

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Nelson Juliano Cardoso Matos; José Adércio Leite Sampaio – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-532-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os temas discutidos no GT foram de importância e atualidade ímpares. Questões como colonização da política pela economia e, em certa medida, pelo direito estiverem transversalmente presentes em praticamente todos os temas.. As matrizes históricas da disfuncionalidade da política brasileira também foram discutidas, bem como temas recorrentes como ativismo judicial, atuação do legislador, notadamente, dos direitos fundamentais e políticas públicas. As apresentações se fizeram em ambiente de participação e cooperação.

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos - UFPI

Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio - PUC Minas / ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: ENTRE A INÉPCIA DO LEGISLATIVO E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

THE DISCRIMINALIZATION OF ABORTION: BETWEEN THE LEGISLATIVE INHERITANCE AND THE POLITIZATION OF THE JUDICIARY

Adriano César Oliveira Nóbrega ¹
Gerardo Clésio Maia Arruda ²

Resumo

O artigo demonstra a relevância do tema aborto para a sociedade brasileira. Considera os aspectos morais que se entrincheiram na defesa de visões de mundo contraditórias, mas traz evidências das consequências negativas à saúde das mulheres, especialmente para as situadas nos estratos inferiores da estrutura social. A proposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 fundamenta a análise acerca da legitimidade de decisão sobre a matéria pelo Poder Judiciário. Conclui-se que, dada a inépcia do Poder Legislativo, é mister que o Poder Judiciário a recepcione, assim oportunizando um amplo debate nacional sobre questão de relevante interesse social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Feminismo, Politização do judiciário, Constituição, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The article demonstrates the relevance of abortion to Brazilian society. It considers the moral aspects that are entrenched in the defense of contradictory worldviews, but it brings evidence to the negative consequences to women's health. The proposition of the Arrangement of Non-Compliance with Fundamental Precept (ADPF) nº 442 bases the analysis on the legitimacy of decision on the matter by the Judiciary. It is concluded that, due to the ineptitude of the Legislative Power, it is necessary that the Judiciary receive it, thus opportunizing a wide national debate on a matter of relevant social interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Feminism, Politicization of the judiciary, Constitution, Democracy

¹ Mestrando em Direito pela Unichristus. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará.

² Doutor e Mestre em Sociologia, Especialista em Geografia e Graduado em Ciências Econômicas. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do UNICHRISTUS e Professor Titular da UNIFOR.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sociedade científica, tecnológica e do conhecimento são alguns dos termos adotados para identificar as características e princípios balizadores da lógica de funcionamento do mundo contemporâneo. O conceito de sociedade de risco empregado por pensadores sociais, como Ulrich Beck (1997) e Scott Lash (1997), no intuito de abranger a magnitude das transformações contemporâneas, provavelmente seja capaz de traduzir com maior fidelidade o universo social permeado de incertezas hoje vivenciado. Com efeito, as mudanças no padrão de produção de mercadorias, que se assistiu após a grande crise energética, marcada pelo aumento no preço do petróleo nos anos de 1973 a 1975, deu início ao emprego de ciência nas organizações produtivas que provocou alterações na mercadoria e na sua consecução, exigindo novas qualificações da força de trabalho (ARRUDA, 2010). Os anos 1980 inaugurou uma demanda de trabalho em que o requisito base passou a ser o conhecimento e outras habilidades em substituição à força física. Os países industrializados que já vinha abrindo espaço para a participação feminina no mercado de trabalho acelerou a ascensão da mulher em todos os setores produtivos. Nas primeiras décadas do século XXI, no Brasil, as mulheres passaram a ocupar mais significativamente os postos de trabalho no mercado formal, denotando uma melhora nos índices quantitativos e qualitativos.¹

A participação feminina no mercado de trabalho alterou os papéis sociais desempenhados em todas as dimensões de sociabilidade, de sorte que a mulher passou a assumir posições de maior relevância na hierarquia do mundo organizacional produtivo, nos setores público e privado, nas famílias, religiões, etc. A consolidação da autonomia feminina está paulatinamente erodindo as bases da família patriarcal e levando as mulheres a serem protagonistas de suas biografias, de tal maneira que se tornou comum a decisão quanto a privilegiar a vida profissional ou familiar, subsumindo uma relação em detrimento da outra ou combinando as duas. As modificações no universo cotidiano dos indivíduos, em seus papéis sociais e na dinâmica e funcionamento das instituições denotam uma transformação que nos impõe a constatação da máxima vaticinada por Karl

¹ Dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) indicam que, no ano de 2012, as mulheres passaram a perceber um salário médio real de R\$ 917,87, enquanto o dos homens atingia o valor de R\$ 1.019,34. Isto significava que as mulheres ganhavam o correspondente a 85,97% dos salários dos homens, embora apresentasse esta defasagem, percebia-se uma redução contínua da diferença salarial. (PORTAL BRASIL, 2013, *online*)

Marx, de que a modernidade industrial se tratava de um modo de produção radicalmente revolucionário, pois inovador em sua natureza, uma vez que colocaria em xeque todas as certezas, a partir de então mesmo os valores morais mais enraizados não se sustentariam no longo prazo, ou seja, “tudo que é sólido e estável se volatiliza, tudo o que é sagrado é profanado, e os homens são finalmente obrigados a encarar com sobriedade e sem ilusões sua posição na vida, suas relações recíprocas.” (MARX, 2008, p. 48)

Originam-se na edificação desta nova ordem social mundial os questionamentos às morais seculares, o que vem obrigando os Estados-nações a pautarem juridicamente temas tabus, como a união homossexual e o aborto. Com relação a este último tema, alguns países já formularam ordenações que permitem a sua prática generalizada, como no Canadá, Espanha, França, Suécia, Islândia e, mesmo em países menos desenvolvidos, como Uruguai e Índia. Com efeito, já são muitos os países que não tratam mais a interrupção espontânea da gravidez como uma prática criminosa. No Brasil, o aborto é considerado crime previsto nos artigos 124 a 126 do Código Penal e, caso seja realizado pela gestante ou com o seu consentimento, esta é passível de pena de detenção de até 3 (três) anos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 está fundamentada em alegações que enfatizam que em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas onde o ordenamento jurídico garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo e isonômico (BRASIL, 2017). Nesta proposição, sustenta-se que a criminalização do aborto é um excesso do poder coercitivo do Estado, devendo os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal serem declarados não recepcionados pela Constituição Federal de 1988, visto que afrontariam os princípios da dignidade da pessoa humana, cidadania, direito à vida, segurança, saúde, integridade física, dentre outros princípios constitucionais passíveis de serem invocados no intuito de justificar a atuação do Poder Judiciário para decidir tema controverso. Por sua vez, as vozes que se insurgem contra esta iniciativa são peremptórias em sua afirmação de que Poder Judiciário não possui legitimidade para avaliar e decidir acerca de matéria desta natureza, uma vez que, circunstanciado pela teoria das capacidades institucionais, pode-se fundamentar que se está diante de objeto inerente às funções próprias do Poder Legislativo.

Com base nestes entendimentos dispares quanto à criminalização do aborto, em que, de um lado, vicejam argumentos assentados na crença de que se está diante de um problema de saúde pública que aflige milhares de mulheres, portanto, que demanda a adoção de medidas extremas; e que, de outro lado, noções éticas se interpõem na sustentação da manutenção do ordenamento vigente. Faz-se, neste artigo, um esforço para aclarar a querela acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF) no concernente à decisão sobre esta matéria. Neste sentido, não é objetivo aqui fundamentar um posicionamento contra ou a favor, mas verificar se é pertinente ao Supremo Tribunal Federal, sem ferir os princípios delimitadores de sua atuação institucional, com base nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, decidir favoravelmente quanto a descriminalização do aborto, estribado no entendimento de que se trata de matéria de relevante interesse social.

No intuito de perquirir os objetivos aqui delineados, além desta seção, o artigo foi dividido numa parte que trata da influência dos movimentos feministas na consecução da Constituição de 1988, momento crucial e que possibilitou já no transcurso da Assembleia Constituinte ações estatais concretas direcionadas para a garantia da integridade da mulher; entretanto, embora nem todas as reivindicações entabuladas na década de 1980 tenham sido atendidas, seja no plano do poder executivo ou normativo-jurídico, teve-se neste período a emergência de diretrizes que até hoje orientam os movimentos feministas. Na seção seguinte, faz-se uma síntese do ordenamento vigente e das proposições normativas concernente à prática do aborto, ao mesmo tempo em que se busca demonstrar algumas questões de ordem moral que acompanham os fundamentos jurídicos. Na seção que antecede as notas conclusivas, busca-se contribuir para o debate acerca dos limites entre os poderes legislativo e judiciário, principalmente no referente à intromissão de um nas funções concernentes e próprias ao outro, com base na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, que trata de um tema social de extrema relevância, sensível, pois remete às questões morais seculares, mas que contemporaneamente se aduz evidências empíricas que demonstram a existência de segmentos populacionais femininos que são vítimas, com sequelas permanentes ou que chegam a óbito, em função do não enfrentamento da problemática da interrupção da gravidez, buscando alternativas outras que não seja somente a criminalização.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 encerrou o longo período autoritário imposto pelo golpe militar de 1964. Os movimentos sociais, que se arregimentaram em torno da Assembleia Constituinte, participando e influenciando ativamente na condução e resultados dos trabalhos, emprestaram no seu início e transcurso, o que depois foi corroborado com seus resultados, elementos que levaram juristas de nacionalidades tradicionalmente democráticas a considerá-la vanguardista. A “Constituição Cidadã” trouxe para a sociedade brasileira um arcabouço normativo de grande relevo para a efetivação de conquistas na perspectiva das relações de gênero², uma vez que possibilitou interpretações que fundamentaram entendimentos em que se promoveram avanços na direção da equidade de gêneros, em seu sentido formal, e o reconhecimento de diversas formas de família.

Nos anos 1980³ foram decisivas as lutas dos movimentos feministas na busca da legitimação de um amplo espectro de direitos, desde os relativos ao âmbito familiar, do trabalho ao do campo político. Obteve visibilidade uma gama acentuada de questões há muito reivindicadas, sobretudo aquelas relativas à condição de cidadania, assim ganharam espaço midiático temas como a saúde e a violência contra a mulher (CARRARA; VIANA, 2008). Foi nesta década marcada por profundas transformações na organização dos movimentos feministas que se assistiu à fundação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CNDM) e a primeira Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), criada em São Paulo após acirradas discussões dos movimentos feministas com os poderes públicos estaduais. Nestes embates se procurava demonstrar os fatores causadores de insatisfações nas mulheres quando buscavam atendimento prestado pelas Delegacias de Polícia comuns. Na verdade, ainda hoje, nos municípios em que não há atendimento especializado, persistem as denúncias de mulheres que se dizem vítimas de ações e comportamentos com viés de preconceitos machistas por parte dos agentes públicos.

A primeira DEAM foi instituída com o propósito de garantir um atendimento adequado às mulheres em situação de risco ou vítimas de violência física e sexual. Esta experiência fez emergir uma realidade escamoteada pelo sigilo da inviolabilidade do lar,

² Nas palavras da ativista Chimamanda Ngozi Adichie : “*My own definition of a feminist is a man or a woman who says, yes, there’s a problem with gender as it is today and we must fix it, we must do better. All of us, women and men, must do better.*”, a autora ainda completa a definição em sua obra “*Feminist - the person who believes in the social, political and economic equality of the sexes*” (ADICHIE, 2014).

³ Para uma melhor compreensão da evolução dos direitos da mulher, verificar o artigo “*Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”* de Sérgio Carrara e Adriana Viana (CARRARA; VIANA, p. 334-359, 2008).

de sorte que as queixas realizadas denunciavam na sua maior parte os namorados, esposos e companheiros (BRASIL, 2015). As evidências, agora formalmente registradas, alimentaram as representações da luta feminina e robusteceram as pressões dos movimentos contra a omissão do legislador, dada a não efetivação de direitos garantidores da igualdade, integridade física e psicológica, vida e segurança. Neste sentido, a Carta das Mulheres Brasileiras foi uma iniciativa exemplar, redigida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), organismo que participou ativamente na comunicação e interação dos grupos, assim criando um ambiente propício à elaboração de propostas e de formulação de estratégias de reivindicações visando influir nos trabalhos da Assembleia Constituinte, que viria a promulgar a Constituição de 1988. Dentre outras demandas do CNDM, salientam-se aqui as constantes nos itens 6 e 9, que compunham o rol concernente ao tema saúde, que não foram atendidas e ainda orientam lutas de organizações feministas:

6 - Será garantido à mulher o direito de conhecer e decidir sobre o seu corpo.

[...]

9 – Garantia de livre opção pela maternidade, compreendendo-se tanto a assistência ao pré-natal, parto e pós-parto, como o direito de evitar ou interromper a gravidez sem prejuízo para a saúde da mulher (BRASIL, 1987).

A discussão sobre o aborto, mesmo nos países que já promoveram sua descriminalização, desperta paixões e é sempre realizado de forma acalorada, de sorte que qualquer que seja a posição tomada, mesmo que racionalmente fundamentada⁴, tanto críticas coerentes quanto meras opiniões permeadas de preconceitos emergem em profusão, estabelecendo, assim, uma tensão no seio da comunidade numa disputa moral. Este fenômeno não se daria de forma diferente no Brasil, herdeiro cultural dos valores morais europeus fundantes da sociedade patriarcal. Entrementes, há de se defrontar com esta questão que será renitentemente colocada à apreciação da sociedade brasileira, que, nestes tempos de comunicação em tempo real, está bem mais suscetível a interiorizar maneiras de pensar e agir compartilhadas globalmente. Ou seja, vivemos um tipo de sociabilidade que, como descreve Bauman (2009, p.7), “não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo”. Em síntese, o consenso daquilo que é certo ou errado, bem como do que é considerado juridicamente aceitável ou inaceitável, transmuda-se

⁴ Adotamos aqui a ideia de fundamentação racional desenvolvida e defendida por Habermas em sua obra *Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, a qual foi analisada por Marco Antônio Sousa Alves no artigo *Racionalidade e argumentação em Habermas* (HABERMAS, 1987).

atualmente numa velocidade bem superior à que conhecíamos até recentemente. Exemplo de transformação de hábito e costume que alcançou de forma semelhante no curto prazo sociedades separadas por centenas de milhares de quilômetros é a relação homoafetiva, cujo debate ocorreu quase simultaneamente no continente europeu e americano, de norte a sul, o que levou muitos países a reconhecerem juridicamente a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, as decisões de vários países na direção da descriminalização do aborto, alguns dos quais de matriz religiosa idêntica à do Brasil, como Portugal, alimentam os movimentos sociais que, por sua vez, fortalecem iniciativas de cunho jurídico, como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, que está sendo aqui enfocada.

3 REGULAÇÃO VIGENTE E ALGUMAS PERSPECTIVAS NORMATIVAS

Verificam-se iniciativas, no Brasil, que marcham numa direção contrária ao que vêm se assistindo contemporaneamente, como por exemplo, o projeto de lei nº 1.465/2013⁵, proposto pela Deputada Celina Leão, do Distrito Federal, que tem como escopo promover o esclarecimento obrigatório às gestantes vítimas de estupro sobre as consequências e riscos do aborto, por intermédio de mídias digitais. Medida que, se sancionada, provavelmente causará estupefação aos países civilizados e organismos internacionais vocacionados para a luta da universalização dos direitos humanos. Isto porque propõe que as gestantes que optarem pelo aborto deverão, antes de realizar o procedimento, deparar-se com imagens demonstrando o processo desde a formação do feto até a interrupção da gestação. Ou seja, nos termos do artigo 2º: “*O programa de orientação, acompanhado por médico qualificado, deve conter: I - ilustrações sobre a formação física do feto, mês a mês, bem como sobre a sua extração*”⁶ (BRASIL, 2017).

Ao se tratar deste tema, é mister reproduzir o ordenamento vigente, base sobre a qual deve se pautar o debate jurídico. O aborto no Brasil é permitido, portanto, não considerado fato típico, ilícito e culpável⁷, nas seguintes situações: (i) quando não há

⁵ O projeto de lei foi aprovado pelo plenário da Assembleia Legislativa e aguarda sanção do Governador do Distrito Federal.

⁶ É importante frisar que o caput do artigo 1º deste projeto de lei prevê a não obrigatoriedade da participação nesse programa de orientação da gestante que optar pelo aborto.

⁷ Elementos que constituem o crime, normalmente denominados de Teoria Geral do Crime pela doutrina especializada.

outro meio de salvar a vida da gestante; método intitulado no Código Penal como *Aborto Necessário*; (ii) quando a gestação provier de agressão sexual, que poderá ser realizado com o consentimento da gestante ou de seu representante legal; e (iii) na hipótese do feto anencefálico, ou seja, não possuir massa encefálica.

Esta última situação tornou-se factível em razão do julgamento da ADPF nº 54, julgada em 2012, na qual restou vitoriosa a tese do Relator Ministro Marco Aurélio, que, em síntese, descreveu a prática como um ato de solidariedade com a mãe, uma vez que um feto anencefálico não tem nenhuma potencialidade de vida (AURÉLIO, 2012); portanto, não haveria razões para prolongar a gestação. A tese firmada nessa ADPF foi de salutar importância no avanço dos pleitos das mulheres brasileiras, dado que trouxe para um primeiro plano a saúde física e psicológica da mãe⁸.

Questões financeiras, falta de escolaridade, planejamento, descuido, enfim, um conjunto de razões calcadas tanto na desorganização social quanto em questões de ordem pessoal, levam muitas mulheres a demandarem clínicas clandestinas no intuito de interromperem uma gravidez indesejada, que, em sua maioria, não possuem estrutura médico-hospitalar adequada. Também, com consequências nefastas, causadoras de sequelas por vezes permanentes, o procedimento abortivo é realizado por intermédio de remédios que induzem o aborto. Porém, para além destas motivações que fundamentam os movimentos em prol da descriminalização irrestrita, vale atentar mais detidamente para as situações que admitem a interrupção da gravidez, sob amparo legal.

Outrossim, com relação ao aborto resultante de estupro, conduta essa não criminalizada e prevista no inciso II do artigo 128 do Código Penal⁹; faz-se tão somente necessário a alegação da vitimização de crime de estupro e a obrigatoriedade de assinatura de termo de consentimento junto ao Instituto Médico Legal, para que o procedimento seja realizado em conformidade com o previsto em lei. Portanto, para realizar o “aborto legal”, a gestante não precisa noticiar o fato à polícia, uma vez que não há essa previsão no ordenamento jurídico. É esse o entendimento da Norma Técnica do Ministério da Saúde

⁸ O feto anencefálico foi considerado um aglomerado de células sem potencialidade de vida diante da ausência de massa encefálica, logo, não há de se falar em vida humana. No entanto, é importante frisar que até mesmo as pesquisas mais renomadas da ciência médica possuem dificuldade em aferir o início da vida. Repisa-se que o presente artigo não tem a pretensão de aferir ou discutir o termo inicial da vida ou formar uma opinião favorável ou contra o aborto. O escopo é verificar a possibilidade do STF considerar inconstitucional o crime de aborto ao julgar a ADPF nº 442.

⁹ II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

sobre a Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes, o qual afirma que:

O Boletim de Ocorrência Policial registra a violência para o conhecimento da autoridade policial, que determina a instauração do inquérito e da investigação. O laudo do Instituto Médico Legal (IML) é documento elaborado para fazer prova criminal. A exigência de apresentação destes documentos para atendimento nos serviços de saúde é incorreta e ilegal. (BRASIL, 2012, p. 26).

Deixando à margem do debate aspectos deontológicos, temos que, pragmaticamente, o aborto já é descriminalizado para as mulheres que possuem estrutura social e financeira mais equilibradas, bem como para aquelas que se dispõem a falsear a verdade sobre a forma em que ocorreu a gestação. Para estas últimas, o procedimento pode ser feito no Sistema Único de Saúde, com toda a estrutura necessária para garantia de sua saúde e bem-estar geral. Com efeito, a grande vítima do aborto clandestino são as mulheres pobres e sem acesso à informação, que se tornam vítimas de clínicas e pessoas sem preparo para os procedimentos médicos adequados ou então sofrem as consequências da automedicação.

A prestigiada revista médica *The Lancet*, em parceria com o Instituto Guttmacher e a Organização Mundial da Saúde, constatou que os países que criminalizam o aborto possuem taxas mais altas do que aqueles que liberaram o procedimento. A pesquisa, que colheu dados entre 1990 e 2014, demonstrou que países desenvolvidos que não criminalizam o aborto tiveram reduzidos de 46 para 27 casos para cada mil habitantes, enquanto os países em desenvolvimento tiveram uma redução insignificante de 39 para 37 casos.

Na América do Sul, onde os únicos países que descriminalizaram o aborto foram a Guiana e o Uruguai, as informações apontam uma maior complexidade do tema, uma vez que os casos aumentaram de 43 para 47 a cada mil habitantes durante o período da pesquisa (SEDGH, 2016). Esses dados empíricos colhidos em todo o mundo permitem o seguinte questionamento: o problema do aborto é resolvido com a criminalização ou com a conscientização? Estes prolegômenos, auxiliam no entendimento dos fundamentos que levaram ao ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, no Supremo Tribunal Federal (STF), com a finalidade de ver declarada a não recepção dos artigos 124 a 126 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. Um dos argumentos adotados nesta ADPF é que os motivos que levaram à criminalização

do aborto pelo Código Penal de 1940 não mais se sustentam, seja por razões sociais, econômicas ou religiosas. No concernente a este último aspecto, a proposição salienta a laicidade do estado e o fato da criminalização do aborto “forçar” mulheres a terem uma gestação contra a sua vontade, o que comprometeria a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres. Em síntese, pressupõe-se que criminalização do aborto, realizado pela gestante ou com o seu consentimento, fere princípios fundamentais¹⁰ garantidos na Carta Magna. Outra questão com a qual a ADPF n° 442 se confronta, trata-se do fato de que as principais vítimas da criminalização do aborto são mulheres negras e indígenas de baixa escolaridade e condições financeiras que vivem afastadas dos grandes centros urbanos.

A referência de que as vítimas se constituem no segmento feminino de menor condição de renda e em situações de estigmatização encontra evidência empírica verificada nos dados da Pesquisa Nacional do Aborto, onde se constata que, aproximadamente, 416 mil mulheres decidiram, no ano de 2015, interromper a gestação, tendo sido identificado que constituem os grupos sociais com maior número as mulheres nas seguintes situações:

(...) mulheres de menor escolaridade, pretas, pardas e indígenas, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Como já mostrado pela PNA 2010, metade das mulheres utilizou medicamentos para abortar, e quase a metade das mulheres precisou ficar internada para finalizar o aborto. (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2016, p. 653).

Estes pressupostos empíricos embasam a ADPF n° 442, que entende ser uma demanda legítima e que deve ser esse tema solucionado pelo STF em um processo cumulativo, consciente e coerente, uma vez que proporcionará a participação de diversos grupos sociais, por intermédio do instituto do *Amicus Curiae*, para enriquecer e pluralizar o debate constitucional, em especial na elaboração da fundamentação racional dos Ministros¹¹. Outrossim, a Relatora Ministra Rosa Weber, a qual votou pela possibilidade do aborto de feto anencefálico na ADPF n° 54 adotou rito abreviado para o seu

¹⁰ Para mais aprofundamento no que pese aos princípios que permeiam o tema aborto, vide CUNHA; NUNES; *A questão do direito concubinário à luz da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002*, 2014, em um ensaio sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

¹¹ O debate plural nos autos de um processo com a efetiva participação dos interessados na construção do provimento é a mais recente e aclamada tendência no direito processual, o qual é visto não apenas como um instrumento de efetivação dos direitos, mas, especialmente, como uma metodologia para garantir os direitos fundamentais. Para maiores informações vide COUTINHO, 2012, p. 24-41.

processamento e, de acordo com o princípio do julgamento da primazia de mérito que rege o Código de Processo Civil, deverá analisar o mérito da ADPF¹².

4 JUDICIALIZAÇÃO NECESSÁRIA OU INTROMISSÃO DE PODERES?

Tem-se observado nas últimas legislaturas federais a omissão diante de questões que se apresentam radicalizadas no seio da sociedade brasileira, de sorte que os temas polêmicos quase sempre não tramitam, de tal maneira que não são levados ao plenário e nem para decisão de lideranças. Motivo que, defende alguns comentaristas políticos, vem provocando demandas ao Judiciário e levando-o a se posicionar e decidir. Logo, é forçoso considerar que uma das causas da judicialização da política se dá em função da inépcia do poder legislativo, como observam Nunes e Bahia (2009), quando afirmam que:

Se pesquisarmos o histórico recente das proposições legislativas que tramita (ram) no Congresso Nacional a respeito de direitos fundamentais, desde aquelas que efetivamente passaram pelas Comissões até aquelas que foram simplesmente “abortadas de início”, sem maiores discussões sobre seu mérito ou que foram arquivadas por falta de manifestação e compararmos estas proposições com os respectivos temas que têm sido levados aos tribunais, temas sobre os quais não há lei (ou esta está caduca), veremos que parte da litigância se dá em razão da **incapacidade do Legislativo em oferecer respostas às demandas**. (Nunes e Bahia, 2009, p. 65) grifo do autor.

A partir do momento em que o Poder Legislativo não fornece à sociedade respostas aos pleitos que se mostram tensionados ideologicamente no cerne da sociedade, cabe ao Poder Judiciário, dentro dos limites de sua capacidade institucional¹³, decidir o caso concreto posto em análise e prestar a tutela jurisdicional. Apesar da omissão legislativa quanto aos assuntos considerados fortemente controversos, é importante frisar que o sítio eletrônico do Senado realizou uma pesquisa quantitativa em 2014, onde 207.258 pessoas se disseram a favor enquanto 197.137 foram contra o aborto¹⁴.

¹² Apesar de todo juízo ter a prerrogativa de não julgar o mérito de demandas com base em matéria processual, o Código de Processo Civil de 2015 positivou esse princípio em seus artigos 4º e 6º pertencentes ao capítulo de normas fundamentais do processo civil.

¹³ Não confundir capacidade com competência. Quando se fala em capacidade institucional está a se por em questão a “habilidade” da referida instituição em se manifestar sobre determinado assunto. Para maiores informações sobre o tema *Capacidade Institucional* ver ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 6-50.

¹⁴ Apesar de qualitativamente insignificante, a pesquisa não foi bem elaborada, posto que perguntava a opinião do pesquisado quanto à “Regular a interrupção voluntária da gravidez, dentro das doze primeiras semanas de gestação, pelo sistema único de saúde” ao invés de pesquisar a opinião pública sobre a descriminalização. É plenamente possível ser contra a prática do aborto em favor da vida e contra a criminalização deste ato.

Apesar de polêmico, entende-se que a descriminalização do aborto pode ser um assunto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que não se trata de uma matéria “simplesmente, puramente, meramente política, isto é, que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente” (BARBOSA, 1983, p. 114). O jurista afirma ainda que essas questões são relativas ao exercício de poderes exclusivamente políticos, ou seja, os quais não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, sobre as quais tais poderes se exercem. Em suma, é um poder discricionário.

Para Rui Barbosa, a competência¹⁵ do Supremo Tribunal Federal (STF) só cessaria nessa hipótese, isto é, “questões esfericamente políticas, das quais são exemplos: (i) o regime tributário; (ii) a declaração de guerra ou paz; (iii) a celebração e rescisão de tratados; (iv) o comando e disposição das forças militares; e etc.” (1983, p. 118-119). Portanto, temas como aborto, união homoafetiva, pesquisa de células tronco embrionárias não são passivamente aceitos como sendo assuntos *exclusivamente* políticos.

Além disso, cumpre notar que o aborto não se trata de um fato social isolado, isto é, o tema aborto afeta diretamente diversos direitos fundamentais da mulher¹⁶, tais como o direito à saúde, à integridade física e psicológica, e ainda o direito à vida e à segurança, dado que milhares de mulheres buscam a clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros que causam mortes e danos à saúde física e mental perfeitamente evitáveis. Diante deste cenário e considerando os diversos direitos fundamentais envolvidos, temos que o STF parece ser um campo legítimo para decidir sobre o tema, dado que “A tarefa dos tribunais é a de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, aquilo que, seguindo Isaiah Berlin, são chamados de liberdade ‘negativa’” (Vallinder, 2012, p. 17).

Em um contraponto lógico e persuasivo, Michael Perry expõe sua opinião sobre o papel da Suprema Corte em decidir direitos entrincheirados¹⁷. O autor adota o método de deferência thayeriana, o qual, em síntese, entende que deve o Poder Legislativo concluir sensatamente sobre as alterações normativas, não cabendo à Corte fazê-lo, pois, por mais controverso que seja, essas leis servem ao interesse público de forma razoável (PERRY,

¹⁵ Entendemos que o que Rui Barbosa quis dizer foi sobre a Capacidade Institucional do Supremo Tribunal Federal, no entanto, à época esse instituto ainda não havia sido desenvolvido.

¹⁶ Só podemos considerar o direito fundamental do feto à vida se adotarmos a Teoria Concepcionista ou da Nidação, no entanto, em analogia à decisão do STF nos autos da ADPF nº 54, adotaremos a Teoria da Formação Dos Rudimentos Do Sistema Nervoso Central, a qual entende que só há vida a partir da 12ª semana de gestação.

¹⁷ E ao analisar o aborto e as uniões entre pessoas do mesmo sexo temos que os temas polêmicos evitados pelo nosso Poder Legislativo são os direitos nominados de entrincheirados pelo autor.

2006). Entretanto, aceitar que uma lei deva prevalecer por responder de forma razoável o interesse social é pedir para o direito que, já letargo em comparação à evolução social, fique parado no tempo, ou pior, retroaja.

Com efeito, pode-se obstar ainda à tese do autor que ele se preocupa em abordar o tema aborto (para não adentrarmos aos demais temas polêmicos do ensaio que podem ser devidamente superados) de modo unilateral, estribado na Teoria Concepcionista de Vida, mas ignora, por completo, o pragmatismo desse fato social ao não sopesar a dignidade humana¹⁸ da mulher. Além do que, passa ao largo das questões referentes as consequências físicas e psicológicas das mulheres que são “obrigadas” a permanecer em uma gestação indesejada devido à criminalização do aborto, quando estas não optam pela clandestinidade. Os argumentos em contrário a este pensamento ponderam acerca da urgência no rompimento das visões dogmáticas e da necessidade de se compreender o mundo a partir de uma ótica assentada na realidade empírica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 é denominada popularmente de Constituição Cidadã, em função de seus fundamentos fortemente estruturados nos princípios basilares dos direitos humanos universalizados. Este caráter atribuiu, em princípio, substancial razoabilidade aos pleitos pertinentes aos interesses individuais. Tais circunstâncias fortalecem a demanda dos movimentos sociais acerca da necessária discussão, seja no âmbito político ou jurídico, quanto à descriminalização do aborto, considerando ainda que a criminalização deste ato se assenta em lei infraconstitucional datada de, aproximadamente, cinco décadas anteriores à promulgação da Constituição vigente. Estes elementos já são suficientes para dar sustentação ao seu debate na perspectiva político-jurídica, o que de início legitima as iniciativas que apelam à Corte Suprema, dado o sentimento de frustração em função da omissão parlamentar que não trata o tema de forma a garantir-lhe uma visibilidade capaz de pautar as discussões em todas as dimensões da sociedade.

Evidências apontam que as consequências da criminalização do aborto corroboram para o aumento estatístico de vítimas de práticas realizadas à margem do sistema público de saúde, sendo que o segmento mais atingido se constitui de mulheres

de baixa renda e com pouca escolaridade, fatores que induzem a busca de soluções para situações de gravidez indesejada em clínicas clandestinas, sem condições ideais para a realização dos procedimentos necessários e, portanto, geradoras de danos físicos e psicológicos. Além disso, a experiência internacional nos mostra que a criminalização desse fato social aumenta o seu número ao invés de reduzi-lo, conforme pesquisa empírica realizada por uma das mais prestigiadas revistas médicas do mundo: The Lancet.

Entende-se que o campo adequado para discutir temas entrincheirados, como assim denomina Michael Perry, é o Poder Legislativo, posto que o povo, através de seus representantes democraticamente eleitos, deve ter o último poder de decisão das condutas sociais. Ocorre que, quando esses representantes, por interesses escusos e/ou eleitoreiros, deixam de decidir temas relevantes, cabe ao Poder Judiciário, dentro dos limites de sua capacidade institucional, garantir que os direitos estabelecidos na Constituição Federal sejam efetivados na sociedade.

Por fim, constatamos que a Suprema Corte pode proferir uma decisão legítima sobre a descriminalização do aborto por ter ela a capacidade institucional de aferir se leis infraconstitucionais foram recepcionadas pela Constituição, em especial, quando as referidas normas não tratarem de temas exclusivamente políticos e houver demasiada controvérsia no seio social.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *We should all be feminists*. New York: Vintage Books. 2014.

ALVES, Marco Antônio Sousa. **Racionalidade e argumentação em Harbermas**. Kínesis, vol. I, n. 02, Outubro/2009, p. 179 – 195. Disponível em <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2017.

ARGUELHES, Diego Weneck; LEAL, Fernando. O argumentos das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v., n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ARRUDA, Gerardo Clésio Maia. **Identidade cultural e (des)politização na sociedade de risco**. Fortaleza: Revista Mal-Estar e Subjetividade, vol X, n. 02, junho/2010, p. 495-520.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Processo, jurisdição e processualismo democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

BARBOSA, Rui. **O direito do Amazonas ao Acre Setentrional**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1983.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida líquida**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Distrito Federal. **Projeto de Lei Estadual 1.465/2013**. Disponível em:

<<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!1465!2013!visualizar.action>> Acesso em: 12 ago. 2017

BRASIL. CNDM – Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres. **Carta das mulheres brasileiras ao constituinte de 1987**. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Consultado em 20 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Norma Técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**. Brasília:

Editora MS, 2012. Disponível em: <

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf> Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> Acesso em 22 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>> Acesso em 27 jul. 2017.

BRASIL. Delegacia da Mulher deu início, há 30 anos, a políticas de combate à violência. **Agência Brasil**. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-08/ha-30-anos-delegacia-da-mulher-deu-inicio-politicas-de-combate>> Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Participação da mulher no mercado de trabalho. **Portal Brasil**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/03/participação-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/@@nitf>> Acesso em 06 ago. 2017.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da "Constituição Cidadã". In: OLIVEN, R. G.; RIDENTI, M.; BRANDÃO, G.M. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008. p. 334-359.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): Reconstrução do Conceito à Luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 14, p. 24-41, jan./dez. 2012.

CUNHA, Jânio Pereira da; NUNES, Andrine Oliveira. A questão do direito concubinário à luz da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002. In: CUNHA, Jânio Pereira da et al. **1988 a 2002: a constitucionalização do direito civil brasileiro**. Fortaleza: Unichristus, 2014. p. 155-173.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa. **Projeto de Lei nº 1.465/2013**. Disponível em <<https://www.cl.df.gov.br/documents/5744638/18042414/DCL+n%C2%BA%20113%2C%20de+22++de+junho+de+2017>> . Acesso em 27 jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987a.

LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: GIDDENS, Anthony. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

MARX, Karl. **O manifesto comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SEDGH, Gilda e outros. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and sub regional levels and trends. **The Lancet**, Reino Unido, n. 388, p. 258-267, 2016.

VALLINDER, Torbjörn. **A judicialização da política: um fenômeno mundial**. São Paulo: 22 Editorial. 2012.