem aplicabilidade imediata, via de regra, nos termos do §1º do art. 5º da CRFB/1988, em geral, não demandando uma tradução jurídica feita pelo legislador pátrio (BRANCO, 2014).

É o que preceitua ainda José Afonso da Silva (2000), afirmando que, em sua maioria, as normas que tratam dos direitos e garantias fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Assim, elas serão aplicadas até onde possam ser cumpridas, não podendo, por exemplo, o Poder Judiciário se escusar de aplicá-las no caso concreto.

1.2 Direitos fundamentais envolvidos no aborto

A questão do aborto envolve diversos direitos que influenciam na decisão de descriminalizar a conduta ou não. Entre eles, encontram-se o direito à vida do feto, e os direitos que, no momento em que a nova ordem jurídica foi formulada, sofriam transformações, incluindo os direitos reprodutivos como direitos humanos. Essa inclusão visa garantir o respeito aos principais direitos afiançados às pessoas, como a liberdade, a privacidade, a autonomia sobre sua vida, a igualdade, a saúde etc.

O primeiro direito a ser discutido quando se fala em interrupção voluntária da gravidez é a proteção constitucional que se dá à vida. Contudo, deve-se discutir até que ponto essa proteção alcança o feto (SARMENTO, 2005).

Ronald Dworkin (2009, p. 15) afirma que os defensores do movimento “pró-vida” parecem “pressupor a afirmação derivativa de que um feto já é, desde o momento da sua concepção, uma pessoa em sua plenitude moral, com direitos e interesses de importância igual aos de qualquer outro membro da comunidade moral”.

O feto seria uma pessoa com direito à vida e caberia ao Estado proteger esse direito. Contudo, o autor rebate a ideia ao afirmar que não seria possível dar qualquer sentido à ideia de que um feto tem interesses próprios já no momento de sua concepção (DWORKIN, 2009).

Sarmiento (2005) defende que a vida intrauterina também é alvo de proteção constitucional, porém, em intensidade menor do que a vida de alguém que nasceu. O autor afirma também que a tutela da vida do feto aumenta de acordo com o desenvolvimento deste no útero e a possibilidade de vida extrauterina.

Um dos fatos que demonstram a diferença no nível de tutela da vida intrauterina para a vida extrauterina pode ser visualizado quando se compara as penas aplicadas ao aborto (1 a 3 anos) e as aplicadas ao crime de homicídio (que pode chegar a 20

anos). Ou seja, fica claro que, segundo o ordenamento jurídico, a vida de um nascido vale mais do que a vida do feto (SARMENTO, 2005).

Além disso, de acordo com argumentos científicos, não há qualquer chance de mínima racionalidade até a formação do córtex cerebral que ocorre a partir do terceiro mês. Assim, antes do segundo trimestre de gestação, o feto não possui pensamentos ou sentimentos. Por isso, ainda que possua vida, o nascituro ainda não é pessoa (SARMENTO, 2005).

Dworkin (2009) assevera que causar dor a um feto que já é dotado de um sistema nervoso desenvolvido o suficiente contrariaria seus interesses. Entretanto, o feto só possui a consciência necessária para sentir dor quando sua mãe está em um grau avançado da gestação.

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1985, apud SARMENTO, 2005, p. 68) afirmam ainda,

É seguro, porém, que (a) o regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direito dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a proteção da vida intrauterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intrauterina.

No mundo, tem prevalecido esta ideia, que garante proteção constitucional ao feto, mas em menor grau do que a concedida à vida extrauterina (SARMENTO, 2005).

Dessa forma, atribuir um direito à vida absoluto ao feto causaria uma lesão a diversos direitos das gestantes, como, por exemplo, a integridade física, psíquica e moral, o direito à liberdade etc. e, por isso, tal direito deveria ser relativizado (SARMENTO, 2005).

No que tange ao direito à saúde da mãe, Sarmento (2005) afirma que a forma como a conduta foi inserida no Código Penal Brasileiro afrontaria duplamente tal direito. Primeiramente, a legislação não traz como hipótese legal o risco à saúde e,

assim, obriga-se as gestantes a levarem a termo gestações que podem colocar em risco ou lesionem diretamente sua saúde física e psíquica.

Em segundo lugar, há uma lesão coletiva à saúde de todas as mulheres que se encontram em idade fértil e se submetem a procedimentos realizados de maneira clandestina e sem qualquer condição mínima de segurança e higiene, o que acarreta muitos riscos à vida e à saúde (SARMENTO, 2005).

Sarmento (2005, p. 72) traz a definição de saúde adotada pela Organização Mundial de Saúde, qual seja, “saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. O autor destaca ainda,

O direito à saúde envolve tanto um aspecto defensivo como uma dimensão prestacional, como, de resto, praticamente todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais. Na dimensão defensiva, este direito atua como um mecanismo de bloqueio, para impedir que condutas do Estado ou de terceiros venham a lesar ou ameaçar a saúde do titular do direito. E a dimensão prestacional impõe ao Estado deveres comissivos, no sentido de formular e implementar políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas, bem como fornecer prestações materiais aos cidadãos correlacionados à saúde, tais como atendimento médico e medicamentos. Portanto, o direito à saúde não é exclusivamente um direito positivo ou negativo. Ele desempenha simultaneamente ambas as funções (SARMENTO, 2005, p. 72).

Essa dimensão negativa estaria ligada à proibição da prática ainda que em casos que ofereçam riscos à saúde física e psíquica da mãe, e que se configura em uma lesão a tal direito. Já a dimensão positiva se relaciona ao fato de o Estado precisar garantir a realização dos procedimentos médicos de maneira segura no sistema público de saúde (SARMENTO, 2005).

É importante ressaltar que a legislação que trata do assunto é totalmente ineficaz para evitar o aborto e proteger a vida intrauterina, provocando ainda uma exposição das mulheres, principalmente de classes sociais mais baixas, a riscos desnecessários e graves. A proibição do aborto serviria apenas para matar mulheres e deixar graves sequelas em outras (SARMENTO, 2005).

Outro direito colocado em questão quando o assunto é a descriminalização ou não do aborto é a dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil - que implica reconhecer a autodeterminação de cada ser para

tomar as decisões mais importantes de suas vidas e de lidarem com elas sem a interferência do Estado ou de terceiros (SARMENTO, 2005).

É evidente que gerar ou não um filho se inclui nessas decisões. A maternidade pode modificar de maneira total suas vidas, e isto ocorre porque, ainda hoje, é sobre as mães que recaem os maiores pesos dessa escolha. E, por isso, tal direito a decidir se encontra ligado à autonomia reprodutiva da mulher, que se liga ainda aos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (SARMENTO, 2005).

Assevera-se ainda,

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão [...]. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não deixaram ainda de ser crianças, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não tem condições financeiras de manter os filhos (DWORKIN, 2009, p. 143)

No que tange ao direito à igualdade, o que se sustenta é que a vedação do aborto viola a igualdade entre os gêneros, vez que impõe às mulheres um ônus que não se exige aos homens. Exemplifica-se a questão com o fato de que nenhuma lei obriga um pai a doar sangue a seu filho, ainda que seja indispensável à sua vida, vida essa protegida com maior intensidade pelo ordenamento jurídico. Sem contar que atinge, também, a igualdade social, pois produz impactos desproporcionais às mulheres das classes mais baixas (SARMENTO, 2005).

É possível perceber no bojo da Constituição de 1988 diversos dispositivos que trazem os direitos mencionados acima. Já em seu artigo 1º, o texto constitucional afirma que é garantido a todos os indivíduos, como fundamentos da República, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. No artigo 3º estão elencados os objetivos fundamentais, entre eles promover o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação (PIOVESAN, 2017).

O *caput* do artigo 5º, que traz as garantias e direitos fundamentais, afirma que todos são iguais, vedado qualquer tipo de discriminação, ou seja, rege-se pelo princípio da igualdade. Esse princípio é reafirmado no inciso I que diz que homens e

mulheres são iguais em direitos e obrigações. Isso determina que todos os dispositivos existentes que corroborem com a discriminação das mulheres não deveriam ser recepcionados (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

O inciso X do mesmo artigo assegura serem invioláveis a intimidade, a honra, a imagem, bem como a vida privada das pessoas. E o parágrafo 2º do artigo 5º demonstra o caráter internacional dos direitos humanos, prevendo que serão respeitados os direitos expressos, os que decorrem de princípios e os que estão em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

O texto constitucional em seu Título VIII disciplinou a ordem social, destacando-se o direito à saúde e ao planejamento familiar. O artigo 196 garante que a saúde é um direito de todos, sendo um dever do Estado reduzir o risco de doenças e outros agravos através de políticas públicas que visem o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (BRASIL, 1988).

1.3 Tensão/conflitos entre direitos fundamentais

No caso de ocorrência de um conflito entre regras, analisar-se-á sua validade, vez que, duas normas opostas não podem conviver no mesmo ordenamento jurídico ao mesmo tempo. Quando tal conflito for entre princípios, no entanto, deve-se buscar a conciliação, um juízo de ponderação no caso concreto, para aplicar aquele que melhor se adequa, de modo que um princípio não seja excluído do ordenamento por ser contrário a outro (BRANCO, 2014).

Além disso, Ingo Sarlet (2017), afirma que nenhuma ordem jurídica pode proteger ilimitadamente os direitos fundamentais, sendo certo que estes não são absolutos. Logo, os direitos fundamentais estão submetidos a limites e sujeitos a serem restringidos.

Ressalve-se que limitar direitos fundamentais se caracteriza por ações ou omissões dos poderes públicos ou de terceiros que dificultem, diminuam ou até mesmo excluam o acesso ao bem jurídico tutelado, prejudicando seu exercício ou, ainda, diminuindo os deveres do Estado de garantia e promoção provenientes dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003 apud SARLET, 2017).

As limitações aos direitos fundamentais se subdividem em três espécies: (i) restrição por expressa disposição constitucional; (ii) restrição por norma legal promulgada com fundamento na Constituição e, ainda, (iii) restrições por força de colisões entre os direitos fundamentais, mesmo que não haja uma limitação ou autorização expressa ao legislador. Direta ou indiretamente, faz-se necessário, contudo, que a restrição tenha fundamento constitucional (STERN apud SARLET, 2017).

Assim, os direitos fundamentais que poderiam ter aplicação bastante ampla podem ser restringidos se isso se tornar indispensável para garantir que outros direitos constitucionais sejam efetivados (NEUNER apud SARLET, 2017).

Nessa esteira, para solucionar o conflito entre os direitos no caso concreto, não se deve considerar que exista uma hierarquia abstrata entre os valores constitucionalmente tutelados. Não se pode, porém, simplesmente ter um desses valores sacrificados em favor do outro. Deve-se respeitar a proteção dada pela Constituição a esses direitos, harmonizando seus preceitos (SARLET, 2017).

Deve o intérprete/aplicador analisar a importância dada aos valores com base no caso concreto e, também, estar receptivo às hierarquizações eventualmente concedidas pelo legislador democraticamente eleito (SARLET, 2017).

Tal juízo de ponderação está diretamente ligado ao princípio da proporcionalidade. Assim, deve haver o menor prejuízo possível, preservando a essência, o núcleo dos direitos no caso concreto. Branco (2014, p. 184) afirma ainda que, “no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter ‘pesos abstratos’ diversos”.

Assim, um direito prevalecerá sobre o outro em função das peculiaridades de cada caso concreto, não existindo um critério predeterminado (BRANCO, 2014).

Ainda no que tange ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, diz-se que se tratam dos “limites dos limites”, vez que servem para balizar o legislador ao restringir tais direitos. Os limites mencionados se referem ainda à clareza, generalidade, determinação e proporcionalidade das restrições impostas (MENDES, 2014).

Ávila (2005 apud SARLET 2017) conceitua esse núcleo essencial como a parcela do direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, não sendo mais

reconhecido como um direito fundamental. Dessa forma, mesmo que o legislador pudesse restringir tais direitos, ele estaria vinculado ao núcleo dos direitos (CANOTILHO apud SARLET, 2017).

Nessa esteira, faz-se mister ressaltar que a conceituação não é pacífica no mundo. Alguns autores, que se filiam à teoria absoluta, entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como “uma unidade substancial autônoma”, que em qualquer situação se encontraria a salvo (MENDES, 2014, p. 213). Assim, existiria um espaço suscetível a limitação do legislador e outro insuscetível de regulação (MENDES, 2014).

Para uma outra corrente, denominada de teoria relativa, o núcleo essencial seria definido em cada caso concreto, de acordo com o objetivo buscado pela norma. Desse modo, ele só seria determinado através da utilização da ponderação entre meios e fins, conforme o princípio da proporcionalidade (MENDES, 2014).

Logo, segundo Gavara de Cara (1997 apud MENDES, 2014, p. 213), “o conteúdo essencial não é uma medida preestabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais”.

No ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer manifestação expressa acerca da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, o texto constitucional instituiu as denominadas “cláusulas pétreas”, direito e garantias individuais que não podem ser alvo de propostas de emendas constitucionais que pretendam aboli-las. O que reforçou a ideia de um limite do limite (MENDES, 2014).

2 O HISTÓRICO DAS TENTATIVAS DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

2.1 Os movimentos internacionais

Em primeiro lugar, faz-se necessário compreender por que o direito à interrupção voluntária da gravidez tem sido e deve ser observado pelo Poder Público, em suas três esferas: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nessa esteira, é importante ressaltar que direitos reprodutivos são aqueles ligados ao exercício, de maneira livre, da sexualidade e dos direitos de reprodução. Nessa seara, estão inclusos os direitos aos serviços e à saúde adequada, informação, educação e meios aptos ao controle de natalidade, bem como a procriação sem riscos (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

Afirma-se que a luta pelo reconhecimento dos direitos reprodutivos teve início com as reivindicações das mulheres acerca da questão reprodutiva. Essas lutas demonstravam o conflito entre a maternidade obrigatória, uma demonstração da dominação do homem sobre a mulher, e a contracepção, que significaria a liberdade (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

Maria Betânia de Melo Ávila (1994, p. 9) assevera ainda que

A noção de direitos reprodutivos se constrói a partir da prática política das mulheres em torno de sua demanda na esfera reprodutiva. No século XIX e na primeira metade do século XX, aparecem na cena pública os movimentos por direitos femininos, que reivindicavam acesso à educação e ao voto, centrados na busca por igualdade. É também desse período a movimentação em torno do direito à regulação da fecundidade como um assunto de ordem política, constituindo-se, assim, em um novo campo de enfrentamento no processo histórico da construção da cidadania.

Com o passar do tempo, a tensão entre a maternidade obrigatória e a concepção mostrou-se insuficiente e, por isso, passou-se a considerar a concepção, o parto, a contracepção e o aborto de maneira interligada, de modo que, o impedimento ao acesso a cada um deles leva a mulher a um lugar de submissão (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

Os primeiros contornos do que se consideram os direitos reprodutivos foram delineados na Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra a Mulher em 1979 (BRASIL, 2002). Buscou-se colocar um fim na discriminação

em termos médicos e relativos ao planejamento familiar. Homens e mulheres devem ser respeitados como seres em pé de igualdade. Exigir-se-ia assim, um duplo papel do Estado: primeiramente, encerrar a discriminação na área da saúde e, em segundo lugar, garantir o acesso a todos os serviços, incluindo o de planejamento familiar (PIOVESAN, 2002).

Além disso, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994) trouxe importantes princípios éticos ligados aos direitos reprodutivos. Piovesan traz ainda um dos princípios da Conferência ocorrida no Cairo, em 1994

O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena e igual participação da mulher na vida civil, cultural, econômica, política e social, nos âmbitos nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, 1994, princípio 4)

Fica evidente a intenção de garantir às mulheres o direito e a responsabilidade de decidir sobre a maternidade, assegurando ainda todo suporte para que essa decisão seja tomada, como o acesso à informação e aos mecanismos para exercer tais direitos e responsabilidades. Ao passo que os homens teriam uma responsabilidade pessoal e social, a partir do seu comportamento sexual e da sua fertilidade, responsabilizando-se pela saúde e bem-estar das mulheres a sua volta (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo foi responsável por inserir a temática de direitos reprodutivos como direitos humanos, com a necessidade de programas que atinjam a saúde reprodutiva, visualizando o aborto como uma séria questão de saúde pública. Isto decorreu da ativa participação do movimento internacional de mulheres nas fases preparatórias e durante a Conferência em si. Além disso, deu um grande destaque à necessidade de participação masculina na procriação e contracepção (LINHARES, 1998 apud PIOVESAN, 2002).

Em 1995, ocorreu em Beijing, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, que firmou definitivamente a noção de direitos das mulheres como direitos humanos, bem como a noção de saúde e direitos reprodutivos e o reconhecimento dos direitos sexuais. Tal conferência recomendou ainda que fossem revistas as legislações que punissem o aborto em âmbito interno, por ser considerado um problema de saúde pública, o que foi um avanço em relação à Conferência do Cairo, que não tratou das políticas repressivas ainda vigentes (LINHARES apud PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

Ademais, a Conferência de Beijing reiterou o direito à opção livre e informada, respeitando a integridade física, bem como o direito de não sofrer qualquer tipo de discriminação ou coerção nos assuntos relacionados à vida sexual e reprodutiva, que já estavam consagrados na Conferência do Cairo (PIOVESAN; PIROTTA, 2017).

A Declaração da IV Conferência Mundial sobre Mulher reafirmou, também,

O compromisso de combater as limitações e obstáculos e promover o avanço e o fortalecimento da mulher em todo o mundo; garantir a plena observância dos direitos humanos das mulheres e das meninas como parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e garantir o acesso igualitário e a igualdade de tratamento de homens e mulheres na educação e atenção de sua saúde, promovendo a saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Reconhece também que o direito das mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria sexualidade, constitui uma base fundamental para o gozo e exercício de outros direitos humanos. Aduz, ainda, que, na maior parte dos países, a falta de atenção aos direitos reprodutivos da mulher limita drasticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e de pleno exercício de outros direitos políticos e econômicos (PIOVESAN; PIROTTA, 2017, p. 453-454).

Assim, a temática dos direitos reprodutivos, entre eles o aborto, como um direito humano compreende o campo da autodeterminação, privacidade, autonomia individual, liberdade, dentre outros. Um espaço onde o Estado não deve interferir e onde não deve haver qualquer tipo de discriminação ou coerção (PIOVESAN, 2002).

Contudo, ressalve-se que

Os documentos básicos dessas Conferências, mesmo não sendo textos legais, como os tratados internacionais, configuram-se, a partir de seus princípios básicos, aprovados por consenso pelos Estados membros das Nações Unidas, como fonte do direito que devem ser incorporados na sua interpretação e aplicação (LINHARES apud PIOVESAN; PIROTTA, 2017, p. 451).

Por fim, Sarmiento (2005) afirma que exigir dos Estados a adoção de providências que garantam que as mulheres não sejam expostas aos riscos decorrentes de um aborto inseguro é uma forma de interpretar o direito à saúde previsto constitucionalmente.

2.2 Os movimentos nacionais e os projetos de lei apresentados no Congresso Nacional

No cenário nacional, a sociedade ainda é bastante conservadora quando se trata da interrupção voluntária da gravidez. Tal situação provém do fato de que esta ainda está atrelada a pensamentos que criminalizam apenas as mulheres, sem se importar quem são, com sua mortalidade, com a capacidade dos programas de planejamento familiar e ainda o contexto familiar a que pertencem (ANJOS, 2013).

Com o passar dos anos o tema tem aumentado sua visibilidade com o movimento feminista que, no início, tratava apenas do direito individual da mulher sobre seu próprio corpo, com base na autonomia e liberdade. A liberdade e autonomia implicam a possibilidade de a mulher escolher ou não ser mãe, abrangendo dessa maneira a questão do aborto (ROSA, 2016).

A história do feminismo está intimamente ligada ao debate acerca do controle da população e do planejamento familiar. Além disso, o movimento reafirmou a existência do direito de opção no que tange à vida reprodutiva e sexual como um valor central da cidadania feminina. As decisões sobre a natalidade não deviam se pautar em preceitos religiosos, geopolíticos ou em metas demográficas (PITANGUY, 1999).

A visibilidade teve início no final dos anos 1970 e início dos anos 1980 com o surgimento dos movimentos sociais na esfera pública, em diversos países, ampliando sua agenda. Esses movimentos se encontravam fora dos marcos tradicionais e foram capazes de trazer para o debate público temas ligados à saúde e aos direitos reprodutivos (PITANGUY, 1999).

No Brasil, em seus primeiros anos de atuação no campo político, o movimento feminista buscava construir uma base apoiada por grupos autônomos e expandir o alcance de suas propostas, a fim de atingir as organizações de classes, sindicatos e

universidades. Com isso, o movimento foi um destaque por sua visibilidade, e foi um dos primeiros movimentos a conquistar espaços governamentais (PITANGUY, 1999).

Dentro do movimento era pacífico o entendimento de que questões que se relacionassem à sexualidade e aos direitos reprodutivos, entre elas o aborto, eram estruturantes do próprio movimento (PITANGUY, 1999).

Ainda durante os anos 1970, não havia uma interlocução entre o movimento e o Poder Executivo. Contudo, buscou-se outros parceiros, estabelecendo alianças importantes com as universidades e também procurou-se sensibilizar a imprensa para que divulgasse de forma menos preconceituosa a agenda feminista (PITANGUY, 1999).

Nos anos 1980, houve o crescimento da influência de mulheres em partidos de oposição, principalmente, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e o Partido dos Trabalhadores (PT). E com a vitória destes partidos nas eleições seguintes, abriu-se espaço para a agenda feminista, através da criação de conselhos, que visavam propor e implementar políticas públicas com a perspectiva de gênero. Ademais, criou-se as primeiras delegacias especializadas no atendimento à mulher (PITANGUY, 1999).

Das articulações com as universidades e em conjunto com o Ministério da Saúde, criou-se o Programa de Assistência Integral a Saúde da Mulher (PAISM), sendo uma das primeiras iniciativas para incorporar os princípios feministas nas políticas públicas. Contudo, não tratou da questão do aborto, ainda que mencionasse o planejamento familiar da ótica da saúde (PITANGUY, 1999).

Assim, em 1985, o movimento feminista articulou, com o então candidato à presidência, a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). E foi através do CNDM e dos diversos conselhos estaduais e municipais que uma parcela significativa das propostas das mulheres foi incluída na Constituição Federal de 1988 (PITANGUY, 1999).

Já em 1987, ocorreu a I Conferência Nacional de Saúde da Mulher, em Brasília, onde se colocou em destaque a proposta de descriminalização do abortamento, considerado um problema de saúde pública e que não havia sido mencionado pelo Programa de Assistência Integral a Saúde da Mulher (PITANGUY, 1999).

No que tange à questão, Jacqueline Pitanguy (1999, p. 30) afirma ainda,

Com relação ao abortamento – tema ainda tabu e oculto –, cabe ressaltar que os anos 80 correspondem a um momento de visibilização do tema. A partir de episódios de flagrantes policiais em clínicas clandestinas e da abertura de processos penais contra mulheres e médicos ocorridos no início da década no Rio de Janeiro, o movimento feminista traz à luz a questão, ainda relegada aos porões do debate público. Escrevendo para jornais, organizando mesas-redondas, visitando as mulheres que respondiam a processos penais, as feministas conseguem incluir o abortamento voluntário nas temáticas que integravam a agenda política do País nos anos 80.

Ao longo do processo constituinte, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher enviou ao todo mais de 120 propostas e emendas. Entre elas, se destaca por tratar da ausência, no texto da constituição, de uma proposição, que foi apresentada pela Igreja Católica e setores evangélicos, acerca da defesa da vida desde a concepção (PITANGUY, 1999).

Ainda em 1989, o mesmo Conselho lançou uma campanha nacional denominada “Maternidade, Direito e Opção”, visando discutir sobre o aborto. Com isso, promoveu no Congresso Nacional uma reunião, na qual participaram o movimento das mulheres, médicos e profissionais da saúde, parlamentares, acadêmicos, para discutir as temáticas mais importantes da saúde feminina, com ênfase no aborto (PITANGUY, 1999).

Os anos 1990 se caracterizaram pela presença de organizações não governamentais (ONGs) que atuaram no desenvolvimento de programas sociais, principalmente, nos que tangem à questão da paz, da saúde, dos direitos humanos, sexuais e reprodutivos (PITANGUY, 1999).

No que concerne às tentativas de legalizar a prática do aborto através de projetos de lei, pode-se observar que no Poder Legislativo, entre 1964 e 1979, treze projetos de lei relacionados aos direitos reprodutivos foram apresentados. Contudo, apenas quatro estavam ligados efetivamente ao aborto: um sobre a descriminalização e outros três que tratavam da ampliação das possibilidades da interrupção voluntária da gravidez. Dois deles foram discutidos, mas rejeitados nas comissões técnicas (ROCHA, 2006).

Nessa seara, cabe destacar que em 1969 foi editado um novo Código Penal que não chegou a entrar em vigor. Nele estava previsto a incriminação do aborto, salvo as exceções já previstas, mas aumentava as penas nos casos de autoaborto ou

na permissão que outrem o fizesse, ressalvado os casos de defesa da honra (ROCHA, 2006).

Entre 1979 e 1985, foram apresentados sete projetos de lei. Cinco deles diretamente voltados à questão do aborto e outras duas propostas ligadas a projetos sobre anticoncepção. Nas propostas ligadas à incriminação, existiram três projetos específicos: um que previa a descriminalização e os demais que aumentavam os permissivos legais (ROCHA, 2006).

Nos anos que se referem à transição democrática, foram apresentados quatro projetos que tratavam do tema da legalização do aborto: dois projetos em 1986 e dois projetos em 1988. Ambos possuíam uma visão restritiva em relação ao tema, de modo a demonstrar uma reação conservadora (ROCHA, 2006).

No período pós redemocratização (a partir de 1989) houve uma maior intensidade nos debates do Congresso Nacional acerca da temática. Logo após a Constituinte, foram apresentadas seis propostas, sendo a sua maior parte com o intuito de descriminalizar a prática ou aumentar os permissivos legais. Nos anos 1990, foram apresentados mais vinte e três projetos de lei favoráveis à prática do aborto. No início da década seguinte, mais trinta e quatro propostas foram apresentadas. No entanto, nenhuma dessas propostas foi aprovada (ROCHA, 2006).

Hoje, estão em tramitação cerca de nove projetos que tratam do tema da legalização do aborto. É o caso do Projeto de Lei 7.443/2006, de autoria do deputado Eduardo Cunha, que pretendia tornar a prática do aborto um crime hediondo; do Projeto de Lei 478/2007, que enseja a criação do Estatuto do Nascituro e; por fim, o Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2015, que pretende acrescentar no artigo 5º da Constituição Federal que todos são iguais perante a lei “desde a concepção” (DOLCE, 2018).

Além destes, encontram-se em tramitação os demais projetos: o Projeto de Lei 1.459/2003, de autoria do deputado Severino Cavalcanti, que pretende aplicar a pena de reclusão nos casos em que o aborto ocorrer em face de anomalia, uma vez comprovado que o feto nascerá com anomalia; o Projeto de Lei 1.545/2011, também do deputado Eduardo Cunha, prevendo o aumento das penas para o médico que realizar o aborto; o Projeto de Emenda Constitucional nº 181/2015, do senador Aécio Neves, tratando do aumento da licença maternidade nos casos de bebês prematuros,

reconhecendo o direito à vida desde a concepção e buscando proibir a venda de pílulas do dia seguinte (UNIVERSA, 2018).

Ressalve-se que, dentre todos os projetos que atualmente estão em tramitação no Congresso Nacional, apenas um - a sugestão nº 15/2014 - prevê a regulação da interrupção da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação (UNIVERSA, 2018).

2.3 A atuação do Judiciário e a legalização do aborto

A temática sobre legalizar ou não a prática do aborto é controversa e, por isso, em inúmeros países, foi preciso a interferência do Judiciário para que a prática se tornasse legalizada ou, ainda, mais restrita. No Brasil, não é diferente e, em diversas situações, recorreu-se às decisões judiciais para buscar a assistência à prática.

2.3.1 No mundo

O tema da legalização da prática do aborto é polêmico em todo mundo. E, em alguns países, a legalização veio através de decisões judiciais nas Cortes Constitucionais.

A Alemanha, no período anterior à reunificação, por exemplo, possuía leis divergentes sobre o tema. Na Alemanha Ocidental exigia-se um certificado médico sobre a necessidade do aborto, ainda que no início da gravidez. Já na Alemanha Oriental, como em outros países comunistas, o aborto era permitido e considerado como um método comum para o controle da natalidade (DWORKIN, 2009).

Com a unificação, foi necessário que em 1992 o Parlamento adotasse uma lei capaz de conciliar todo o país. Tal lei permitia que as mulheres decidissem se precisavam ou não abortar nos três primeiros meses. Contudo, por ser considerada por alguns como inconstitucional, a lei foi objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional (DWORKIN, 2009).

Hoje, admite-se o aborto na Alemanha, com base em uma emenda que garante que não se falará em crime quando a mulher consultar um conselheiro sobre a decisão e marcar a intervenção após, pelo menos, três dias da sessão.

Na Polônia, por sua vez, o aborto era praticamente livre, mas a partir de 1993 o país passou a adotar uma lei muito mais restritiva do que o resto da Europa, excetuando-se a Irlanda (DWORKIN, 2009).

A Grã-Bretanha legalizou a prática do aborto em 1967. Já a Irlanda, em 1983, inseriu em sua Constituição a emenda que reconhece a proteção à vida desde a gestação. Isso fez com que diversas mulheres que desejavam abortar o fizessem na Inglaterra. Após uma grande polêmica em 1992, convocou-se um plebiscito e a maioria optou por aprovar uma emenda que garantia o direito às mulheres de abortarem no exterior, bem como que as informações sobre os serviços circulassem na Irlanda (DWORKIN, 2009).

Nos Estados Unidos da América o conflito acerca do tema é mais acirrado. Em 1973, o Supremo Tribunal, no caso *Roe contra Wade*, declarou que a lei que criminalizava a prática de aborto, salvo nos casos de risco para a vida da mãe, vigente no Texas era inconstitucional. Além disso, o Tribunal afirmou que qualquer lei de qualquer estado que proibisse a prática nos dois primeiros trimestres, ou até o sétimo mês de gestação, era inconstitucional (DWORKIN, 2009).

A sentença do juiz Blackmun declarou que deve ser garantido o direito constitucional à privacidade nas questões de procriação, incluído o direito ao aborto. Já o voto dissidente do Juiz Rehnquist preceituou que não haveria qualquer direito constitucional de controlar a própria fecundidade. Haveria apenas um interesse à liberdade, mas que não teria o mesmo peso (DWORKIN, 2009).

Outras decisões da Suprema Corte já haviam se manifestado acerca do reconhecimento do direito constitucional de tomar as decisões relativas à procriação como, por exemplo, a decisão que previa o direito ao acesso aos anticoncepcionais (DWORKIN, 2009).

A decisão no caso *Roe contra Wade* foi acompanhada por diversas críticas, sobretudo acerca do fato de que juízes não eleitos haviam decidido a questão. Assim, Ronald Dworkin afirma,

De um só golpe, em Washington, um tribunal de nove juízes que haviam sido nomeados e não eleitos para seus cargos, e que nem foram unânimes em sua decisão, mudara radicalmente as leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos. Muitas pessoas, sobretudo as mulheres, ficaram encantadas. Outras, em particular os membros de diferentes grupos religiosos, sentiram como se tivessem

sido golpeadas no estômago: um tribunal distante lhes havia dito para fecharem os olhos àquilo que seus extintos e religiões diziam ser o assassinato em massa de crianças inocentes ainda em gestação. A guerra do aborto havia começado, e desde então só fez aumentar de intensidade. Os grupos “pró-vida”, alguns dos quais organizados e orquestrados pela Igreja Católica, passaram a ter uma atuação política. Tentaram convencer o Congresso a deflagrar um processo de emenda à Constituição que declarasse explicitamente que, nos termos desse documento, os fetos deviam ser tratados como pessoas, e suas vidas deviam ser tão integralmente protegidas quanto as de qualquer outra pessoa (DWORKIN, 2009, p. 7).

Afirmava-se, também, que a opinião do Tribunal poderia estar correta, mas que ele não poderia decidir no julgamento de maneira absoluta. Tais decisões políticas cabem às Assembleias Legislativas dos estados, eleitas pelo povo e não aos juízes (DWORKIN, 2009).

As plataformas presidenciais exigiam a nomeação de juízes que seriam capazes de revogar a decisão proferida, de modo a proibir novamente o aborto. Contudo, os novos juízes nomeados não só declararam apoio a decisão no caso *Roe* contra *Wade*, como em 1992, o Tribunal votou por maioria a recusa da revisão de uma decisão de um tribunal inferior, que havia derrubado a lei antiaborto da Ilha de Guam (DWORKIN, 2009).

2.3.2 No Brasil: HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54, HC 124.306, ADI 5.581, ADPF 442

As primeiras discussões concretas sobre o aborto tiveram início no Supremo Tribunal Federal (STF) com o ***Habeas Corpus (HC) 84.025/RJ***. Nesse caso, houve a discussão dos casos de fetos anencefálicos. O juiz de primeira instância no caso havia indeferido o pedido liminar, por não haver previsão legal. Em face de tal decisão, o Ministério Público recorreu e, na segunda instância, foi deferida a liminar para a realização da intervenção, que foi confirmada posteriormente. A partir da decisão, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente da associação Pró-vida, ingressou com um pedido de *habeas corpus* visando desconstituir a decisão. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou que o caso não se enquadrava nas hipóteses previstas no Código Penal, reformando a sentença, de modo a proibir a intervenção cirúrgica (SGANZERLA, 2019).

Com a negativa do Superior Tribunal de Justiça, a gestante e algumas associações impetraram o *habeas corpus* em questão com base na coação da liberdade, a necessidade de tutela da saúde física e mental e da dignidade da pessoa humana. O relator, Ministro Joaquim Barbosa, deferiu liminarmente o pedido, pois em nenhum momento houve a preocupação com os direitos da mãe, apenas analisou-se os direitos do nascituro, um feto que estava fadado ao fracasso e à morte, segundo diversos estudos multidisciplinares. Esqueceu-se dos direitos da gestante que são constitucionalmente protegidos e que devem possuir o mesmo peso. Afirmou ainda que a proteção de um não pode ser capaz de gerar a exclusão do outro (FRIGÉRIO, 2003, apud SGANZERLA, 2019).

O Ministro entendeu que ao se ponderar os valores que devem ser tutelados, ou seja, a vida extrauterina inviolável e a liberdade e a autonomia da mulher, os segundos devem prevalecer. A mulher deve ter a liberdade de escolher aquilo que será melhor para seus interesses, convicções morais e religiosas, bem como o seu sentimento pessoal frente a gravidez de um feto anencefálico (SGANZERLA, 2019).

A primeira discussão nesse caso foi se a prática poderia ser de fato considerada como aborto, uma vez que não se pode falar em retirar a vida do feto se não existe o sistema nervoso. Isso demonstra novamente que valores religiosos (como a teoria da concepção) baseiam as decisões políticas e judiciais.

Após essa primeira discussão, foi proposta no Supremo Tribunal Federal a **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510**, que teve como alvo o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Tal lei garante a possibilidade de utilização de células-tronco para fins de pesquisa, respeitadas as seguintes condições: serem embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, contados da data da publicação da lei ou aqueles que já estavam congelados no momento da publicação, completarem três anos e; o consentimento dos genitores. Ademais, os projetos de pesquisas devem estar submetidos aos conselhos de ética em pesquisa respectivos e não poderá ocorrer a comercialização do material biológico (SGANZERLA, 2019).

O Procurador Geral da República argumentou que os dispositivos da lei contrariavam a inviolabilidade do direito à vida. Considerou assim, que o embrião *in vitro* é vida humana (SGANZERLA, 2019).

Os ministros no caso afirmaram que o embrião não pode ser considerado uma vida, porque faltam as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas. Assim, nem todo embrião humano se tornará uma pessoa. Nesse caso, então, não há que se falar em concepção e nascituro, bem como em interrupção de vida humana (SGANZERLA, 2019).

Declarou-se, dessa maneira, a constitucionalidade da referida lei, por entender-se que ela não violaria os princípios da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à saúde, não podendo ainda, as pesquisas em células-tronco serem consideradas como aborto, vez que o embrião não pode ser considerado como vida (SGANZERLA, 2019).

Em 2012, foi julgada a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54**, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. A ADPF pretendia estender a permissão do aborto necessário aos casos de fetos anencefálicos (SGANZERLA, 2019).

Nesse caso, o ministro Marco Aurélio concedeu a liminar, que foi posteriormente cassada pelo Plenário, por considerar o caráter irreversível da interrupção da gravidez. Contudo, um dos argumentos do ministro Marco Aurélio foi o de que não se discutiria a descriminalização do aborto, mas sim a antecipação do parto de um feto anencefálico. O aborto se relacionava à vida, entretanto, no caso de um feto anencefálico não há que se falar em vida possível. A manutenção da gestação nesses casos poderia trazer sérios riscos à integridade física e psíquica da mãe e de toda a família (SGANZERLA, 2019).

Finalmente, o ministro afirmou: “a questão posta nesse processo – a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas” (MELLO, 2012, p. 45).

Em uma outra discussão, no **Habeas Corpus 124.306/RJ**, o caso levado para análise da Corte não foi diretamente a descriminalização do aborto, mas sim da prisão preventiva dos donos de uma clínica clandestina, presos em flagrante. Apesar de não tratar diretamente do tema, em seu voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso se manifestou pela desconstituição da prisão, uma vez que a criminalização da prática é

incompatível com diversos direitos fundamentais (direitos sexuais e reprodutivos, autonomia da mulher, integridade física e psíquica, dentre outros) (BARROSO, 2016).

Ressalte-se que o mesmo afirmou que seria preciso conferir uma interpretação conforme a Constituição dos artigos que criminalizam a conduta (artigos 124 a 128¹ do Código Penal), de modo a excluir do seu âmbito de incidência o aborto efetuado até o primeiro trimestre (BARROSO, 2016). Frise-se, não há na Constituição nenhuma previsão de permissão do aborto até os três primeiros meses.

Além disso, afirma que a tipificação viola o princípio da proporcionalidade, considerando que

(i) Ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que se pretende tutelar (a vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em situações adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (BARROSO, 2016, p. 2).

Assim, segundo o Ministro, a criminalização do aborto durante o primeiro trimestre estaria vulnerando o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Seria uma restrição que extrapolaria os limites aceitos pela Constituição (BARROSO, 2016).

Além disso, mostra-se inconstitucional no momento em que, para que seja compatível com a Constituição, a tipificação penal de uma conduta exige que seja um

¹ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

BRASIL (1940).

bem jurídico relevante, que tal comportamento não seja um exercício legítimo de um direito fundamental e, por fim, que exista a proporcionalidade entre a prática e a reação do Estado (BARROSO, 2016). Para ele, a criminalização do aborto seria “apenas uma reprovação simbólica da conduta” (BARROSO, 2016, p. 14).

Faz-se necessário mencionar a **Ação Direta de Inconstitucionalidade/Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADI/ADPF) nº 5.581**, que trata do aborto dos fetos microcefálicos. Em 2016, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, com o apoio do Instituto de Bioética, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental mencionada acima. Dentre os diversos pedidos, buscou-se a interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal em conformidade com a Constituição Federal, utilizando-se dos mesmos argumentos da ADPF n. 54, que tratou dos fetos anencefálicos (MACHADO; SILVA, 2017).

Argumentou-se que deveria se levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade do direito à saúde e à reprodução, admitindo-se até mesmo a interrupção da gravidez nos casos de microcefalia. Assim, pediu-se que fosse declarada inconstitucional a interpretação que considera aborto a interrupção da gravidez de fetos microcefálicos (MACHADO; SILVA, 2017).

Segundo a Associação Nacional dos Defensores Públicos, a mulher acometida da epidemia de *Zika* se encontra em estado de necessidade, vez que, obrigá-la a manter a gestação traria um sofrimento psicológico e colocaria em conflito diversos princípios constitucionais: o direito à vida do feto, o direito à vida digna e sem sofrimento, a liberdade e o direito à saúde mental da gestante (MACHADO; SILVA, 2017).

A Advocacia Geral da União se manifestou de forma contrária por entender que através da ação pretendia-se que o Supremo Tribunal Federal agisse de forma positiva, criando uma nova forma de enfrentamento da questão. A Procuradoria Geral da República entendeu que, de fato, obrigar a mulher a manter a gestação nesses casos representa um risco à sua saúde mental, ferindo o direito à garantia de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis (MACHADO; SILVA, 2017).

O procurador esclarece ainda, que a norma que protege a inviolabilidade da vida é a mesma que assegura a liberdade, não havendo qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais, ou

mesmo conflito entre os direitos da gestante e do feto, como foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54. Desta forma o Estado deve prestigiar o direito à saúde da mulher em todos os seus aspectos, físico, mental e social.

Por fim, o Procurador ressalta que a decisão de interromper a gravidez será sempre da gestante, tratando apenas da reprodução como um direito conferido a ela e não um dever (MACHADO; SILVA, 2017, p. 131-132).

Após a manifestação da Advocacia Geral da União e do Procurador Geral da República, o Congresso se manifestou afirmando que é um dever da Casa Legislativa alterar a norma, que até o momento possui o respaldo do Parlamento. Ademais, ressaltou que no caso da ADPF 54 o Supremo Tribunal Federal relativizou o direito à vida com base na viabilidade do nascituro. Deste modo, o pedido da ADI/ADPF 5.581 é incompatível com as decisões da Corte, vez que os fetos microcefálicos são, em sua maioria, viáveis (MACHADO; SILVA, 2017).

Por fim, há que se tratar da **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442**. Tal ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 2017, com a finalidade de que os artigos 124 e 126 do Código Penal sejam declarados não recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Para os pedidos, o partido afirma que a criminalização do aborto afronta princípios e direitos fundamentais garantidos na Carta Constitucional. Debate-se, ainda, que os motivos que ensejaram a proibição da prática em 1940 não se sustentam mais, sendo uma forma de coerção do Estado para impedir o pluralismo.

O PSOL assevera, também, que afronta a dignidade da pessoa humana das mulheres e afeta de maneira desproporcional as mulheres de baixa renda, que acabam por realizar procedimentos mais inseguros do que as que possuem melhores condições financeiras e mais informações. Afronta ainda o direito à saúde e à integridade física e psicológica, vez que a proibição gera um número grande de mortes e danos à saúde das mulheres.

Ressalve-se que a ADPF 442 teve como um de seus embasamentos o Habeas Corpus 124.306/RJ, já mencionado anteriormente.

O julgamento da ADPF não foi marcado, mas a Ministra Rosa Weber convocou audiência pública para debater o tema, ocorrida em agosto de 2018. Na audiência, mais de 40 representantes foram selecionados, dentre eles especialistas,

organizações nacionais e internacionais como, por exemplo, representantes do Ministério da Saúde, da Academia Nacional de Medicina, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

Dessa forma, demonstra-se que, com frequência, o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado para que resolva a questão. Contudo, tal decisão pode significar uma usurpação das competências do Poder Legislativo, previstas constitucionalmente desde 1988.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DO ABORTO

3.1 O Ativismo Judicial

Tendo em vista que o direito à interrupção voluntária da gravidez deve ser visto na seara dos direitos fundamentais e partindo-se da premissa de que a criminalização da prática é incompatível com o ordenamento jurídico, faz-se necessário entender se o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, pode atuar na proteção deste direito e até que ponto isso pode ocorrer.

Primeiramente, é preciso diferenciar judicialização de ativismo judicial. A judicialização ocorre quando questões que possuem uma grande repercussão política ou social são decididas pelo Poder Judiciário. Envolveria assim, uma transferência de poder para órgãos do Judiciário em detrimento das instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2009).

Uma das grandes causas da judicialização foi a redemocratização do país, com a Constituição Federal de 1988. Nesse momento, o Poder Judiciário se tornou um poder político, que tem como função fazer valer a Carta Constitucional e as leis, ainda que em confronto com os demais poderes (BARROSO, 2009). Assim, “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira” (BARROSO, 2009, p. 19).

Outra causa foi a constitucionalização de inúmeras matérias que eram deixadas para a legislação infraconstitucional. Dessa forma, se uma matéria passa a integrar o texto constitucional, pode-se exigir em juízo o cumprimento desse direito (BARROSO, 2009).

Por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também é causa da judicialização. Qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei que entenda ser inconstitucional e, ainda, existem as ações diretas, que permitem que algumas matérias sejam apreciadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, quase qualquer questão pode alcançar a Corte (BARROSO, 2009).

Barroso (2009, p. 21) afirma que “a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir,

de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”.

Ressalve-se, ainda, que de acordo com o referido autor (BARROSO, 2009, p. 21), “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. Não haveria outra alternativa senão decidir a questão. Uma vez provocado pela via adequada, o Judiciário não possui alternativa de se pronunciar ou não sobre a questão. Entretanto, a forma como isso ocorre é que determina a ocorrência de ativismo judicial ou não (BARROSO, 2017).

A conceituação de ativismo judicial, por sua vez, é indefinida. Para a maioria da doutrina, o ativismo é sempre uma ameaça à democracia e à separação de poderes, sendo um excesso judicial (CAMPOS, 2012). Para outros, no entanto, o Poder Judiciário deve agir em nome de direitos fundamentais e em face da inércia ou do abuso dos outros Poderes (CAMPOS, 2012).

De modo geral, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha proativa de interpretar a Carta Constitucional, expandindo o seu sentido e alcance. Ocorreria em situações em que o Poder Legislativo se abstinhasse, impedindo que as demandas sociais fossem efetivamente atendidas (BARROSO, 2009). O autor afirma, ainda, que em diversos casos não há confronto, mas apenas a ocupação de espaços vagos (BARROSO, 2017).

O referido autor afirma que a judicialização seria a circunstância de o Judiciário tomar decisões de longo alcance político, social ou moral. Seria, assim, um fato. Ao passo que o ativismo judicial é uma atitude, interpretar a constituição de modo proativo, extraíndo regras que não foram explicitadas pelo constituinte ou pelo legislador. Nessa esteira, vislumbra-se que as hipóteses de ativismo são mais restritas (BARROSO, 2009).

Dessa forma, seria uma participação ampla e intensa dos Juízes e Tribunais para concretizar os valores e os fins previstos constitucionalmente, ainda que o fizesse interferindo na atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Barroso (2009, p. 22) afirma que tal postura se manifesta através de três condutas,

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos

normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A possibilidade de invalidação de atos e leis tidas como contrárias à Constituição deu aos membros do Poder Judiciário o status de legislador negativo, ainda que o Supremo afirme, explicitamente, que não cabe a ele o papel de legislar (FERNANDES; NELSON, 2014).

Por fim, “ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas” (CAMPOS, 2012, p. 224).

E Campos (2012) vai além ao afirmar que a Corte,

Além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é ativismo judicial e, com o Supremo adotando essas medidas com frequência, essa prática, ao menos do ponto de vista descritivo, tornou-se uma realidade incontestável de nosso arranjo político-institucional (CAMPOS, 2012, p. 17).

Ramos (2010, p. 116-117) afirma

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário nos limites da função jurisdicional sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

As origens do ativismo judicial se encontram nas decisões estadunidenses. Inicialmente, de maneira conservadora, de modo que, os setores mais reacionários encontraram base para a segregação racial e para invalidar leis sociais de modo geral.

E, a partir de 1950, de maneira progressista, principalmente nos casos de negros, mulheres, direito à privacidade e ao aborto (BARROSO, 2009).

Barroso (2009) assevera que o Judiciário pátrio tem demonstrado uma posição ativista. Cita como exemplo o caso da fidelidade partidária (**Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604**), onde aplicou-se a Constituição a uma situação não expressamente contemplada e sem qualquer manifestação do legislador. O STF, utilizando-se do princípio democrático, determinou que o mandato eletivo nos cargos parlamentares pertence ao partido político e não ao candidato. Ou seja, criou-se uma outra hipótese para a perda do mandato eletivo, não vislumbrada pela Constituição Federal de 1988.

A necessidade da utilização do mecanismo decorreria da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade pela qual passa o Poder Legislativo. O Judiciário deveria suprir as omissões, inovando na ordem jurídica e, claro, atendendo demandas sociais que não foram conhecidas pelo legislador (BARROSO, 2009).

O STF exerceria uma função representativa, de modo a atender as demandas sociais tidas como não satisfeitas pelo processo legislativo comum. Segundo Barroso (2009), direitos fundamentais se encontravam paralisados pela incapacidade que o Legislativo possui em legislar tais matérias. Assim, seria inevitável o Poder Judiciário interferir e resolver tais questões.

3.1.1 As dimensões do ativismo judicial

Em todo o mundo, o ativismo judicial pode possuir diferentes dimensões, dentre elas: a interpretação ampliativa das normas; a criação legislativa; a deferência aos demais poderes; a afirmação de direitos; as políticas públicas e sociais; a autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios; a superação de precedentes; o maximalismo; o partidarismo e; a soberania judicial (CAMPOS, 2012).

O ativismo através de uma interpretação ampliativa da constituição, afirmando direitos implícitos, bem como a aplicação de princípios muito vagos e imprecisos sem qualquer participação do legislador se mostra como a dimensão mais importante do ativismo judicial (CAMPOS, 2012).

Campos afirma

Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente (CAMPOS, 2012, p. 153-154).

O ativismo judicial se apresenta, também, por meio de criações legislativas, onde o Poder Judiciário assume a competência reservada, a princípio, ao Poder Legislativo. Isso fica evidente quando o juiz preenche lacunas, omissões, corrige leis dando novos sentidos e significados, substituindo o legislador ordinário e criando o Direito (CAMPOS, 2012).

Outra forma de manifestação do ativismo é a ausência de deferência com os demais poderes e instituições. “Deferência corresponde à latitude de escolha que as cortes permitem à discricionariedade dos outros poderes quando julgam a validade de seus atos” (CAMPOS, 2012, p. 154).

O magistrado ativista não encontra dificuldades para afastar as decisões e substituí-las pelas suas. Há um controle rígido sobre os atos dos demais poderes, minimizando a presunção da constitucionalidade das leis, por exemplo (CAMPOS, 2012).

Ademais, pode-se vislumbrar o ativismo judicial na afirmação de direitos, vez que os conflitos entre direitos fundamentais são a principal agenda das cortes. Os juízes decidem sobre os valores morais da sociedade de acordo com o que entendem ser a melhor interpretação da Constituição (CAMPOS, 2012).

Outra dimensão é o controle das políticas públicas dos demais poderes. Em muitas situações não ocorre apenas a anulação de determinada lei, mas sim a definição das políticas públicas a serem adotadas em áreas como saúde, educação e sistema prisional (CAMPOS, 2012).

No que tange à autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios, os ativistas ampliam seu espaço de atuação, afastando, por exemplo, os critérios rígidos de legitimidade processual. E, além disso, aumentam seu poder de decisão,

reforçando a força vinculante das decisões, aumentando o grau de independência em relação aos outros poderes (CAMPOS, 2012).

Os tribunais ativistas não se prendem aos precedentes, acreditando que a superação pode ser o melhor para desenvolver os significados da constituição. Existe, nesses casos, uma flexibilidade interpretativa e decisória (CAMPOS, 2012).

A dimensão maximalista se mostra através da superação de questões teóricas do caso concreto ao estabelecer regras que serão utilizadas no futuro em outros casos. Os juízes formulam teorias ambiciosas e profundas, além do necessário na justificativa de suas decisões (CAMPOS, 2012).

O partidarismo se apresenta como uma forma ilegítima de ativismo judicial, tendo em vista que as decisões não são tomadas de acordo com as razões jurídicas, mas a favor das preferências político-partidárias dos magistrados. Ou seja, afasta-se do Direito para garantir interesses particulares (CAMPOS, 2012).

Por fim, a soberania judicial é a forma mais extrema de ativismo judicial ilegítimo, pois as decisões são tão expansivas que excluem os demais poderes da construção dos significados constitucionais. As cortes se comportam como titulares da palavra final, ou ainda, da única palavra acerca do significado da Constituição (CAMPOS, 2012).

3.1.2 Críticas ao ativismo judicial

Conforme mencionado em linhas pretéritas, o conceito de ativismo judicial não é preciso. Por isso, muitas críticas são feitas e, dentre elas, três argumentos principais são postos. Primeiramente, se encontra o fato de que os membros do Judiciário, agentes não eleitos, se sobrepõem a decisões da Presidência da República ou do Congresso Nacional, órgãos compostos por membros eleitos pela vontade popular. Essa possibilidade se denomina de dificuldade contramajoritária e se justifica de duas formas: uma de natureza normativa e outra filosófica (BARROSO, 2009).

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente ao Supremo Tribunal Federal [...]. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo (BARROSO, 2009, p. 25)

Assim, na medida em que cabe aos juízes atribuírem sentido às expressões vagas e indeterminadas como, por exemplo, dignidade da pessoa humana, eles se tornam coparticipantes no processo de criar o Direito (BARROSO, 2009).

É o que preceitua Daniel Sarmiento (2009) quando afirma que, diante da vagueza e abertura das normas presentes na Constituição, quem as interpreta é participante da criação do Direito. Assim, os juízes acabam por possuir uma espécie de poder constituinte, moldando a Carta Constitucional de acordo com suas preferências.

A justificativa filosófica se baseia nos dois grandes papéis da Constituição, quais sejam: (i) estabelecer as regras do jogo democrático, garantindo a participação política, a alternância de poder e a democracia e, (ii) proteger os valores e os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de quem tem mais votos (BARROSO, 2009).

Luís Roberto Barroso (2017) assegura que a ideia de democracia não se resume apenas ao princípio majoritário e ao governo de uma maioria. Outros princípios devem ser preservados e os direitos das minorias respeitados.

Nessa esteira, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Constituição, velar pela democracia e pelos direitos fundamentais, não ligados a ideologias políticas e concepções religiosas (BARROSO, 2009).

Para Sarmiento (2009), o ativismo judicial se justificaria em tais situações, quais sejam, tutelar direitos fundamentais, proteger as minorias e garantir as regras do jogo democrático, tendo em vista a violação de tais direitos e a crise de representatividade pela qual passa o Poder Legislativo brasileiro.

Ademais, há o risco de politização da justiça. O Direito não admite escolhas livres e tendenciosas. Não se permite que o empresário que doou para o partido do governo tenha um regime jurídico diferenciado. A liberdade de expressão da maioria não pode possuir proteção maior que a liberdade de expressão da minoria (BARROSO, 2009).

Assim, o magistrado

- (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria;
- (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis;
- (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que

exerce é representativo [...], razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível (BARROSO, 2009, p. 28).

Barroso (2017) assevera que o poder dos juízes e tribunais é representativo, como qualquer poder em um Estado democrático e, por isso, é exercido em nome do povo e deve contas a ele.

Por fim, menciona-se a capacidade institucional do Judiciário. As funções estatais de administrar, legislar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes entre si. Por tal motivo, um Poder é mais habilitado a tomar uma decisão em uma determinada matéria. Temas que envolvem aspectos científicos, por exemplo, podem não ser melhor decididos pelo juiz de direito, que não possui um conhecimento específico para a matéria (BARROSO, 2009).

Há ainda o risco de efeitos imprevisíveis e indesejáveis. O juiz, quando decide uma questão, busca realizar justiça no caso concreto, mas não possui as informações necessárias para prever os impactos que as decisões proferidas individualmente acarretarão em um segmento econômico ou na prestação de um serviço público (BARROSO, 2009).

Ou seja, a discussão do ativismo judicial não gira em torno do fato de ser correta ou não determinada decisão, não se discute o mérito, mas sim, o quanto de autoridade e competência a corte possui para tomar tal decisão ou não. Em diversos momentos da história, viu-se decisões corretas acerca de seu mérito, mas que ainda poderão ser consideradas ilegítimas tendo em vista o grau de ativismo judicial presente (CAMPOS, 2012).

Inocência Coelho (2010) afirma, inclusive, que não se nega que, em alguma medida, todo juiz cria o direito quando decide uma questão. E, por isso, faz-se necessário saber apenas de que maneira e em quais limites se dará essa criação. O autor ressalva que quando se interpreta, por mais limitado que seja, existe o poder de formular.

Entretanto, questiona-se se tais decisões estariam usurpando a competência dos poderes políticos daqueles legitimados pelo voto popular, ou se estariam fundadas apenas nas ideologias políticas e morais dos julgadores. Sendo assim, se configurariam em decisões ilegítimas (CAMPOS, 2012).

Para Coelho (2010, p. 17),

Ativismo judicial não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas.

É imperioso destacar que uma decisão ativista nem sempre será uma decisão legítima/ilegítima, boa/ruim. Isso dependerá de cada caso concreto e dos limites impostos pela Constituição e, ainda, pelas variáveis presentes. Nenhum juiz ou corte será sempre ativista e isso decorre da alta relevância moral e política das questões discutidas (CAMPOS, 2012).

3.2 O ativismo judicial e a questão do aborto

No caso do aborto, de maneira específica, o que se encontra em jogo são uma gama de direitos fundamentais contrapostos, a omissão do legislativo e ainda a pressão popular. Ressalte-se ainda que, apesar de haver uma menção indireta a direitos reprodutivos, não há no ordenamento jurídico pátrio nenhuma previsão de legalização do aborto ou ainda uma lacuna para a sua permissão, salvo as hipóteses legais.

Como já dito anteriormente, ainda vivemos em uma sociedade conservadora. E a composição do Congresso Nacional, com suas bancadas pautadas em valores morais e religiosos, demonstra isso.

No entanto, questiona-se se o Poder Legislativo, ao adotar uma determinada postura minoritária tendo em vista a defesa de um direito fundamental individual, estaria de acordo com suas funções ou apenas atuando de maneira arbitrária? Ou então se adota uma posição majoritária e deixa de lado a questão dos direitos fundamentais não estaria ele sendo injusto, devendo assim o Judiciário se manifestar? (SGANZERLA, 2019).

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal possuiria uma maior fundamentação para que atuasse e realizasse o debate sobre o tema. Isso porque poderia considerar

o Poder Legislativo impregnado de valores morais e pouco aberto às mudanças decorrentes da evolução da sociedade.

Dessa forma,

Tendo em conta a preocupação com a opinião pública, reações orgânicas em face de decisões cruciais de direitos, como as favoráveis à “união homoafetiva” e ao “aborto de fetos anencéfalos”, podem marcar o Governo e Parlamento como instituições conservadoras e reacionárias, devendo a contestação realmente ficar apenas para as “bancadas dogmáticas”, que são naturalmente adversárias desses resultados. Legislar questões hipercontroversas causam inevitáveis custos políticos e os órgãos de representação popular transferem esses custos de decisão para o Supremo. Porém, uma vez julgadas essas questões, reverter decisões progressistas de direitos pode causar custos políticos ainda maiores. Omissão em um primeiro momento e respeito institucional ao Supremo no segundo acabam sendo as atitudes estratégicas mais convenientes. No final, a legitimidade social das decisões ativistas fala muito alto. Em avançar posições de direitos fundamentais cruciais e satisfazer a opinião pública, o ativismo judicial é também socialmente fortalecido (CAMPOS, 2012, p. 253).

Por isso, em diversos casos, mostra-se necessário uma intervenção do Poder Judiciário para inviabilizar as afrontas aos direitos fundamentais, ainda que de encontro com a opinião de uma maioria.

No entanto, é questionável se no caso do aborto seria necessário a intromissão do Supremo Tribunal Federal como uma maneira de se posicionar sobre o tema, ou se não passaria de uma mera atitude diante da “omissão” legislativa (SGANZERLA, 2019).

Para responder à questão existem duas correntes. Para a primeira, no exercício da jurisdição constitucional o Judiciário está se impondo em detrimento do legislador democrático, e isso afeta o princípio da separação de poderes (HABERMANS, 1997, apud SGANZERLA, 2019). Enfraqueceria a democracia e usurparia a competência do Legislativo em exercer sua função típica, qual seja, a de legislar.

Durante o julgamento ***Habeas Corpus 84.025/RJ*** o Ministro Ricardo Lewandowski foi direto em afirmar que os integrantes do Judiciário não possuem a legitimidade do voto popular e, por isso, não cabe a eles inovar no ordenamento jurídico. Afirmou-se ainda, que em casos tidos como crime, não haveria espaço para a liberdade dos juízes (SGANZERLA, 2019).

O Judiciário não estaria legitimado para descriminalizar uma conduta, por exemplo. O fato é que as mudanças não ocorreram devido ao Legislativo possuir membros que representam, pelo menos em tese, a maior parte da população. E mesmo que seja uma forma equivocada de ver a sociedade, ainda é a visão que a representa.

Isto pode ser visto no retorno à pauta de votação do Congresso Nacional do **Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 29/2015** que prevê a inclusão do termo “desde a concepção” no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A proposta proibirá o aborto desde o início da gestação, podendo influenciar nos casos já autorizados por lei ou pela jurisprudência, configurando um retrocesso aos direitos conquistados (SENADO, 2019). A proposta agora se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando relatório.

Tal visão é embasada ainda por membros do Poder Executivo como, por exemplo, a ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que afirma que a discussão sobre o aborto cabe ao Congresso Nacional, criticando a posição do Supremo Tribunal Federal ao tratar de temas que caberiam ao Legislativo. Para a ministra, estes temas devem ser discutidos por representantes do povo (SENADO, 2019).

Para a segunda corrente, o Judiciário tem a função de garantir que os grupos marginalizados tenham a oportunidade de alcançar seus direitos. Portanto o Poder Judiciário não poderia se resumir a garantir os procedimentos, devendo interpretar de modo a garantir os direitos, de modo a não se tornar um Direito Constitucional simbólico (STRECK, 2004).

Se estiver em jogo direitos constitucionais, seria função do Poder Judiciário interferir para garantir seu cumprimento todas as vezes que o Legislativo e, até mesmo, o Executivo, não o fizer.

No caso específico da **ADPF nº 54**, houve a discussão se o pedido deveria ser inicialmente conhecido. Os votos vencidos afirmaram que a questão deveria ter sido debatida no Parlamento, considerando que assim teria a legitimidade democrática para solucionar a questão. Os votos vencedores, por sua vez, consideraram que o Parlamento teve tempo para decidir a questão, mas não o fez e, por isso, o Poder Judiciário poderia fazê-lo (FERNANDES; NELSON, 2014).

Quanto a **ADI/ADPF 5.581**, que conforme mencionado no capítulo anterior trata do aborto dos fetos microcefálicos, esta teve o julgamento dos pedidos cautelares marcado para o dia 22 de maio de 2019, conforme Diário da Justiça nº 273/2018. Frise-se que, os pedidos estão relacionados com a interpretação conforme a Constituição Federal dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal e com uma gama de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo.

Tais políticas públicas, uma vez deferidas pelo Poder Judiciário, impactarão diretamente no planejamento econômico para a área da saúde, o que poderá gerar danos irreversíveis ao Estado.

Por fim, das ações em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, a **ADPF 442**, que trata especificamente da permissão do aborto até o terceiro mês de gestação, ainda não foi incluída em pauta para julgamento.

Assevere-se que o Supremo tem entendido que toda matéria tem fundamento ou implicações na Constituição, de modo que, ao interpretar a Constituição, a Corte estará legitimada para intervir nas escolhas dos demais poderes (CAMPOS, 2012).

Ressalte-se que quanto mais discussões sobre a questão chegarem ao Judiciário, mais ele será instado a resolver a questão no lugar do legislador. Tais decisões estão tomando o lugar de leis, pois são de cunho concentrado e abstrato, produzindo efeitos vinculantes (SGANZERLA, 2019). É o que preceitua o artigo 102, §2º da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL 1988).

Todavia, nem sempre esta será a melhor solução.

É preciso que a posição ativista do Judiciário seja exibida com moderação, garantindo respeito às decisões dos demais Poderes. Não se pode presumir que apenas os magistrados são capazes de interpretar e aplicar a Constituição, da mesma forma que não se pode crer que apenas o Parlamento é capaz de criar a legislação

mais adequada diante da sociedade atual. Por isso, em alguns casos, o Poder Judiciário deve intervir (FERNANDES; NELSON, 2014).

O Poder Legislativo tem suas cadeiras ocupadas por membros que a população julga como aqueles que melhor representariam suas opiniões e, enquanto a opinião pública for contrária ao tema, o Congresso continuará contrário à temática, e não há nada que se possa fazer.

Como bem afirma Pohlmann (2016), os membros do Judiciário, por não terem sido eleitos, não devem defender ideologias. Sua função é garantir a aplicação da lei. E quando ele avança sobre o papel do Legislador com a ideia de trazer o bem comum, desrespeitando a legitimidade dada pela maioria ao Congresso, usurpa as competências do outro poder, desequilibrando a separação de poderes prevista constitucionalmente.

CONCLUSÃO

A prática do aborto envolve diversos direitos fundamentais/humanos como o direito à vida, a liberdade, privacidade, igualdade, autonomia, saúde e os direitos reprodutivos de um modo geral.

Como existem diversos direitos envolvidos, é preciso que se faça uma ponderação entre esses valores, de modo a também garantir proteção aos direitos das mulheres que ainda hoje, no ordenamento jurídico pátrio, muitas vezes não são observados.

No mundo, desde o final do século XIX até a metade do século XX, diversos movimentos feministas buscaram assegurar vários direitos como a liberdade, a autonomia e a igualdade entre mulheres e homens.

Em 1979, na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, os direitos reprodutivos começaram a se delinear, colocando-se em pauta a discriminação em termos médicos e de planejamento familiar.

Na Conferência do Cairo de 1994, afirmou-se que a responsabilidade da mulher por sua própria fecundidade é fundamental, devendo ser considerado um direito humano. Vislumbrou-se, neste momento, o aborto como uma questão séria de saúde pública que deveria ser discutido e regulamentado em todos os países.

Já em 1995, na Conferência de Beijing, as políticas de repressão ao aborto foram citadas pela primeira vez, recomendando-se que fossem revistas pelos países, vez que foi reafirmado que a interrupção da gravidez é uma questão de saúde pública.

No Brasil, o tema começou a ganhar maior repercussão no final da década de 1970 com o movimento feminista que buscava colocar em pauta de discussão as questões relacionadas à sexualidade e aos direitos reprodutivos e, dentre eles, a prática do aborto.

No âmbito do Poder Legislativo, mais de 50 (cinquenta) projetos foram apresentados no Congresso Nacional desde 1964. No entanto, o número de projetos que descriminaliza o aborto ou aumenta as hipóteses permissivas é muito pequeno. Tal fato demonstra que as bancadas legislativas são conservadoras e não buscam discutir o tema sob o ponto de vista dos direitos das mulheres.

Nessa esteira, o Poder Judiciário foi provocado a resolver diversas questões relacionadas ao aborto. É o caso de diversas ações propostas no Supremo Tribunal Federal, como o HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54, HC 124.306, ADI 5.581 e ADPF 442.

Ocorre que, na maior parte dessas ações, o Judiciário sob o argumento de defender direitos garantidos constitucionalmente, proferiu decisões contrárias ao previsto pelo legislador, seja tentando descriminalizar a prática ou aumentando os permissivos legais.

A atuação dos membros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, se mostra ativista, considerando suas decisões proativas na interpretação do diploma constitucional, expandindo seu sentido e alcance.

Resta claro que a discussão do ativismo judicial não se baseia na correção do mérito das decisões proferidas, mas sim do risco que essas decisões trazem para o sistema democrático, tendo em vista que os membros do Judiciário não são eleitos.

Quando o Poder Judiciário escolhe alterar dessa forma o que foi previsto pelo legislador, se torna, também, legislador e, assim, acaba por usurpar a competência daqueles escolhidos democraticamente para criar e alterar as leis do país.

REFERÊNCIAS

- ANJOS, K. F.; SANTOS, V. C.; SOUZAS, R.; EUGENIO, B. G. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos: *Saúde Debate*, v. 37, n. 98, p. 504-515, 2013.
- APF. Associação para o Planejamento da Família. *Aborto e Interrupção da Gravidez*. Disponível em: <http://www.apf.pt/aborto-e-interruptao-da-gravidez>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- ÁVILA, M. B. M. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, M. B. M; BERQUÓ, E. (org). *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: CFMEA, 1994. p. 9-25.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 12 mar. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Estado – laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos

fundamentais – crime – inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 7 fev. 19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *Habeas Corpus 124.306/RJ*. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no Caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça (STJ). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 10 fev. 2019.

BRASIL. Diário de Justiça Eletrônico, nº273/18. 2018. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20181218_273.pdf. Acesso em: 11 mar. 2019.

CAMPOS, C. A. A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.

COELHO, I. M. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> Acesso em: 20 fev. 2019.

CONJUR. *Descriminalização em debate*: STF faz audiência pública sobre aborto nas próximas sexta e segunda-feira (3 e 6/8). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/stf-faz-audiencia-publica-aborto-dias-agosto>. Acesso em: 22 fev. 2019.

DOLCE, J. Projetos de lei tentam restringir ainda mais o direito ao aborto seguro no Brasil. *Brasil de Fato*. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/24/projetos-de-lei-tentam-restringir-ainda-mais-o-direito-ao-aborto-seguro-no-brasil/>. Acesso em: 03 mar. 2019.

DWORKIN, R. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FERNANDES, R. L.; NELSON, R. A. R. R. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analizando o dogma do “legislador negativo”. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 9, n. 1, p. 450-476, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5763/3140> Acesso em: 07 fev. 2019.

MACHADO, N. R. C.; SILVA, L. V. Os raciocínios e as incongruências contidas nas permissões ou proibições do aborto no Brasil através da análise da ADI/ADPF 5581 (aborto dos microcéfalos). *rev. DEDIR/PPGD. Direito UFOP*, Ouro Preto, n. 3, p. 124-147, set./out. 2017.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ONU. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

ONU. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 06 mar. 2019.

PIOVESAN, F. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. *Ministério Público de Pernambuco*. Disponível em: http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/p1KdxISyl758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc. Acesso em: 10 abr. 2019.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PITANGUY, J. O movimento Nacional e Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos. In: GIFFIN, K.; COSTA, S. H. (org). *Questões da Saúde Reprodutiva*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999. p. 19-38.

POHLMANN, E. O aborto chega ao STF: ativismo judicial e legitimidade democrática. *Estadão*. 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/o-aborto-chega-ao-stf-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, M. I. B. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. *Rev. bras. estud. popul.* São Paulo, Vol. 23, 2, p. 169-174, 2006.

ROSA, C. C. *Direitos reprodutivos como direitos humanos: a criminalização do aborto no Brasil como violação aos direitos das mulheres*. 2016. Monografia (Bacharelado em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, D. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. v. 240, p. 43-82., 2005.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SENADO NOTÍCIAS. *Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em: 11 mar. 19.

SENADO NOTÍCIAS. *Ministra dos direitos humanos critica 'ativismo' do Judiciário em relação ao aborto e criminalização da homofobia*. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/21/ministra-dos-direitos-humanos-critica-ativismo-do-judiciario-em-relacao-ao-aborto-e-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 11 mar. 19.

SGANZERLA, R. *Ativismo ou Separação de Poderes? Até onde o aborto pode ponderar?* [s.d.] Disponível: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7164e1051f613361>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 8, n. 2, p.257-301, 2003.

UNIVERSA. *Os principais projetos sobre o aborto que tramitam na Câmara e no Senado*. 2018. Disponível em:
<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/07/30/projetos-sobre-aborto-interferem-ainda-mais-em-direitos-das-mulheres.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.