



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

THABATA SANTANA ALVES

**JUÍZES LEGISLADORES? A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**Brasília
2018**

THABATA SANTANA ALVES

**JUÍZES LEGISLADORES? A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos.

**Brasília
2018**

THABATA SANTANA ALVES

**JUÍZES LEGISLADORES? A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos.

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2018.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por me conceder discernimento e saúde para que eu pudesse chegar até aqui.

A minha família minha gratidão, em especial, a minha mãe, Cláudia, que não mediu esforço algum para que o sonho da graduação se concretizasse e por sempre ter me apoiado, desde o início dessa jornada; ao meu irmão, Thiago, onde encontrei alento nas horas de angústia na reta final do curso, em que me via atarefada e, por vezes, perdida.

Agradeço a minha amiga Rafaela, que sempre me auxiliou e acompanhou de perto a construção desse trabalho, me apoiando da melhor maneira possível.

Agradeço ao meu orientador Professor Marcus Vinicius cujos ensinamentos em sala de aula fizeram com que eu ponderasse sobre algumas decisões proferidas pelo Poder Judiciário e a partir dessas reflexões que esse trabalho se tornou possível.

“A harmonia e o respeito mútuo entre os Poderes da República são mandamentos constitucionais”. (Ministro Dias Toffoli)

RESUMO

O presente trabalho realiza o estudo de caso do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal entendeu não constituir crime a prática de aborto, se este realizado até o terceiro mês de gestação, afastando nesse caso, a aplicação dos arts. 124, 125 ou 126 do Código Penal. Examina especialmente os argumentos defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual defende a descriminalização do aborto, caso praticado no primeiro trimestre de gestação, em razão de uma máxima interpretação dos dispositivos penais sob a luz da Constituição Federal. Busca compreender e analisar os argumentos suscitados pelo Ministro, a partir de uma observação da Constituição Federal, bem como do Código Penal, com o intuito de verificar se a referida decisão não feriria o princípio constitucional da separação dos poderes, pois, a priori, é de competência do Poder Legislativo editar leis de direito penal. A metodologia empregada na pesquisa é o método dedutivo, utilizando doutrina, legislação, jurisprudência e artigos, com o intuito de explanar o tema abordado. Tem-se como resultado que a Primeira Turma, ao entender não constituir crime de aborto, se a gestação for interrompida até o seu terceiro mês, fere o princípio constitucional da separação dos poderes, pois adiciona uma hipótese em que o aborto não seria punido, quando esta é claramente uma função do Poder Legislativo.

Palavras-chave: Direito à vida. Crime de aborto. Separação dos poderes. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Descriminalização do aborto. Habeas Corpus nº 124.306. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper presents a case study about the Habeas Corpus nº 124.306 / RJ, in which the First Panel of the Supreme Court understood that the practice of abortion did not constitute a crime if it is performed until the third month of gestation, pushing away, in this case, the application of arts. 124, 125 and 126 of the Criminal Code. It examines, in particular, the arguments defended by the Minister Luis Roberto Barroso, which advocates the decriminalization of abortion, in the case of the first trimester of pregnancy, due to a maximum interpretation of the penal provisions under the light of the Federal Constitution. It seeks to understand and analyze the arguments raised by the Minister, based on an observation of the Federal Constitution, as well as the Penal Code, in order to determine whether that decision would not hurt the constitutional principle of separation of powers, because it is the competence of the Legislative Branch to issue laws of Criminal Law. The methodology used in this research is the Deductive Method, using doctrine, legislations, jurisprudence and articles, with the intention of explaining the subject. As a result, the First Class, in its understanding that it does not constitute a crime of abortion if the gestation is interrupted until its third month, violates the constitutional principle of separation of Powers, it adds an event that abortion would not be punished, when this is clearly a function of the legislative branch.

Keywords: Right to life. Crime of abortion. Separation of powers. Legislative Branch. Judiciary. Decriminalization of abortion. Habeas Corpus nº 124.306. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO À VIDA E O CRIME DE ABORTO	10
1.1 Direito à vida	10
1.2 Aborto	19
2 ASPECTOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL	28
2.1 Separação dos Poderes	28
2.2 Principais funções dos Poderes Legislativo e Judiciário	34
2.3 Separação dos Poderes e Ativismo Judicial	38
3 ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 124.306	42
3.1 Síntese Processual	42
3.2 Análise Crítica De Argumentos Utilizados Na Decisão	45
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 2º prevê o princípio da separação dos poderes, afirmando serem independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Sendo assim, é de competência precípua do Poder Legislativo legislar sobre diversos assuntos, dentre eles, o direito penal, conforme o art. 22, I, do texto constitucional. Por sua vez, o Poder Judiciário, tem como principal atividade exercer a jurisdição.

Contudo, é possível notar em algumas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que este tem ultrapassado a sua esfera de competência, por vezes desobedecendo ao princípio da separação dos poderes e afastado a aplicação de leis, criando novas formas de incidência destas, a partir de uma interpretação máxima de princípios previstos na Constituição Federal. Fenômeno este conhecido por ativismo judicial.

Em novembro de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus (HC nº 124.306/RJ), ser possível a descriminalização do aborto, se este for praticado no primeiro trimestre de gestação, a partir de uma interpretação dos dispositivos penais sob a luz da Constituição.

Contudo, a partir de uma leitura do art. 128 do Código Penal, cujo dispositivo prevê que o aborto não é punido em determinadas situações, não se verifica a possibilidade que não há punição se este for praticado até o terceiro mês de gestação. Logo, conclui-se que o rol de possibilidade de o aborto não ser punido é taxativo. Sendo assim, uma vez praticado o aborto e não for uma das hipóteses previstas, deve haver a incidência da norma penal, devendo, portanto, ser punido.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar a decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal, em especial os argumentos suscitados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, acerca da (im)possibilidade da descriminalização do aborto se praticado até o terceiro mês de gestação a partir de uma análise do princípio da separação dos poderes, visto que há clara previsão legal do crime de aborto, e sua eventual não punição é prevista de maneira taxativa. Primeiramente

analisa os aspectos do direito à vida, a tipificação do crime de aborto; posteriormente, reflete acerca das noções de separação dos poderes, e sua relação com o ativismo judicial; por fim, analisa examina a referida decisão e os argumentos defendidos pelo Ministro Barroso para que haja a descriminalização do aborto.

Visto que há a previsão legal das hipóteses em que o aborto não será punido, não poderia o Poder Judiciário adicionar uma situação em que não constituiria crime, sendo este um papel do Poder Legislativo, que deveria inserir a circunstância por meio de lei elaborada e aprovada por processo legislativo.

Para desenvolvimento do presente trabalho adotou-se o método dedutivo, utilizando doutrina, legislação, jurisprudência e artigos, com o intuito de explanar o tema abordado no estudo, que foi particionado em 3 capítulos.

Dessa maneira, no primeiro capítulo analisa os aspectos do direito à vida, a tipificação do crime de aborto; no segundo capítulo há a reflexão das noções de separação dos poderes, e sua relação com o ativismo judicial; por fim, o terceiro capítulo examina o Habeas Corpus nº 124.306/RJ e os argumentos defendidos pelo Ministro Barroso para que haja a descriminalização do aborto se praticado até o terceiro mês de gestação.

1 DIREITO À VIDA E O CRIME DE ABORTO

O art. 5º, caput, da Constituição Federal, prevê o direito à vida, sendo esta garantia fundamental inviolável. O aborto é uma conduta prevista como crime nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal, que tem como intuito resguardar a vida do nascituro.

1.1 Direito à vida

A inviolabilidade do direito à vida é resguardada na Constituição Federal no art. 5º, *caput*,¹ e é considerado como cláusula pétrea do Direito Pátrio, e não pode ser suprimido da Carta Maior, nem mesmo por uma emenda constitucional, conforme aduz o seu art. 60, §4º, IV, o qual afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.²

De acordo com José Afonso da Silva, a vida humana, tutelada na Constituição seria composta de elementos materiais (físicos e psíquicos), bem como imateriais (espirituais).³ Entende, ainda, que a vida:

“Constitui fonte primária de todos outros bens jurídicos. De nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.”⁴

Além da proteção constitucional, o direito à vida é protegido também no âmbito da legislação infraconstitucional, ou seja, no Código Penal, bem como no Código Civil. No Título I, Capítulo I, da Parte Especial do Código Penal encontra-se os crimes contra a vida, onde são previstos os crimes de homicídio (art.121); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); aborto (arts. 124 a 128). Percebe-se que a vida é, notadamente, o primeiro bem jurídico a

¹ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 163.

² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 200.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 200.

ser resguardado no âmbito da legislação, visto que os crimes contra a vida é o primeiro capítulo a ser tratado nos crimes contra a pessoa na Parte Especial do Código Penal e que tem penas mais duras. Já no campo do Direito Civil, o direito à vida tem a sua salvaguarda prevista no Código Civil no art. 948, o qual prevê a hipótese de indenização no caso de homicídio.⁵

Apesar de a Constituição Federal resguardar o direito à vida, não há definição de quando se inicia a vida humana, de acordo com o Ministro Ayres Britto “se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte”.⁶ Tentou-se estabelecer o início da vida na Constituição, no entanto, a ideia fora rejeita, conforme consta nos anais da Assembleia Nacional Constituinte.⁷ Conforme o entendimento do Ministro:

“O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos

⁵ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 159; 161; 164-166.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Advogado-Geral da União. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.”⁸

O Código Civil em seu art. 2º, afirma que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.⁹ Quando se analisa o dispositivo legal, em um primeiro momento, aparentemente há uma contradição na norma, visto que a primeira parte do artigo faz alusão à teoria natalista, por sua vez, a segunda parte aparenta remete à teoria concepcionista.¹⁰

De acordo com a teoria concepcionista a personalidade começa com a concepção, sendo o nascituro sujeito de direitos, contudo, esse entendimento é minoritário no Direito Civil. Já a teoria natalista, compreende o nascituro como um ser com expectativa de direitos, que não possui, ainda, personalidade jurídica, somente terá ao nascer com vida.¹¹

No entanto, o conflito entre as orações é tão somente aparente. O fato de resguardar os direitos do que está para nascer, não significa que terá os mesmos direitos do nascido. Entende-se que a lei teve o intuito de salvaguardar os direitos do nascituro de eventual perigo, que poderá gozá-los ao nascer com vida, visto que se trata de expectativa o nascer com vida.¹² De acordo com o Ministro Ayres Britto “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica.”¹³

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Advogado-Geral da União. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. de 2018.

¹⁰ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 33-35.

¹¹ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 33-40.

¹² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 67-68.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Advogado-Geral da União. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:

Assim o é que o nascituro pode receber bens provenientes de doação, de acordo com o que preconiza o art. 542 do referido Código, ser legitimado a suceder, conforme o art. 1.798, do aludido diploma legal. Apesar de o Código Civil prever a proteção do nascituro, não estabelece quando se inicia a vida.¹⁴ Há apenas no referido Código a previsão do fim da existência da pessoa natural, que se dá com a morte, conforme o art. 6^o¹⁵, não havendo desacordo quanto a esse ponto.¹⁶

Não obstante ao que preconiza o art. 2^o do Código Civil, o qual afirma que a personalidade civil da pessoa com o nascimento com vida, o Direito Penal protege a vida do feto, visto que há a tipificação do aborto no Código Penal, embora não se tenha previsão do início da vida.¹⁷

Ronald Dworkin afirma que não há um entendimento uniforme entre os cientistas acerca do início da vida humana a partir da concepção.¹⁸ Contudo:

“Parece ser inegável que um embrião humano é um organismo vivo identificável ao menos no momento em que é implantado em um útero, o que ocorre mais ou menos catorze dias depois da concepção. Também é inegável que as células que compõem um embrião implantado já contêm códigos biológicos que irão reger seu desenvolvimento físico posterior.”¹⁹

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. de 2018.

¹⁵ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 118.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. de 2018.

¹⁸ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin**; tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed: São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 29.

¹⁹ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin**; tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed: São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.29.

Analisando-se a questão sobre o início da vida questiona-se se um feto possui direitos ou interesses os quais devam ser tutelados pelo Estado. Além disso, indaga-se se um feto detém um valor intrínseco cujo o Poder Público possui responsabilidade independente de preservar. Essas perguntas estão localizadas no campo da moral e não biológico. De acordo com Dworkin deve-se indagar “quando uma criatura humana adquire interesses e direitos? Quando a vida de uma criatura humana começa a incorporar um valor intrínseco, e com quais consequências?”²⁰

Entretanto, para se obter resposta aos questionamentos não se faz necessário compreender se o feto é um ser humano a partir da concepção, de acordo com o entendimento do autor. Além disso, outras perguntas devem ser feitas: “o feto tem interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida? Devemos tratar a vida de um feto como sagrada, tenha ele ou não interesses?”²¹

Parecer ser incompreensível o conceito de valor intrínseco da vida quando se faz alguns questionamentos, “como pode ser importante que uma vida tenha continuidade a menos que tenha importância para alguém? Como a continuidade de uma vida pode ser, importante sem si mesma?”. Dworkin entende que “grande parte da nossa vida tem por base a ideia de que os objetos ou os fatos podem ser valiosos em si mesmos (...) é uma parte conhecida da nossa experiência”. Para se responder ao questionamento acerca do valor intrínseco da vida humana há que se analisar a diferença “entre duas categorias de coisas intrinsecamente valiosas: as que são incrementalmente valiosas – quanto mais tivermos melhor – e as que não são, mas possuem um sentido muito diverso.”, essa segunda categoria é chamada pelo autor de “valores sagrados ou invioláveis”.²²

Conforme o entendimento de Ronald Dworkin:

²⁰Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 29.

²¹Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 30-31.

²²Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 96-97.

“Uma coisa é instrumentalmente importante se seu valor depender de sua utilidade, de sua capacidade de ajudar as pessoas a conseguir algo mais que desejam. (...) Uma coisa é subjetivamente valiosa somente para as pessoas a conseguir algo mais que desejam. Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas. A maioria de nós trata pelo menos alguns objetos ou acontecimentos como intrinsecamente valiosos nesse sentido: achamos que devemos admirá-los e protegê-los porque são importantes em si mesmos, e não se ou porque nós, ou outras pessoas, os desejamos ou apreciamos. Muitas pessoas acham que grandes pinturas, por exemplo, são intrinsecamente valiosas. Elas são valiosas e devem ser respeitadas e protegidas por sua qualidade inerente de arte, e não porque as pessoas apreciem olhá-las ou encontrem alguma forma de instrução ou de experiência estética prazerosa em contemplá-las. Dizemos que queremos ver um autorretrato de Rembrandt porque é maravilhoso, e não que é maravilhoso porque queremos vê-lo. A ideia de que possa ser destruído nos horroriza como uma terrível profanação, mas não pensamos assim porque tal destruição nos privaria de experiências que desejamos ter.”²³

Indaga-se se a vida humana é instrumental, subjetiva ou intrinsecamente valiosa, o referido autor compreende que:²⁴

“É valiosa nos três sentidos, acreditamos quase todos. Tratamos o valor da vida de uma pessoa como instrumental quando a avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros: do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida das outras pessoas, por exemplo. Quando dizemos que a vida de Mozart ou a de Pasteur foi de grande valor por que a música ou a medicina que eles criaram serviu aos interesses dos outros, estamos tratando de vida instrumentalmente valiosas. Tratamos a vida de uma pessoa como subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria, isto é, em termos de quanto ela quer estar viva, ou de quanto o fato de estar viva é bom para ela. Assim dizemos que a vida perdeu o valor para alguém que sofre muito ou está na miséria, estamos atribuindo a essa vida um sentido subjetivo.”²⁵

²³Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 99.

²⁴Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 101.

²⁵Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 101.

Dworkin denomina de pessoal o valor subjetivo que uma vida possui relacionada à pessoa que se refere.²⁶

“É um valor pessoal o que temos em mente quando dizemos que, normalmente, a vida de uma pessoa é a coisa mais importante que ela tem. É valor pessoal aquilo que um governo tenta proteger, como fundamento importante, quando reconhece e faz vigorar o direito das pessoas à vida. É compreensível, portanto, que o debate sobre o aborto deva incluir a questão de se o feto tem direitos e interesses próprios. Se os tiver, terá igualmente interesse pessoal de continuar vivo, interesse que deve ser protegido mediante o reconhecimento e a imposição do direito à vida. Afirmei que, na fase inicial da concepção, um feto não tem interesses e direitos, e que quase ninguém acredita que os tenha; se o valor pessoal fosse o único tipo de valor pertinente em jogo na questão do aborto, este não seria moralmente problemático. Se pensarmos, porém, que a vida de qualquer organismo humano, inclusive a do feto, tem valor intrínseco a despeito de também, ter, ou não, valor instrumental ou pessoal –se tratarmos qualquer forma de vida humana como algo que devemos respeitar, reverenciar e proteger por ser maravilhosa em si mesma –, teremos então que o aborto é moralmente problemático. Se for uma terrível profanação destruir uma pintura, por exemplo, ainda que uma pintura não seja uma pessoa, por não deveria ser uma profanação ainda maior destruir uma coisa cujo valor intrínseco pode ser tão imensamente maior?”²⁷

Algumas coisas possuem o seu valor intrínseco, mas também incremental, que é “aquilo de que queremos mais, pouco importando o quanto já tenhamos ganhado, conforme preceitua Ronald Dworkin. Deve-se diferenciar o que se valoriza incrementalmente do valor que se atribui a algo já existente.”²⁸

“O traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de que o sagrado ser intrinsecamente valioso porque – e, portanto, apenas quando – existe. É inviolável pelo que representa ou incorpora. Não é importante que existam mais pessoas. Mas, uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca.”²⁹

²⁶Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 101.

²⁷Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 101.

²⁸Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 102.

²⁹Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 102.

Uma coisa pode ser tornar sagrada para uma pessoa por intermédio de dois processos. O primeiro pode ocorrer por associação, por exemplo, “muitos norte-americanos consideram a bandeira sagrada por sua associação com a vida da nação”. Já o segundo processo se refere ao modo de algo tornar-se sagrado através do seu modo de existência, ou seja, a sua história.³⁰

Dworkin compreende que “a essência do sagrado encontra-se no valor que atribuímos a um processo, empreendimento ou projeto, e não a seus resultados considerados independentemente do modo que foram obtidos”. Sendo assim, o pensamento de que “a vida humana, inclusive a do embrião recém-formado, é inviolável” é um tanto quanto estranho, de acordo com o autor, visto que:³¹

“Somos seletivos com relação a que produtos e que tipos de processos criadores ou naturais consideramos invioláveis. Como seria de esperar, nossas seleções são configuradas por nossas necessidades e as refletem, e, de maneira recíproca, configuram e são configuradas por outras opiniões que temos. (...) A reciprocidade entre nossa admiração pelos processos e nossa admiração pelo produto é complexa, e para a maioria das pessoas seu resultado não é um único princípio geral do qual fluem todas as suas convicções sobre o inviolável, mas uma complexa rede de sentimentos e intuições.”³²

A concepção de que a vida humana é inviolável é fundamentada em duas ideias do sagrado: a criação natural e a criação humana. O primeiro entendimento se refere à ideia de que a criatura humana, até mesmo o embrião, é fruto da criação divina, que forma um novo ser, “que faz com que cada novo ser humano, seja ao mesmo tempo, diferentes dos seres humanos que o criaram e uma continuação deles”. Por sua vez, a criação humana, contraposta à natural, é uma decisão criadora quando a gravidez é planejada.³³

³⁰Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 104.

³¹Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 108.

³²Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 108-112.

³³Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 116-117.

Não importa a forma de criação da vida humana, de acordo com Dworkin:³⁴

“A vida de um único organismo humano exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor, e, por último, quando a vida mental iniciar-se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual uma pessoa irá fazer-se e refazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa e inevitável fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador. O horror que sentimos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito.”³⁵

Apesar de haver a discussão acerca do início da vida humana e divergências quanto a esse aspecto, quando se trata do fim da vida não há discussão. A Lei nº 9.434 de 1997, a qual dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplante, determina em seu art. 3º que para haver transplante de partes do corpo humano é necessário a constatação de morte encefálica.³⁶

Já a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480 de 1997, estabelece em seus arts. 3º e 4º, que a morte encefálica será deve ser consequência de um processo irreversível e de causa conhecida, e para que seja atestada a morte encefálica é preciso a presença de coma aperceptivo e com ausência de atividade motora supra-espinhal e apneia.³⁷ Não sendo necessário, portanto, a ocorrência de parada cardiorrespiratória, visto que, é uma consequência da falência da atividade cerebral. A morte cerebral é um parâmetro adotado no

³⁴Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 116.

³⁵Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin;** tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 115-117.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

³⁷BRASIL. Resolução CFM nº 1.480, de 08 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Ordenamento Jurídico Brasileiro para se determinar a morte, com a morte há o fim da personalidade, conforme o art. 6º do Código Civil.³⁸

Por ser o direito à vida tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal, há a previsão do crime de aborto no Código Penal com o intuito de salvaguardar a vida feto.

1.2 Aborto

Bem jurídico é tudo aquilo que se destina à satisfação de uma necessidade humana e interessa ao campo do Direito, o qual estabelece regras por intermédio de dispositivos legais. Se determinado bem jurídico necessita de proteção através do Direito Penal afirma-se que é um bem jurídico penalmente tutelado. Dessa forma, um bem jurídico é protegido quando uma norma penal é criada com o intuito de reprimir determinada conduta e salvaguardar o objeto jurídico penalmente tutelado.³⁹

O objeto jurídico tutelado pela norma jurídica pode ser protegido em sua totalidade ou especificidade. Se o bem jurídico é salvaguardado conforme a sua dimensão, totalidade e extensão, se refere à objetividade jurídica genérica. Caso o bem jurídico protegido se refira a uma determinada parte da circunstância fática, parcela importante e distinta desta, se refere à objetividade jurídica específica.⁴⁰

Dessa forma, para que os objetos jurídicos genéricos e específicos possam ser devidamente detectados, deve-se entender que cada tipo penal delitivo se encontra inserido em um título e um capítulo, inclusos na lei penal. O título se refere à objetividade jurídica genérica, o capítulo, por sua vez, diz respeito à objetividade jurídica específica.⁴¹

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

³⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 17.

⁴⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 18.

⁴¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 18.

Sendo assim, o crime de aborto, previsto nos arts. 124 ao 128 do Código Penal Brasileiro, é um tipo penal previsto no título de crimes contra a pessoa, que constitui o objeto jurídico genérico, inserido no capítulo de crimes contra a vida, que é o objeto jurídico específico.⁴² Dessa forma, o objeto jurídico tutelado é a vida do feto, quando se trata de autoaborto. Já quando for hipótese de aborto provocado por terceiro existem duas objetividades jurídicas protegidas, a vida do nascituro, bem a da gestante e sua incolumidade psíquica e física.⁴³

Conforme a etimologia da palavra, aborto significa privação do nascimento. Origina-se do latim abortus, em que abquer dizer privação e ortus, nascimento.⁴⁴ De acordo com Damásio “aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto”⁴⁵. Dessa maneira, o aborto consiste na interrupção da gestação em curso com a expulsão do feto do interior do útero causando-lhe a morte.⁴⁶ A gravidez, sob o enfoque biológico, se inicia com a fecundação. Já do ponto de vista jurídico, conforme preconiza Regis Prado, a gestação começa “com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidação)”.⁴⁷

Analisando-se o tipo penal aborto nota-se que o sujeito passivo é o nascituro, que é o detentor do bem jurídico penalmente salvaguardado, independentemente da etapa do seu desenvolvimento intrauterino. É possível que a gestante também figure no polo passivo do tipo penal, quando se tratar de aborto provocado por terceiro, ou seja, não consentido, previsto no art. 125 do Código Penal, ou na hipótese de aborto qualificado pelo resultado encontrado no art. 127 do referido diploma legal.⁴⁸

⁴² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 19.

⁴³ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

⁴⁴ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 19.

⁴⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

⁴⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 255.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667.

⁴⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 258-259.

Já o sujeito ativo do crime de aborto pode ser a própria gestante quando se tratar do cometimento do delito previsto no art. 124 do Código Penal, hipótese de autaborto, tanto na primeira quanto na segunda parte do referido dispositivo legal, nessa hipótese trata-se de crime próprio, ou seja, o delito só pode ser praticado por determinado agente, nesse caso é grávida. No caso de aborto provocado por terceiro, previsto no art. 125 do Código Penal, qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito.⁴⁹

O aborto pode ser categorizado como acidental, natural, criminoso e legal, terapêutico ou necessário, estético, eugênico, social ou econômico, sentimental ou humanitário. Tanto o aborto acidental quanto o natural não são puníveis no âmbito do Direito Penal, visto que não constituem crime. O primeiro decorre de uma perturbação externa malquista, por exemplo, a gestação é interrompida em razão de uma queda. Por sua vez, o segundo é ocasionado em razão de uma interrupção espontânea da gestação.⁵⁰ Já o aborto eugênico dá-se por alguma complicação no corpo do feto, como deformidades físicas, problemas genéticos, decorrentes da gestação.⁵¹ O aborto terapêutico é praticado quando se faz necessário preservar a vida da mulher por se tratar de uma gestação anormal. O aborto social ou econômico é realizado quando se tratar de gestação em família com muitos membros e que não é possível o nascimento do feto sem que a condição financeira seja afetada.⁵²

De acordo com Damásio “o aborto é crime de forma livre”.⁵³ Significa dizer que pode ser cometido por qualquer meio ocasionando o resultado. Dessa forma, qualquer meio comissivo ou omissivo, químico, físico, psíquico, compõe a conduta típica. Os meios de execução do referido tipo penal podem ser químicos, físicos,

⁴⁹ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 43.

⁵⁰ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 20.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667.

⁵² JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

⁵³ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

psíquicos. Os meios químicos, por sua vez, podem ser inorgânicos, como ácidos minerais, chumbo, mercúrio, ou orgânicos, por exemplo, ópio, cantárida, quinina.⁵⁴

Os meios físicos podem ser térmicos, elétricos ou mecânicos. Os meios térmicos envolvem a aplicação de bolsas térmicas quentes ou compressas geladas. Já os meios elétricos, conforme aduz Damásio, “atua através de corrente farádica ou galvânica, banhos elétricos etc”.⁵⁵ Por sua vez, os meios mecânicos podem ser diretos ou indiretos. Os meios indiretos, de acordo com Regis Prado, “atuam diretamente sobre o aparelho genital, como a curetagem e a sucção uterina, punção, a microcesária etc.” Já os indiretos, consoante o referido autor, “operam à distância do aparelho genital, como esforço físico, quedas etc.”⁵⁶

O crime de aborto somente é punível se for praticado com dolo, visto que não há previsão de aborto culposo. O dolo, por sua vez, pode ser direto ou eventual. Trata-se de dolo direto quando há a vontade livre e consciente de praticar o aborto, interrompendo a gestação e gerando a morte do feto. Já no aborto qualificado, previsto no art. 127 do Código Penal há o preterdolo no delito, ou seja, existe o dolo de se praticar o aborto e culpa na lesão corporal grave ou na morte da gestante.⁵⁷

Por ser um delito de resultado, o aborto se consuma com a morte do feto. Desnecessário verificar se o feto morreu no interior do útero ou depois da sua causada expulsão. No referido tipo penal é admitida a hipótese de tentativa, quando se realiza a prática de interromper a gestação, contudo, o feto não morre em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente.⁵⁸

O autoaborto está previsto no art. 124 do Código Penal⁵⁹, *in verbis*:

⁵⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

⁵⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 669.

⁵⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155.

⁵⁸ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155.

⁵⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

“Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.”⁶⁰

Analisando-se o tipo legal, nota-se que há duas figuras típicas disciplinadas: provocar aborto em si mesmas e consentir que um terceiro o faça. Na primeira hipótese a gestante, utilizando qualquer um dos meios, interrompe a gravidez através da prática do aborto, acarretando a morte do feto. Além de prever a hipótese do autoborto, o referido dispositivo legal também versa sobre o aborto consentido, em que um terceiro provoca, com consentimento da grávida, o aborto.⁶¹ Este, por seu turno, comete o crime previsto no art. 126 do Código Penal. Porém, se apenas instiga, induz mulher a praticar o aborto será considerado como partícipe, respondendo, conseqüentemente, pelo crime previsto no art. 124.⁶²

O aborto provocado por terceiro é previsto no art. 125 do Código Penal, cujo dispositivo legal disciplina a hipótese de o aborto ser praticado por um terceiro sem o consentimento da gestante. Já o art. 126 do referido diploma legal dispõe acerca do aborto praticado por um terceiro com o consentimento da grávida. Ressalta-se que o parágrafo único do aludido artigo é aplicado na hipótese prevista no art. 125 quando a gestante for menor de quatorze anos, alienada ou débil mental ou o consentimento foi adquirido através de grave ameaça, violência ou fraude.⁶³

O art. 127 do Código Penal prevê o aborto qualificado, cominando o aumento de um terço de pena, no caso de aborto provocado por terceiro, seja sem o consentimento da gestante ou mediante anuência desta, previsto nos arts. 125 e 126 do referido diploma legal, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.⁶⁴

⁶⁰ BRASIL. Código Penal. (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

⁶¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 672.

⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 672.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673.

Analisando-se o art. 127 do Código Penal nota-se que há a previsão de aborto qualificado em duas situações. A primeira hipótese ocorre quando tenta-se provocar o aborto e a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, seja em razão do aborto ou dos meios empregados para praticá-lo. Já a segunda hipótese é caracterizada quando tenta-se provocar o aborto e a gestante morre em consequência do aborto, dos meios utilizados para causa-lo ou em razão da lesão corporal de natureza grave. Observa-se que o referido tipo penal é crime qualificado pelo resultado, de natureza preterdolosa, visto que pune-se, primeiramente, o aborto, e o resultado, lesão corporal de natureza grave ou morte, a título de culpa.⁶⁵

Em regra, o aborto é proibido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitido somente nas hipóteses de aborto legal, previstas no art. 128 do Código Penal⁶⁶, conforme dispõe o referido dispositivo legal:

“Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”⁶⁷

O primeiro inciso do aludido artigo trata da hipótese de aborto terapêutico. De acordo com Regis Prado “baseia-se no estado de necessidade, excludente de ilicitude da conduta, quando não há outro meio apto a afastar o risco de morte”. Trata-se de estado de necessidade pois o médico tentará salvaguardar a vida da gestante em razão do risco que a gestação lhe causa. Ainda de acordo com o referido autor “o mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe)”. Analisando-se o Código Penal Brasileiro percebe-se que há uma valoração maior da vida extrauterina do que intrauterina, prova disso é a pena imposta ao crime de homicídio, previsto no art. 121, que é reclusão de 6 a vinte anos, que é superior a pena do crime de aborto

⁶⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

⁶⁶ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151-152.

⁶⁷ BRASIL. Código Penal. (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 maio 2018.

praticado por terceiro, que é punido com reclusão de 1 a 4 anos. Sendo assim, não se apresenta confronto entre bens jurídicos idênticos.⁶⁸

No caso de aborto necessário não é preciso o consentimento da gestante ou do seu representante legal, visto que se trata de estado de necessidade, onde a autorização para a intervenção médica é dispensável. Ainda que o médico provoque o aborto sem anuência da grávida, este não pratica crime de aborto, por ser hipótese de estado de necessidade, conforme prevê o art. 24 do Código Penal Brasileiro.⁶⁹

Já no segundo inciso do referido artigo se encontra a hipótese de aborto sentimental ou humanitário. De acordo com Regis Prado “trata-se do aborto praticado no caso de gravidez resultante de estupro, precedido aquele de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.⁷⁰ Nesse caso, se faz necessário o consentimento, seja da mulher grávida, seja do seu representante, para que se pratique o aborto, ou seja, significa dizer que é requisito exigível, não podendo, portanto, ser dispensado.⁷¹

Para que se realize a intervenção cirúrgica não é preciso que haja uma sentença penal condenatória, ou uma autorização judicial.⁷² É suficiente que o médico utilize outros meios de convencimento como processo criminal, inquérito policial, boletim de ocorrência, peças de informação, de modo que haja a comprovação que houve o crime de estupro.⁷³

O aborto eugenésico é praticado quando houver risco de o nascituro possuir alguma complicação em seu corpo, como deformidades físicas, problemas

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 675-676.

⁶⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 676.

⁷¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

⁷² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 676.

⁷³ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

genéticos, decorrentes da gestação. Essa espécie de aborto não é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁷⁴

Fala-se em anencefalia, de acordo com Regis Prado

“quando o embrião ou o feto apresentam um processo patológico de caráter embriológico que se manifesta pela falta de estruturas cerebrais (hemisférios cerebrais e córtex), o que impede o desenvolvimento das funções superiores do sistema nervoso central”.⁷⁵

Em 2004, uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) perante o Supremo Tribunal Federal em que se questionava a aplicação dos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, nos casos de interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Em 2012, o referido Tribunal proferiu a decisão, por maioria, 8 votos favoráveis e 2 contrários, entendendo ser procedente o pedido no sentido de declarar a inconstitucionalidade da interpretação, a qual compreende que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta delitiva prevista nos supracitados artigos.⁷⁶ Sendo, portanto, permitida a interrupção da gestação quando se tratar de feto anencéfalo.⁷⁷

Dessa forma, a prática do aborto ou a antecipação do parto quando se tratar de feto anencéfalo é conduta atípica, visto que não é hipótese delitiva. O tipo penal aborto, previsto nos arts. 124 ao 128 do Código Penal, tutela a vida do feto, no caso de anencefalia não é possível ter a tutela jurídica do Direito Penal, pois não há vida nesse caso. Conforme preceitua Capez “o encéfalo é parte do sistema nervoso

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 678.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 679.

⁷⁶ GESTANTES DE ANENCÉFALOS TÊM DIREITO DE INTERROMPER GRAVIDEZ. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida”.⁷⁸

A ação penal cabível no crime de aborto é a pública incondicionada por se tratar de crime doloso contra a vida. Nesse caso, é dever das autoridades atuarem de ofício.⁷⁹

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

2 ASPECTOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

O poder que o Estado exerce sobre a sociedade é denominado de poder político, por intermédio desse poder que o Estado gerencia, estabelece regras, de modo a organizar a convivência entre os indivíduos, visando o bem comum.⁸⁰ Durante os séculos XVII e XVIII vigorou o Absolutismo, período em que os monarcas concentravam em suas mãos todo o poder político, exercendo simultaneamente a função de legislador, juiz e administrador. Esse período pode ser lembrado pela célebre frase do rei da França, Luís XV: “O Estado sou eu”.⁸¹

Entretanto, a concentração de poder passou a ser combatida, visto que ocorrendo a centralização de poder político havia uma probabilidade de haver abuso deste. Dessa maneira, surgiu a teoria da separação dos poderes, a qual preconiza que o poder político deve ser exercido por pessoas diferentes, de modo a prevenir o abuso de poder. A teoria da separação dos poderes foi pensada, de certa maneira, por Aristóteles e foi aprimorada ao decorrer do tempo, até se obter a teoria lapidada por Montesquieu, cuja ideia fora difundida com a Revolução Francesa em 1789 e influenciou a configuração da separação dos poderes nos moldes que se tem hoje, inclusive no Brasil, que tem como princípio constitucional a independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

2.1 Separação dos Poderes

A concepção de um poder que se sobrepusesse aos anseios particulares de cada indivíduo originou-se do fato de o homem viver em sociedade, conseqüentemente, necessitar de alguma forma de organização. Uma vez decidido quem seria o líder, era comum que este detivesse todo o poder político consigo, surgindo, por conseguinte, as monarquias absolutistas.⁸²

⁸⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 109.

⁸¹CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 115.

⁸² SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (checks and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 15.

Dessa forma, a doutrina da separação dos poderes surgiu na Antiguidade Clássica objetivando estabelecer limites ao poder político.⁸³ Aristóteles foi precursor do entendimento quanto à necessidade da separação dos poderes, entendia ser indispensável a existência de uma Assembleia, que teria a incumbência de elaborar as leis, um Corpo de Magistrados, que executasse os dispositivos legais, e um Corpo Judicial, que teria a função precípua de aplicar a Justiça, conforme a determinação legal.⁸⁴ De acordo com a professora Christine Peter foi em “ A política”, o filósofo concebeu as ideias inaugurais acerca dos poderes, que posteriormente foram aperfeiçoadas.⁸⁵

“Em todo governo existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar de maneira mais conveniente. Quando estes três partes estão bem, acomodados, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.”⁸⁶

A reflexão de Aristóteles acerca da separação dos poderes não pode ser aplicada na época, apesar de a concepção do pensador ter influenciado, de certa maneira, a presente teoria de separação dos poderes, pois:

“Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que seguiu à sua vida. Durante esse lapso histórico, dominou sem contestação a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais.”⁸⁷

John Locke também refletiu acerca da concepção da separação dos poderes, visto que era contra a ideia absolutista de poder. Entendia que o poder não

⁸³PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra,1989. p. 31.

⁸⁴CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 114.

⁸⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da.; REINERT, Larissa Friedrich. **A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da doutrina de NiklasLuhmann**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11036&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2018.

⁸⁷CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 114.apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. Saraiva. p. 182.

poderia ser exercido monocraticamente por um monarca, o qual deveria exercer tão somente a função executiva.⁸⁸

“Aquele que tem competência para prescrever segundo procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros (...) não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar na obediências às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. Por isso, nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar, seja exclusivamente, seja em conjunto com outras, mas em seguida se separam, uma vez realizada a sua tarefa, ficando elas mesma sujeitas às leis que fizeram (...) o que garante que façam as leis visando o bem público.”⁸⁹

Conseqüentemente, os poderes de elaborar as leis e executá-las deveriam ser exercidos por terceiros distintos do soberano.⁹⁰ Locke entendia que o poder executivo se referia a “execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte”, por sua vez, o federativo teria o compromisso “na administração da segurança e do interesse público externo”. Apesar de possuírem particularidades que os diferencie entre si, os poderes “estão quase sempre unidos”, visto o que o poder federativo “se curva com menos facilidade à direção de leis preexistentes, permanentes e positivas”, sendo essencial que “ele seja deixado a cargo da prudência e da sabedoria daqueles que o detêm e que devem exercê-lo visando o bem público”.⁹¹

Contudo, foi com Montesquieu que a teoria da separação dos poderes foi difundida. José Afonso da Silva afirma que em “O espírito das leis”, o pensador refletiu acerca da imprescindibilidade das funções do Estado serem exercidas por

⁸⁸ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria lockeana da separação dos poderes**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸⁹LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 170.

⁹⁰ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria lockeana da separação dos poderes**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹¹LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 171-172.

peças diferentes, além de serem independentes, visto que havendo a concentração de todas as funções em um só indivíduo pode ocorrer o abuso de poder. Essa concepção do filósofo tornou-se um dogma constitucional tendo em vista tamanha relevância acerca do tema,⁹² visto que estava presente no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento este elaborado na Revolução Francesa, movimento que inovou a forma de se pensar o Estado.⁹³

De acordo com o filósofo francês, havia três poderes: “o Legislativo, o Executivo das Coisas que dependem do Direito das Gentes (equivalente ao Executivo) e o Executivo das Coisas que dependem do Direito Civil (Judiciário)”.⁹⁴ De acordo com Piçarra, cada um desses poderes era compreendido pelo pensador da seguinte maneira:

“O poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as questões que estão feitas. O poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.”⁹⁵

Em sua obra, Montesquieu estabeleceu que os poderes deveriam ser independentes e refletiu acerca da divisão das funções de cada um “(cada função deve ser exercida por um órgão distinto, de maneira que três órgãos diferentes exerçam, cada um, uma função preponderadamente)”.⁹⁶ Sendo assim, o seu propósito era a existência de uma cooperação harmônica entre os poderes de modo a “conferir uma legitimidade e racionalidade administrativa à tais poderes estatais, eficácia e legitimidade essas que devem e podem resultar num equilíbrio dos

⁹²CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 114.

⁹³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 111.

⁹⁴CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 114.

⁹⁵PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 91.

⁹⁶CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 115.

poderes sociais”.⁹⁷ Esse equilíbrio entre os poderes foi previsto pelo filósofo, de modo que um poder não se tornasse absoluto, um poder seria o limite do outro.⁹⁸

Por sua vez, Hans Kelsen possui uma visão diferenciada acerca da teoria da separação dos poderes concebida por Montesquieu. Ele entendia que a tripartição de poderes consistia, na verdade, em bipartição de poderes, ou seja, executivo e legislativo. Esses dois poderes são pensados ideologicamente separados, contudo, em grande parte dos atos praticados pelo Estado ambos os poderes estão presentes em conjunto. Para o jurista:⁹⁹

“Na função legislativa, o Estado estabelece regras gerais, abstratas; na jurisdição e na administração, exerce uma atividade individualizada, resolve diretamente tarefas concretas; tais são as respectivas noções mais gerais. Deste modo, o conceito de legislação se identifica com os de ‘produção’, ‘criação’ ou ‘posição’ de Direito. Portanto, a atividade individualizada do Estado, que se considere como ato jurídico, não pode ser mais que ‘aplicação’ ou ‘proteção’ do Direito, com o qual se situa em princípios num plano oposto ao da função criadora. Mas esta determinação refere-se propriamente [...] tão só à chamada ‘jurisdição’ ou ‘poder judicial’. Por regra geral, a função designada com os nomes de ‘administração’ ou ‘poder executivo’ não pode considera-se nem como criação nem como aplicação do direito, assim como algo essencialmente distinto de toda função jurídica: como uma atividade a serviço dos fins de poder ou de cultura do Estado, portanto, como uma função negativa por referência ao Direito. [...] Assim, pois, a teoria corrente em torno das funções do Estado afirma que entre o poder legislativo, como criação do direito, e o poder judicial, como aplicação do mesmo (ou proteção jurídica), deve existir alguma regulação jurídica positiva.”¹⁰⁰

⁹⁷SILVA, Christine Oliveira Peter da.; REINERT, Larissa Friedrich. **A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da doutrina de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11036&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 01 set. 2018. apud ALVES, Ricardo Luiz. Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

⁹⁸CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 115.

⁹⁹MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Revisitando o debate sobre a doutrina da separação dos poderes: Montesquieu republicano e a exegese de a constituição da Inglaterra**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁰MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Revisitando o debate sobre a doutrina da separação dos poderes: Montesquieu republicano e a exegese de a constituição da Inglaterra**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf>>. Acesso em: 01 de setembro 2018. apud Hans Kelsen. Teoria general del Estado, p. 301-302.

Dessa forma, de acordo com o pensamento kelseniano o legislativo ao promulgar um decreto desempenha a sua função legislativa, que é a de criar as leis. Contudo, simultaneamente, exerce a função executiva, pois pratica uma determinação da constituição. Já o magistrado ao exercer a jurisdição no caso concreto também cria leis, posto que, possui um certo grau de discricionariedade.¹⁰¹

Apesar do preconizado por Kelsen, a teoria da separação dos poderes pensada por Montesquieu foi aceita e aprimorada com o decorrer do tempo. Baseando-se na concepção de Montesquieu, que entendia que um poder deveria limitar o outro com o intuito de um poder não se tornasse absoluto, Bolingbroke estabeleceu instituiu, ainda no século XVIII, a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances).¹⁰²

A teoria dos freios em contrapesos preconiza que deve haver uma harmonia entre os poderes do Estado, um não pode se sobrepor ao outro. Para que haja o equilíbrio, “os poderes devem controlar (fiscalizar) uns aos outros, de maneira que cada um serve de freio (limite) e contrapeso (compensação) para o outro”.¹⁰³ Dessa maneira, para Bolingbroke:

“A independência recíproca entre os órgãos constitucionais é um pré-requisito da sua mútua interdependência. O equilíbrio pressupõe centros de poder separados. Independência e interdependência orgânica, longe de se excluir lógica ou praticamente, mais não são do que duas facetas do mesmo modelo normativo: a constituição equilibrada.”¹⁰⁴

Com a criação da teoria do checks and balances, notou-se a imprescindibilidade dos poderes exercerem, além das suas funções típicas, as funções atípicas, de modo que houvesse o equilíbrio que se buscava entre os

¹⁰¹MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Revisitando o debate sobre a doutrina da separação dos poderes: Montesquieu republicano e a exegese de a constituição da Inglaterra**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰²CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 115.

¹⁰³CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 115.

¹⁰⁴PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 86.

poderes. Isso não significa que os poderes são dependentes, apenas viabilizava a teoria dos freios e contrapesos.¹⁰⁵

Entretanto, o presente estudo tem o intuito de analisar tão somente os poderes Legislativo e Judiciário, especialmente o segundo, no exercício das suas funções típicas na República Federativa do Brasil.

2.2 Principais funções dos Poderes Legislativo e Judiciário

Tendo em vista a difusão da teoria da separação dos poderes o princípio da separação dos poderes sempre esteve presente no ordenamento constitucional pátrio. A Constituição do Império do Brasil de 1824 previa a divisão dos poderes em quatro: Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. As Constituições posteriores adotaram a tripartição dos poderes de acordo com a teoria concebida por Montesquieu.¹⁰⁶

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º afirma que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Contudo, entende-se que é equivocado falar em divisão dos poderes pois:¹⁰⁷

“A tripartição não enseja divisão, apenas atribuições de competências específicas, o poder continua sendo unitário apenas suas funções são repartidas com o intuito de coibir o arbítrio, destarte, os doutrinadores atuais têm continuamente rechaçado o codinome ‘separação dos poderes’ ou a variante “divisão dos poderes”, tendendo a aceitar pacificamente o título “separação das funções estatais”. O poder estatal é uno e indivisível, reparte-se apenas as atribuições.”¹⁰⁸

¹⁰⁵CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 115.

¹⁰⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 108.

¹⁰⁷SILVA, Christine Oliveira Peter da.; REINERT, Larissa Friedrich. **A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da doutrina de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11036&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁸LYRA, Ivanilda Figueiredo. **A separação das funções estatais e o controle do Supremo Tribunal Federal em face das normas editadas pelo legislativo**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2378>> Acesso em: 01 set. 2018.

Sendo assim, o poder é “uno, indivisível e indelegável”, conforme ensina José Afonso da Silva, o qual afirma que o poder “se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.” A função jurisdicional é competente para dizer o direito no caso concreto, aplicando as leis. Já a função legislativa é encarregada de elaborar as leis. Por sua vez, a função executiva é incumbida de solucionar questões adversas em conformidade com o disposto nas leis¹⁰⁹

Jose Afonso da Silva ainda faz diferenciação entre distinção de funções de poder e separação de poder. Para o constitucionalista

“A distinção de funções de poder constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem. (...) a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções.”¹¹⁰

Analisando-se o art. 2º da Constituição é possível que há clara referência à teoria da separação dos poderes. Quando o dispositivo menciona a independência dos poderes entende-se que cada poder é livre para estruturar as suas atividades, desde que observe os comandos legais, não se faz necessária anuência para desenvolver as atividades que lhe são próprias, para que haja investidura de um indivíduo em algum dos órgãos de governo não precisa da confiança de outro poder.¹¹¹

Já a harmonia entre os poderes referida no art. 2º do Texto Constitucional é constatada “pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdade a que mutuamente todos têm direito”, conforme leciona José Afonso da Silva. Entretanto, cumpre ressaltar que os poderes não são

¹⁰⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 110.

¹¹⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 108.

¹¹¹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 112.

independentes de forma absoluta, e que a teoria dos freios e contrapesos é utilizadas como uma maneira de manter o equilíbrio entre eles.¹¹²

Por exemplo, o Legislativo tem como tarefa precípua legislar, contudo, pode exercer, de forma atípica a função jurisdicional, quando for hipótese de julgar o Presidente da República pelo cometimento do crime de responsabilidade, de acordo com o art. 51, I, da Constituição. O Executivo tem a incumbência da função administrativa, porém, pode exercer a função legislativa, atipicamente, quando se tratar de edição de medida provisória, conforme o art. 62, do Texto Magno. Por sua vez o Judiciário, aplica as leis ao caso concreto, embora, exerça também de maneira atípica a atividade legislativa, quando elabora os regimentos internos dos tribunais.¹¹³

Tamanha é a importância da separação dos poderes no ordenamento constitucional brasileiro que lhe foi atribuída o status de cláusula pétrea, como dispõe o art. 60, §4º, da Constituição “Não será objeto de deliberação a proposta de Emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes”. Isso significa dizer que, caso haja uma reforma na Constituição Federal, não será possível extirpar o princípio da separação dos poderes, nem mesmo por emenda constitucional.¹¹⁴

A União desempenha a função legislativa por intermédio do Congresso Nacional, o qual é composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, conforme aduz o art. 44 da Constituição. Apesar de o Congresso ser formado pelo bicameralismo, uma câmara não se sobrepõe à outra. Entretanto, cabe à Câmara dos Deputados elaborar, de maneira precípua, as leis através do processo legislativo.¹¹⁵

A Câmara dos Deputados é composta “de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”,

¹¹²SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 112.

¹¹³CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 118.

¹¹⁴CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 117.

¹¹⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 513-513.

conforme dispõe o art. 45 da Constituição. Não há limite máximo de Deputados Federais, o texto constitucional apenas estabelece que a representação dos Estados e Distrito Federal, bem como o número máximo de representantes do povo, será estabelecida por lei complementar, e que não deve haver menos de oito e mais de setenta deputados, por cada ente federativo, de acordo o art. 45, §1º, da Constituição Federal.¹¹⁶

Por sua vez, o Senado Federal é formado por “representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário”, segundo o art. 46 da Constituição. No tocante à quantidade máxima de Senadores, somente são permitidos 3 Senadores por cada ente federativo, de acordo com o art. 46, § 1º, do texto constitucional.¹¹⁷

O art.59 da Constituição Federal dispõe:

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”¹¹⁸

Processo legislativo é o conjunto de atos encadeados, os quais devem ser realizados tanto pela Câmara dos Deputados, quanto pelo Senado Federal com o intuito de se elaborar as leis.¹¹⁹ Somente interessa para o presente estudo o processo legislativo referente à elaboração das leis ordinárias. A Constituição Federal prevê em seus arts. 61, caput, 65 e 66 como deve ser realizado todo o processo legislativo para que uma lei ordinária seja sancionada.

¹¹⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 514.

¹¹⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 515.

¹¹⁸BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹¹⁹SOUZA, Hilda de. **Processo legislativo**. Porto Alegre: Sulina, 1998. p. 41.

Por sua vez, o Poder Judiciário tem como atividade exercer a jurisdição, ou seja, dizer o direito no caso concreto. “A jurisdição é hoje monopólio do Poder Judiciário do Estado” conforme preconiza o art. 5º, XXXV, da Constituição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Judiciário ao exercer a função jurisdicional deve compor os conflitos conforme o direito objetivo, é vedado utilizar critérios particulares para aplicar o direito.¹²⁰

O texto constitucional define em seu art. 92 os órgãos que compõem o Poder Judiciário, que são: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Apesar de haver a separação das funções de poder prevista na Constituição Federal, notadamente, o Poder Judiciário ao proferir algumas decisões tem entrado na órbita legislativa e ferido o princípio da separação dos poderes, visto que tem afastado a aplicação da legislação já existente e criado, de certa forma, uma nova. Este fenômeno é conhecido como ativismo judicial.

2.3 Separação dos Poderes e Ativismo Judicial

O Poder Judiciário tem ganhado cada vez mais destaque em razão do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal se comparado com os outros poderes. A Corte Constitucional do país tem estado em evidência devido a algumas decisões de grande repercussão e de cunho ativista que profere. Entende-se por ativismo judicial o desempenho da função jurisdicional além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao Poder Judiciário.¹²¹

¹²⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 559-560.

¹²¹RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/cfi/4!/4/4@0.00:13.5>>. Acesso em: 26 set. 2018.

O ativismo judicial é oriundo de uma “postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões”.¹²² Conforme leciona Carlos Alexandre de Azevedo Campos, entende-se por ativismo judicial:

“Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.”¹²³

O ativismo judicial é uma forma de interpretar a Constituição, de modo a extrair o máximo do seu texto, ampliando o seu significado e abrangência. O ativismo judicial proporciona uma maior atuação por parte do Poder Judiciário, o qual visa a garantia e cumprimento de garantias e valores constitucionais, contudo, há uma interferência no campo de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.¹²⁴ De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial pode se apresentar através de diversas maneiras, dentre elas:

“(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.”¹²⁵

Cumprir destacar que o ativismo judicial no Brasil é um movimento recente, o qual ganhou forças a partir dos anos 2000, com a publicação de textos sobre o assunto. O fenômeno possui relação com o destaque do Supremo Tribunal Federal

¹²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%2C%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%2C%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

dentro do Poder Judiciário, cujo tribunal protagoniza decisões de cunho ativista. O evento adquiriu destaque a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois antes disso a Corte não possuía significativo poder decisório, por ser um órgão subordinado ao Presidente da República, tampouco detinha uma postura ativista.¹²⁶

As primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal, após o advento da Constituição de 1988, eram proferidas de acordo com o positivismo, sem cunho interpretativo por parte do tribunal, esse cenário perdurou por alguns anos. Com a mudança da composição da Corte Constitucional, as decisões passaram a ser embasadas na garantia aos direitos fundamentais, normatividade de princípios, transformação social do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo deixou de utilizar uma estrutura formalista literalista para adotar uma posição criativa da Constituição e das demais normas, de modo a acompanhar as transformações e anseios sociais. Dentre as decisões de grande repercussão proferidas e que possuem cunho ativista destacam-se o reconhecimento das uniões homoafetivas, a possibilidade da realização de aborto de fetos anencéfalos.

Importante diferenciar ativismo judicial e judicialização da política, visto que são coisas diferentes, apesar de serem correlatas.¹²⁷ Judicialização é a solução de temas com grande repercussão social ou política através do Poder Judiciário, e não por parte do Executivo ou Congresso Nacional.¹²⁸ Por sua vez, o ativismo judicial é “a escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas”, conforme leciona Carlos Alexandre.¹²⁹ O Ministro Barroso diferencia os dois conceitos da seguinte maneira:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as

¹²⁶CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>> Acesso em: 26 set. 2018.

¹²⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>> Acesso em: 26 set. 2018.

¹²⁸BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%2C%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹²⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>>. Acesso em: 26 set. 2018.

mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. 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. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Por ser um texto abrangente, conter princípios que por vezes não são prontamente claros e necessitem de uma interpretação, prever diversos direitos fundamentais, a Constituição criou um ambiente propício para que o Supremo atue em situações que necessitem de soluções a partir da interpretação e criatividade do tribunal.¹³⁰

Contudo, essa atividade legiferante por parte do Poder Judiciário tem sofrido críticas, pois “o Supremo tem modificado substancialmente os sentidos normativos das leis, criando normas novas com significados bastante diversos daqueles que se podem deduzir das expressões semânticas do dispositivo interpretado”,¹³¹ extrapolando conseqüentemente a separação dos poderes, visto que atua de maneira análoga ao Poder Legislativo, podendo se afirmar em uma ofensa à própria Constituição. Essa atuação por parte do Judiciário será analisada a seguir.

¹³⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹³¹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>>. Acesso em: 26 set. 2018.

3 ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 124.306

Trata-se de decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 124.306, que entendeu ser possível a prática do aborto, se realizado até o terceiro mês de gestação, hipótese em que não haveria a incidência dos arts. 124 ao 126 do Código Penal, portanto, não seria considerado crime a interrupção da gravidez nesse caso.¹³²

Notadamente, a decisão proferida pela referida turma da Corte Constitucional possui cunho ativista, visto que há a previsão legal do tipo penal aborto no Código Penal e entendeu-se que a lei somente será aplicada caso a gravidez seja interrompida após o terceiro mês de gestação, hipótese essa não descrita no tipo penal.

3.1 Síntese Processual

Em agosto de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu não haver incidência dos arts. 124 ao 126 do Código Penal, se a gestação for interrompida até o terceiro mês. A decisão foi assim proferida a partir de uma interpretação da Constituição Federal.¹³³

No caso analisado, os pacientes do Habeas Corpus foram presos em flagrante delito por provocarem aborto com o consentimento da gestante. O juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias /RJ deferiu o pedido de liberdade provisória dos réus (Processo nº 001449-75.2013.8.19.0021). Em razão disso, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro impetrou um Recurso em Sentido Estrito, o qual foi conhecido e provido pela 4ª Câmara Criminal, que determinou a

¹³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

expedição dos mandados de prisão contra os pacientes. A denúncia foi recebida no dia 4 de abril de 2013.¹³⁴

Diante disso, um habeas corpus foi impetrado pela defesa no Superior Tribunal de Justiça (nº 290.341/RJ), contudo, não foi conhecido pelo tribunal por entender a “legalidade da custódia, pois fundada em elementos concretos, consubstanciados na gravidade e na reprovabilidade das condutas imputadas”. Por fim, foi impetrado o referido instrumental processual com o intuito de salvaguardar a liberdade dos pacientes.¹³⁵

No julgamento do Habeas Corpus nº 124.306, o Ministro Luís Roberto Barroso afastou a possibilidade da prisão preventiva, tendo em vista que não se vislumbrou os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Além de analisar o pedido de Habeas Corpus, o Ministro passou a examinar a matéria do processo, já que os acusados foram denunciados com fulcro no art. 126 do Código de Processo Penal, o qual prevê o crime de aborto com o consentimento da gestante.

O crime de aborto está previsto no Código Penal nos arts. 124, 125, 126, ainda assim, o Magistrado sustenta a possibilidade da realização do aborto até o terceiro mês de gestação por intermédio de uma interpretação sob a luz da Constituição:

“É preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.”

¹³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 124.306, Rio de Janeiro. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 124.306, Rio de Janeiro. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

O Ministro Barroso entende não ser crime a prática abortiva voluntária no primeiro trimestre, afirmando que o tipo penal fere os direitos fundamentais: os direitos reprodutivos e sexuais, bem como a autonomia, integridade física e psíquica da mulher. Ressalta que a tipificação do aborto não é meio suficiente de salvaguardar a vida do nascituro, tendo em vista o número de abortos realizados clandestinamente no país. Afirma a criminalização é “medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios”. Aponta, ainda, formas mais eficientes para que “Estado evite a ocorrência de abortos”, como distribuição de meios contraceptivos, educação sexual e assistência à mulher.¹³⁶

Pelo fato de o Código Penal ser da década de 1940, data anterior à promulgação da Constituição de 1988, para o Magistrado, não há recepção dos arts. 124 ao 126 da Lei Penal, se o aborto voluntário for praticado no primeiro trimestre de gestação. Concedendo, por fim, o habeas corpus aos pacientes, de modo a afastar a prisão preventiva destes.¹³⁷

Os Ministros Rosa Weber e Edson Fachin coadunaram com os argumentos do Ministro Barroso. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio apenas se manifestou acerca dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, conforme o art.312 do Código de Processo Penal. Dessa forma, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria dos votos, ser inconstitucional a incidência do tipo penal aborto, previsto nos arts. 124 ao 126 do Código Penal, na hipótese de interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação.¹³⁸

¹³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

Notadamente, a decisão proferida pela Primeira Turma da Corte Constitucional insere uma possibilidade de aborto voluntário no art. 124 ao 126 do Código Penal, contudo, o Poder Legislativo ao elaborar o dispositivo legal não previu a possibilidade da prática do aborto até o primeiro trimestre de gestação como uma conduta permitida. Sendo assim, a decisão possui um cunho ativista, visto que extraiu princípios constitucionais com o intuito de afastar a incidência da norma penal. Contudo, questiona-se a possibilidade de a referida sentença ter violado o princípio constitucional da separação dos poderes, podendo ser, inclusive, uma decisão inconstitucional.

3.2 Análise Crítica De Argumentos Utilizados Na Decisão

O Ministro Barroso ao proferir o seu voto utiliza princípios constitucionais, como fundamento para afastar a incidência da norma penal no caso de aborto voluntário praticado até o terceiro mês princípios constitucionais. Dentre os vários argumentos apontados, alguns merecem destaque.

De acordo com o magistrado, é necessário analisar alguns fatores para que o tipo penal aborto esteja em conformidade com a Constituição.¹³⁹

“É preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.”¹⁴⁰

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal aborto, previsto no art. 124 ao 126, conforme foi apontado anteriormente, é a vida do feto, quando se trata de

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

autoaborto, já na hipótese de aborto provocado por terceiro existem duas objetividades jurídicas a serem resguardadas, a vida do nascituro, bem como a da gestante e sua incolumidade física e psíquica.¹⁴¹

Notadamente, o bem jurídico que o tipo penal visa proteger é relevante, o comportamento incriminado não se trata de exercício legítimo de um direito fundamental, e há proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal, pois a Constituição Federal em seu art. 5º, caput,¹⁴² garante a inviolabilidade do direito à vida, o qual é um direito e garantia fundamental, considerado, por sua vez, como cláusula pétrea, como afirmado anteriormente. Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade do tipo penal ora estudado, visto que preenche positivamente os requisitos apontados pelo Ministro Barroso.

Conforme afirma o magistrado, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, “o que legitima a atuação de jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa”.¹⁴³ Acerca dos direitos fundamentais o Ministro Luís Roberto Barroso declara:

“Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do

¹⁴¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

¹⁴² CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 163.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.”¹⁴⁴

Para o Ministro Barroso há uma colisão entre direitos fundamentais quando se trata da tipificação penal do aborto, e esse choque deve ser resolvido por intermédio do princípio da proporcionalidade.¹⁴⁵ Entretanto, analisando-se o crime de aborto, nota-se a tipificação ser meio adequado, necessário e proporcional para salvaguardar a vida do nascituro, e em alguns casos a vida da gestante, visto tratar-se de um direito e garantia fundamenta previsto na Constituição, como explanado anteriormente.

Quem deve fazer a escolha de adequação, necessidade e proporcionalidade ao tipificar determinada conduta como crime é o Poder Legislativo, por meio de elaboração de lei, obedecendo o processo legislativo. Conforme leciona José Afonso da Silva:

“Se a lei é um meio de transformação de interesses da ordem social em interesses da ordem jurídica, bem se vê a importância da iniciativa das leis, do poder que se reconhece a alguém ou a algum órgão de submeter projetos de leis ao Legislativo. A iniciativa legislativa, então, aparece como poder de escolha de interesses sociais a serem tutelados pela ordem jurídica. E daí sua conotação de ato político, pois só à função política cabe escolher livre e discricionariamente as vias a serem seguidas. Daí, a íntima relação entre a ideologia política e a formação das leis, quando o conteúdo dos atos legislativos reflete o conteúdo ideológico dominante, representado pelos detentores do poder.”¹⁴⁶

Por meio do Poder Legislativo é que há a representação do povo, conforme o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Visto que o Legislativo representa a vontade da sociedade que o

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁴⁶SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do poder legislativo. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198698>>. Acesso em: 27 set. 2018.

escolheu através dos seus representantes que compõem a Câmara dos Deputados, conforme exposto anteriormente, cabe tão somente a ele fazer o juízo de adequação, proporcionalidade, necessidade quanto ao tipo penal aborto. Como afirmou o próprio Ministro Barroso em seu voto “o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas”.¹⁴⁷

Por isso que a prática abortiva é considerada crime previsto em lei, nos arts.124 ao 126 do Código Penal, visto que o Poder Legislativo entende ser preciso salvaguardar a vida do nascituro, conforme prevê a Constituição Federal, pois acredita ser essa a vontade do povo que o escolheu. Dessa forma, o Legislativo atua conforme o texto constitucional, pois ao prever o aborto como crime atua na sua esfera de competência, conforme o art. 22, I, da Constituição, o qual afirma ser competência privativa União legislar sobre direito penal. Por sua vez, o Poder Legislativo, o qual integra a União, elabora a lei sobre direito penal, conforme o processo legislativo previsto nos arts. 61, caput, 65 e 66 da Constituição Federal. Sendo assim, o Legislador atua conforme a Constituição, obedecendo ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º do texto constitucional. Portanto, a tipificação penal do aborto obedece aos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade apontados pelo Ministro Barroso.

O Ministro Luís Roberto Barroso afirma em sua decisão que “a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação”, bem como “é ineficaz para proteger o direito à vida do feto”.¹⁴⁸ A partir dessa linha lógica de que a tipificação do aborto não é medida capaz para se evitar a conduta criminosa, é possível concluir que, a previsão legal de determinada conduta entendida como delituosa não é suficiente para evitar que o crime seja cometido. Por exemplo, a criminalização do homicídio, apesar de ser crime a conduta de matar

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

alguém, conforme prevê o art. 121 do Código Penal, a tipificação não impede que várias mortes ocorram diariamente, logo, não é capaz de evitar que o delito ocorra, nem é forma hábil de se proteger a vida de alguém. Portanto, de acordo com a lógica empregada pelo Ministro, não há razão para que haja a previsão legal de delitos, visto que ocorrerão de qualquer maneira.

A tipificação de uma determinada prática entendida como conduta delituosa tem o intuito de resguardar o bem jurídico tutelado pela norma, caso esse bem jurídico penalmente tutelado seja violado haverá uma sanção. Cabe tão somente ao Poder Legislativo a escolha de proteger determinado bem jurídico e tutelá-lo penalmente,¹⁴⁹ o faz por intermédio da criação de leis de direito penal, conforme preconiza o art. 22, I, da Constituição Federal. Logo atua na sua esfera de competência e acordo com o princípio da separação dos poderes, conforme o art. 2º do texto constitucional. Por isso, há a criminalização do aborto prevista nos arts. 124 ao 126 do Código Penal, pois o Legislador entende que a vida do feto é um bem jurídico a ser penalmente salvaguardado e que há a necessidade de uma pena caso seja violado.

Outro argumento levantado pelo Ministro Barroso é a não recepção dos arts. 124 ao 126 do Código Penal:

“Como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (...) dos dispositivos apontados do Código Penal.”¹⁵⁰

Contudo, não merece prosperar o argumento defendido pelo Ministro, pois os dispositivos já apontados são constitucionais, visto que interessa ao fenômeno da recepção de norma tão somente o seu conteúdo, não cuida da forma como foi criada. O professor João Trindade, como maneira de exemplificar a recepção, afirma que “o Código Penal foi instituído por um Decreto-Lei, instrumento normativo que

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral**. Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 409.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

não mais existe; porém, o que for compatível com a CF/1988, é recepcionado com força de lei ordinária”.¹⁵¹

Visto que os dispositivos previstos nos arts. 124 ao 126 do Código Penal possuem como objeto jurídico tutelado a vida do nascituro, como mencionado anteriormente em capítulos anteriores, em conformidade ao que preconiza o art. 5º, caput, da Constituição, que garante a inviolabilidade do direito à vida, nota-se que os referidos artigos penais são plenamente constitucionais, pois visam salvaguardar a vida do feto, direito fundamental tutelado pelo texto constitucional. Logo, não há que falar em inconstitucionalidade em razão da não recepção dos referidos dispositivos do Código Penal, como sustenta o Ministro Luís Roberto Barroso, porque possuem como conteúdo a tutela do direito fundamental vida, por isso foram recepcionados com o advento da Constituição de 1988.

Outro argumento suscitado pelo magistrado é: se o aborto for praticado no primeiro trimestre de gestação o fato não seria considerado crime em razão de uma interpretação do Código Penal sob a luz da Constituição Federal:

“Para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.”¹⁵²

Analisando-se a referida afirmativa é possível concluir que se não há o desenvolvimento do córtex cerebral até o terceiro mês de gestação, nem há

¹⁵¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de direito constitucional**. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011. p. 62.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

potencialidade de vida extrauterina, não há vida, logo não há crime de aborto, visto que tem por objeto jurídico tutelado a vida do nascituro. Contudo, esse argumento do Ministro Barroso não pode ser levado em consideração sob a luz do ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de não haver o desenvolvimento do córtex cerebral no primeiro trimestre de gestação, o direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro é tutelada desde as suas etapas iniciais, apesar de o Código Civil prever em seu 2º que a personalidade da pessoa inicia-se com o seu nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como apontado anteriormente.

O Ministro Ayres Britto afirma que:

“A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.”¹⁵³

Em razão disso, há a previsão no Código Penal do crime de aborto, de modo a resguardar o direito constitucional à vida. Sendo assim, não se deve entender que pelo fato de não haver o desenvolvimento do córtex cerebral do feto no primeiro mês de gestação, visto que o ordenamento jurídico brasileiro o protege, seja no âmbito penal, seja no âmbito civil.

Cumpra diferenciar a hipótese de não incidência do tipo penal aborto no caso de interrupção da gestação na hipótese de feto anencéfalo. Na Arguição de Preceito Fundamental nº 54 questionava-se acerca da possibilidade de aborto quando o nascituro for comprovadamente desprovido de córtex cerebral. No julgamento entendeu-se pela possibilidade da interrupção da gravidez, pois, se não havia o desenvolvimento do cérebro não há vida, e, portanto, não constituiria prática criminosa o encerramento da gestação nessa hipótese, porque o crime de aborto

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Advogado-Geral da União. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 30 set. 2018.

tem o intuito de salvaguardar a vida do nascituro, se não há vida a ser tutelada, não há a incidência da norma penal.

Outro ponto a ser analisado na argumentação do Ministro Barroso, é a possibilidade da interrupção da gestação até o primeiro trimestre a partir de uma interpretação da Constituição. Nota-se que o magistrado adiciona uma hipótese na norma penal em que não constituiria crime de aborto, quando não há a previsão expressa, através de uma interpretação da Constituição Federal.

Não se nega que em certas ocasiões deva o juiz interpretar uma norma com o intuito de dizer o direito no caso concreto, no entanto, essas hipóteses ocorrem “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, conforme o que preconiza o art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,¹⁵⁴ ou seja, quando não houver previsão legal o juiz deve procurar soluções, de modo que não deixe de decidir no caso concreto.

Contudo, não há uma omissão legal, pelo contrário, há uma norma expressa em que há a previsão da tipificação do crime de aborto, que está previsto nos arts. 124 ao 126 do Código Penal. Dessa maneira, não poderia o magistrado adicionar uma hipótese de que não constituiria crime de aborto com fundamento na interpretação da Constituição, visto que há previsão expressa do crime de aborto e a própria lei penal traz em seu texto os casos em que o aborto não é punido, conforme o art. 128. Notadamente, esse argumento do Ministro Luís Roberto Barroso possui cunho ativista, pois cria uma hipótese em que não constituiria crime a partir de uma extração máxima do texto constitucional.

Contudo, nota-se que o Poder Judiciário, nesse julgamento fere o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição, pois adiciona uma hipótese em que não constituiria crime de aborto na norma penal, sendo este o

¹⁵⁴ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do judiciário. **Revista de direito empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018. p.62-63. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327646609_Hermeneutica_das_Escolhas_e_a_Funcao_Legislativa_do_Judiciario_Choice_Hermeneutics_and_the_Judiciary_Law-Making_Function. Acesso em: 30 set. 2018.

papel do Poder Legislativo, que tem como função elaborar leis de direito penal, através do processo legislativo, como explanado anteriormente. Sendo assim, não poderia haver essa hipótese na decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, pois estaria atuando como Legislador e não é esse o papel do Poder Judiciário.

Nesse sentido, adverte o Ministro Ricardo Lewandowski acerca dos perigos da interpretação e do Judiciário assumir o papel do Legislativo, ferindo, conseqüentemente, o princípio da separação dos poderes:

“O já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”. Logo depois acrescenta: “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’ (Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG)”.

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo cujo manejo exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional. Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes

do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.¹⁵⁵

O Código Penal em seu art. 128 prevê as situações em que o aborto não é punido, se não houver outro modo de salvar a vida da gestante ou se a gravidez é decorrente de estupro. Há também a hipótese de interrupção da gestação quando o feto for anencéfalo, oriunda de entendimento jurisprudencial. Sendo assim, o Legislador previu taxativamente as circunstâncias em que o aborto pode ser praticado sem, contudo, ser punido. Logo, para que não haja a criminalização do aborto, se praticado, até o terceiro mês, deve a referida hipótese ser inserida através de uma lei aprovada pelo Poder Legislativo por meio de processo legislativo, não podendo ser o seu rol ampliado a partir de um entendimento do Poder Judiciário em decisão claramente ativista. Se o Legislador ainda não realizou essa mudança na lei penal, deve-se entender que não é essa a sua vontade e deve ser respeitada.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 30 set. 2018.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve o intuito de analisar o Habeas Corpus nº 124.306, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal entendeu pela descriminalização do aborto, se este for praticado até o primeiro trimestre de gestação, a partir de uma interpretação máxima dos princípios da Constituição. Contudo, notadamente a decisão viola o princípio constitucional da separação dos poderes, visto que o Poder Judiciário adicionou uma hipótese de não ser punido o aborto, sendo que eventual adição deveria ser feita pelo Poder Legislativo, competente para elaborar as leis do ordenamento jurídico.

Primeiramente, analisou-se os aspectos gerais sobre a vida e sua tutela constitucional, visto que se trata de um direito e garantia fundamental, bem como infraconstitucional, pois há a previsão legal de salvaguarda dos direitos do nascituro, e a tipificação do crime de aborto, que tem por objeto jurídico resguardar a vida do feto. Além disso, também foi analisado os aspectos gerais que compõem o crime de aborto, o qual é previsto no Código Penal nos arts. 124 ao 126.

Posteriormente, examinou-se o princípio da separação dos poderes, o qual é previsto no art. 2º da Constituição Federal, afirmando que são independentes e harmônicos entre si os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; bem as funções precípua do Poder Legislativo e Executivo. Além disso, analisou-se os aspectos gerais do ativismo judicial e relação com separação dos poderes.

Por fim, analisou-se a decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em especial os argumentos defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a qual entendeu pela não criminalização do aborto, se este for praticado até o terceiro mês de gestação.

A turma entendeu não ser a conduta de aborto crime, se realizado no primeiro trimestre de gestação, a partir de uma interpretação máxima da Constituição Federal. O Ministro Barroso suscitou em seu voto, em especial o princípio da proporcionalidade da tipificação penal do aborto; não ser a criminalização meio hábil de resguardar a vida do feto, que é o objeto jurídico tutelado, pelos dispositivos do Código Penal; a inconstitucionalidade dos arts. 124 e 126 da norma penal em razão

da não recepção, visto que o Código Penal é da década de 1940 e a Constituição Federal, a partir de uma interpretação dos referidos arts. sob a luz do texto constitucional; a não existência de vida até o terceiro mês de gestação, pois não há, ainda, o desenvolvimento do córtex cerebral, nem possibilidade vida extrauterina.

Contudo, todos os argumentos apontados pelo Ministro foram combatidos, de modo a se demonstrar que são insuficientes para que haja a descriminalização do aborto, se praticado até o terceiro mês de gestação, e que não poderia o Judiciário não considerar a referida prática como crime, visto que há a previsão legal expressa, devendo apenas aplicar a norma. Sendo assim, a decisão de cunho ativista viola claramente ao princípio constitucional da separação dos poderes, pois seria tarefa do Poder Legislativo eventual descriminalização do aborto, caso fosse praticado até o terceiro mês de gestação, que o faria elaborando uma lei, por intermédio de processo legislativo. Podendo, se falar até em decisão inconstitucional, visto que violou o que preconiza o art. 2º da Constituição Federal.

Portanto, não poderia a turma do Tribunal Constitucional afirmar não ser crime quando se pratica o aborto no primeiro trimestre de gestação a partir de uma interpretação da Constituição Federal em detrimento do Código Penal, decidindo, notadamente, contra a lei, extraindo ao máximo do texto constitucional, invadindo a esfera de competência pertencente ao Poder Legislativo, sendo uma decisão de cunho ativista. A Primeira Turma deveria tão somente expor argumentos relacionados à presença ou não dos requisitos para a prisão preventiva, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, para fundamentar o deferimento do pedido de Habeas Corpus aos seus pacientes.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Armando. A teoria lockeana da separação dos poderes. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 01 de set. 2018.
- ARISTÓTELES. A política. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 26 de set. 2018.
- BELO, Warley Rodrigues. Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Código Penal. (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 de maio. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de set. 2018.
- BRASIL. Resolução CFM nº 1.480, de 08 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Advogado-Geral da União. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 19 agosto 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 de ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 de ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 124.306 Rio de Janeiro. Primeira Turma. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 de set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 124.306, Rio de Janeiro. Paciente(s): Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 de set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5776-6>>. Acesso em: 26 de set. 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATÃO, Marconi do Ó. Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Roteiro de direito constitucional. 4 ed. Brasília: Gran Cursos, 2011.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Dworkin, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais/ Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Pereira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

GESTANTES DE ANENCÉFALOS TÊM DIREITO DE INTERROMPER GRAVIDEZ. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 19 de ago. 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do judiciário. Revista de direito empresarial – RDEmp. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, maio/ago. 2018. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/publication/327646609_Hermeneutica_das_Escolhas_e_a_Funcao_Legislativa_do_Judiciario_Choice_Hermeneutics_and_the_Judiciary_Law-Making_Function>. Acesso em: 30 de set. 2018.

JESUS, Damásio de. Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LYRA, Ivanilda Figueiredo. A separação das funções estatais e o controle do Supremo Tribunal Federal em face das normas editadas pelo legislativo. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2378>> Acesso em: 01 de set. 2018.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação dos poderes: Montesquieu republicano e a exegese de a constituição da Inglaterra. Disponível em: <
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf>>. Acesso em: 01 de set. 2018.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/cfi/4!/4/4@0.00:13.5>>. Acesso em: 26 de set. 2018.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Christine Oliveira Peter da.; REINERT, Larissa Friedrich. A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da doutrina

de Niklas Luhmann. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11036&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 01 de set. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do poder legislativo. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198698>>. Acesso em: 27 de set. 2018.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e contrapesos (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOUZA, Hilda de. Processo legislativo. Porto Alegre: Sulina, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral. Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.