

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

RODRIGO DOS SANTOS DIAS

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442:
DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER X DIREITO À VIDA DO NASCITURO

SANTOS/SP

2020

RODRIGO DOS SANTOS DIAS

**A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442:
DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER X DIREITO À VIDA DO NASCITURO**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação da Prof.^a Dra. Renata Salgado Leme.

SANTOS/SP

2020

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

342.084 Dias, Rodrigo dos Santos.

D534a A arguição de descumprimento de preceito fundamental 442: direitos reprodutivos da mulher x direito à vida do nascituro/ Rodrigo dos Santos Dias.

- 2020
- 108f.

Orientadora: Prof^a. Dra. Renata Salgado Leme

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos, SP, 2020.

1.ADPF 442. 2. Aborto. 3. Direito do Nascituro. 4. Direito Reprodutivo da Mulher. 5. Ponderação. II. Leme, Renata Salgado. III. Dias, Rodrigo dos Santos. IV. A arguição de descumprimento de preceito fundamental 442: direitos reprodutivos da mulher x direito à vida do nascituro.

RODRIGO DOS SANTOS DIAS

***"A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442:
DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER X DIREITO À VIDA DO NASCITURO"***

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado com média _____

Santos, ____ de _____ 2020.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Renata Salgado Leme (orientadora)

Universidade Santa Cecília

Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza

Universidade Santa Cecília

Prof.^a Dra. Denyse Moreira Guedes

(convidada)

*A Deus, aos meus pais, meu irmão, minha
sobrinha e aos meus poucos e fiéis amigos.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida que me foi concedida, por me amparar e me fortalecer em todos os momentos.

Aos meus pais, meu irmão e minha sobrinha, por todo o amor, carinho, apoio, compreensão e dedicação comigo.

Aos orixás e à espiritualidade amiga, pela proteção e por me conduzirem no caminho do bem, da caridade e do amor.

Aos meus sócios, pela amizade e por me apoiarem e me auxiliarem nos momentos de dificuldades.

Aos meus poucos e sinceros amigos, por sempre estarem comigo e partilharem todas as conquistas e infortúnios da vida.

À minha orientadora, Professora Doutora Renata, pela compreensão, amizade, carinho e paciência.

Ao Guarubatão, pela amizade e companheirismo nos momentos de lazer.

RESUMO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 422, em trâmite perante ao Supremo Tribunal Federal, discute a possibilidade do aborto até a 12ª semana de gestação, de forma a não imputar os crimes contidos nos artigos 124 e 126 do Código Penal. Para tanto, alegam que a criminalização do aborto fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade reprodutiva da mulher e outros princípios consectários. A partir dessa propositura, verifica-se um claro embate entre dois direitos fundamentais e, de certo modo, iguais entre si: os direitos reprodutivos da mulher face ao direito à vida do nascituro. Nessa pesquisa, com base no método dedutivo, desenvolvido através de uma pesquisa básica, de objetivo exploratório, e realizada por meio da coleta de dados documentais e bibliográficos, pretende-se entender as premissas básicas de cada direito fundamental, analisar a regra de proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais, fazendo o devido enfrentamento desses direitos para, ao final, verificar qual direito deve preponderar sobre o outro.

Palavras-chave: ADPF 442. Aborto. Direito do Nascituro. Direito Reprodutivo da Mulher. Ponderação.

ABSTRACT

The Fundamental Precept Failure Statement (ADPF) 422, pending before the Federal Supreme Court, discusses the possibility of abortion up to the 12th week of pregnancy, so as not to impute the crimes contained in articles 124 and 126 of the Penal Code. To this end, they claim that the criminalization of abortion violates the principles of human dignity and women's reproductive freedom and other stemming principles. From this proposition, there is a clear conflict between two fundamental rights and, in a way, equal to each other: the reproductive rights of women against the right to life of the unborn child. In this research, based on the deductive method, developed through basic research, with an exploratory objective, carried out through the collection of documental and bibliographic data, it is intended to understand the basic premises of each fundamental right, to analyze the proportionality rule in the collision of fundamental rights, making the due confrontation of those rights to, at the end, verify which right should prevail over the other.

Keywords: ADPF 442. Abortion. Unborn Child Law. Women's Reproductive Rights. Weighting.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	-	Constituição Federal de 1988
CJF	-	Conselho da Justiça Federal
Corte IDH	-	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	-	Código Penal
CPC	-	Código de Processo Civil
HC	-	Habeas Corpus
IBGE	-	Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística
OEA	-	Organização dos Estados Americanos
OMS	-	Organização Mundial de Saúde
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PNAISM	-	Política Nacional de Saúde Integrada da Mulher
PSOL	-	Partido Socialismo e Liberdade
REsp	-	Recurso Especial
RMS	-	Recurso em Mandado de Segurança
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
SUS	-	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)	13
1.1 Noções Básicas	13
1.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442	21
2 O ABORTO NO BRASIL	31
2.1 O Artigo 124 do Código Penal	36
2.2 O Artigo 125 do Código Penal	37
2.3 O Artigo 126 do Código Penal	38
2.4 O Artigo 127 do Código Penal	39
2.5 O Artigo 128 do Código Penal	41
2.6 Possibilidade do aborto do feto com anencefalia	43
2.7 A contravenção de anunciar processo, substância ou objeto destinado ao aborto	44
3 OS DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER: LIBERDADE E AUTONOMIA SOBRE O CORPO.....	46
4 O DIREITO À VIDA DO NASCITURO	55
5 A TÉCNICA DE SOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO/POSTULADO DE PROPORCIONALIDADE.....	67
6 AS PREMISSAS FAVORÁVEIS E O ENFRENTAMENTO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	78
6.1 As premissas favoráveis aos direitos reprodutivos da mulher/gestante ...	78
6.2 As premissas favoráveis ao direito à vida do nascituro	81
6.3 O enfrentamento da colisão de direitos fundamentais com base no princípio da proporcionalidade.....	83
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a evolução social trouxe uma maior busca por direitos e suas consequentes efetivações, principalmente pelos grupos menos prestigiados, fazendo com que a legislação e o direito fossem adequados para atender aos anseios deles.

Nesses grupos enquadram-se as mulheres, as quais buscam ter uma situação mais igualitária em relação aos homens, assim como pretendem concretizar interesses que são atinentes ao seu gênero, como forma de manifestar sua liberdade.

Movimentos de essências feministas começaram a pleitear uma série de direitos para tentar efetivar a equiparação desejada. Entre esses pleitos, encontra-se o direito de praticar o aborto ou a interrupção voluntária da gravidez.

Por conta de seu ideal político e simpatia ao movimento feminista, o partido político PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com o intuito de declarar a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Para justificar a sua tese, alegou que os crimes dos artigos 124 (de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento) e 126 (provocar o aborto com consentimento da gestante), ambos do Código Penal (CP), violam os princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, e os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar.

Os supracitados artigos, em tese, violariam os artigos 1º, I e II; 3º, IV; 5º, caput, I e III; 6º, caput; 196; 226, § 7º, todos da Constituição Federal (CF).

Como forma de sustentar sua tese, o autor apresentou julgados da Suprema Corte Americana, da Corte Constitucional da Alemanha e do Tribunal Constitucional de Portugal. Ainda, colaciona as disposições da Corte Interamericana de Direitos e da Organização das Nações Unidas (ONU) para proteção e saúde das Mulheres.

Além disso, o arguente diz que o embrião/feto não é passível de ser considerado uma pessoa humana, em questão de direitos fundamentais; a penalidade é desproporcional em relação aos seus efeitos e sua interação com os direitos fundamentais; e utiliza-se do princípio/postulado da proporcionalidade para o conflito horizontal de princípios fundamentais, no qual chegou à conclusão de que a norma penal não atinge a sua finalidade e viola direitos fundamentais das mulheres.

Por fim, em sede dos pedidos, o autor requereu que não sejam considerados crime de aborto - contido nos artigos 124 e 126 do Código Penal -, os abortos realizados até a 12^a (décima segunda) semana de gravidez.

Em suma, pretende-se a liberação do aborto até a 12^a semana de gravidez.

Essa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) recebeu o número 442. Em termos de andamento, devido à polêmica tratada foram realizadas audiências públicas, houve a habilitação dos *amicus curiae* e atualmente está pendente de julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF).

A partir do conteúdo e dos pedidos formulados na referida arguição, verifica-se a colisão clara de dois direitos fundamentais: o direito reprodutivo da mulher e o direito à vida do nascituro.

A presente pesquisa visa analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (ADPF 442), fazendo a análise das consequências diante do arcabouço constitucional, legal, doutrinário e jurisprudencial, além de analisar as premissas do direito reprodutivo da mulher, do direito à vida do nascituro, a técnica de proporcionalidade para análise dos direitos fundamentais para, ao final, fazer um enfrentamento dos direitos e concluir qual direito deve ter preponderância - mesmo que mínima -, sobre o outro.

De forma a obter o resultado desejado, será utilizado o método dedutivo, desenvolvido através de uma pesquisa básica, de objetivo exploratório, realizado por meio da coleta de dados documentais e bibliográficos, para o desenvolvimento da presente pesquisa, que se iniciará com a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e suas premissas básicas até chegar à análise do caso de nº 442, a partir de um resumo estruturado de sua petição inicial.

Em seguida, passaremos a analisar o crime de aborto no Brasil e seu arcabouço infraconstitucional, fazendo breves apontamentos sobre cada um. Após esses enfrentamentos, iniciaremos a verificação básica dos direitos reprodutivos da mulher, tendo por base a liberdade e a autonomia sobre o corpo para, depois, fazer o mesmo quanto ao direito à vida do nascituro em face das disposições da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica.

Em continuidade, traremos as perspectivas básicas da regra/princípio da proporcionalidade como técnica de solução de conflitos de direitos fundamentais, com

vistas a fazer, em outro momento, o enfrentamento da colisão entre os direitos reprodutivos da mulher face o direito à vida do nascituro.

Assim, ao final, realizar a ponderação pela regra do princípio da proporcionalidade e concluir qual direito deve prevalecer ou preponderar sobre o outro, de forma a chegar a uma resposta precisa e justificada sobre o assunto.

Em uma última análise, objetiva-se colaborar na discussão do tema e auxiliar na formação de uma opinião concreta e concisa sobre o assunto até a sua efetiva consolidação com o julgamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

Iniciaremos a presente pesquisa com uma análise geral a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, abordando de forma breve e concisa os elementos gerais e básicos do instituto até chegar à análise minuciosa da ADPF 442, que dá origem ao objeto dessa dissertação.

1.1 Noções Básicas

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma das modalidades de controle concentrado de constitucionalidade¹, utilizada para inibir a ofensa por ato do Poder Público aos preceitos fundamentais, explícitos e implícitos, contidos na Constituição Federal (CF), assim como forma de recepção de normas anteriores à promulgação da atual Constituição e análise de constitucionalidade de normas de Direito Municipal.

Outrossim, ela é subsidiária, devido ao princípio da subsidiariedade contido no artigo 4º, § 1º, da Lei Federal 9.882/99, o qual consagra que somente é cabível a arguição se não houver nenhum outro meio eficaz de sanar a lesividade apontada dentro do sistema concentrado de controle de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade).

Nesse ponto, cabe trazer o apontamento do eminente doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, em sua doutrina em conjunto com Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2014, p. 1271-1272):

É de se ver, contudo, que a arguição de descumprimento insere-se no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, hábil não só a tutelar o direito objetivo ou a ordem jurídica, mas também a decisões que produzem efeitos gerais e vinculantes, a revelar sua aptidão para tutelar de forma pronta e ampla as questões ou controvérsias constitucionais.

¹ Eis o comentário do eminente Doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, em sua doutrina em conjunto com Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero, sobre a importância da arguição: “Essa ação coloca-se ao lado das demais ações do controle concentrado, tendo o objetivo de suprir as necessidades de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, por exemplo, possui relevante função diante do direito pré-constitucional e do direito municipal, uma vez que no primeiro caso, a ação direta de inconstitucionalidade não é admitida pelo STF em vista da ideia de ser contraditório declarar inconstitucional norma que foi não recepcionada por incompatibilidade com o novo texto constitucional, e, no segundo, a constitucionalidade tem como parâmetro de controle somente a Constituição Estadual (art. 125, § 2.º, da CF).” (SARLET; MITIDIERO, 2014, p. 1269)

Apenas isso, parece suficiente para esclarecer que os demais meios, capazes de tutelar com efetividade os preceitos fundamentais, não podem estar entre os instrumentos destinados a tutelar direitos subjetivos. A arguição de descumprimento apenas é excluída quando existe meio capaz de tutelar o direito objetivo mediante decisão dotada de efeitos gerais e vinculantes, ou seja, por meio de ação que se destina ao controle abstrato de constitucionalidade, como as ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Nota-se, assim, que o espaço da arguição está exatamente no lugar em que se apresenta a necessidade de tutela pronta e geral, em face da Constituição Federal, de direito pré-constitucional, de direito municipal e de norma secundária, bem como de declaração de constitucionalidade, diante da Constituição Federal, dos direitos municipal e estadual.

A sua previsão legal está em nossa Constituição Federal no artigo 102, §1º, como vejamos:

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

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988, meio digital)

Esse supracitado artigo da Constituição Federal é complementado pela Lei Federal 9.882/99², que disciplina e regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em sede da legislação infraconstitucional, o artigo 1º da Lei Federal 9.882/99 disciplina a ADPF:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

II – (VETADO). (BRASIL, 1999, meio digital)

Delimitado o seu objeto de atuação, passamos a buscar entender o que seria preceito fundamental; contudo, não há uma definição precisa do tema.

A definição mais interessante sobre preceito fundamental foi delineada por Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Mendes (2013, p. 677-678):

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições

² Nesse ponto, cabe o comentário do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, em sua doutrina, que diz: “Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição”. (MORAES, 2018, p. 843)

essenciais para a preservação dos princípios basilares e dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...]

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão, a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmem densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de *preceito fundamental*, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Existem duas hipóteses de cabimento da ADPF trazidas no já citado artigo 1º da Lei Federal 9.882/99: a primeira é pela forma de arguição autônoma e a segunda é pela forma de arguição incidental.

A primeira hipótese, arguição pela forma autônoma, é caracterizada pelo caráter preventivo, consistente na prevenção do dano, e pelo caráter repressivo, cujo principal objetivo é o de reparar a lesão.

Em ambas as características, visa buscar a correção do ato do Poder Público eivado de vício e de ofensa aos preceitos fundamentais.

Nesse sentido, diz o Jurista Pedro Lenza:

Percebe-se nítido caráter **preventivo** na primeira situação (**evitar**) e caráter **repressivo** na segunda (**reparar lesão ao preceito fundamental**), devendo haver **nexo de causalidade** entre a **lesão ao preceito fundamental** e o **ato do Poder Público**, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de **qualquer ato administrativo**, inclusive **decretos regulamentares**. (LENZA, 2017, p. 401) (grifos nossos)

Ainda, aponta Marcos André Couto Santos:

Portanto, o “descumprimento”, a justificar a utilização da Arguição constitucional, poderá ser tanto por ação quanto por omissão, devendo ser potencializada sempre neste aspecto a proteção aos preceitos fundamentais. Assim, defende-se que a Arguição referida deva ser utilizada para obstar o “descumprimento” dos preceitos fundamentais com temperamento e de forma excepcional, principalmente quando o dano consubstanciado for maior do que o usual, afetando de forma indelével a ordem constitucional, sob pena de desvirtuamento das finalidades do instituto constitucional.

Num âmbito objetivo, uma última questão importante está na discussão acerca do tipo e forma de apresentação da prova processual de existência do “descumprimento” dos preceitos fundamentais.

Esta prova deve ser clara e evidente, demonstrando-se com clareza a agressão aos preceitos fundamentais, a fim e que possa ser admitida e provida a Arguição de Descumprimento interposta. (SANTOS, 2003, p. 105)

Na segunda hipótese, arguição pela forma incidental, possibilita a propositura da arguição contra lei ou ato normativo da esfera federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, desde que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional.

Percebe-se que existe, nessa modalidade, a necessidade de uma demanda efetiva, pois deve ser comprovada a relevância da controvérsia judicial que causa a ofensa ao preceito fundamental.

O Ministro do STF, Alexandre de Moraes, observa que “[...] a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos”. (MORAES, 2018, p. 844)

Outrossim, denota-se uma cisão funcional vertical, isso porque pretende-se uma antecipação do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria do caso concreto.

Além disso, a Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental (ADPF) presta-se como uma via de controle abstrato dos atos normativos e leis anteriores à promulgação da Constituição Federal, servindo como um mecanismo de análise de recepção ou não.

A respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, elogia o Ministro do STF, Gilmar Mendes:

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para - de forma definitiva e com eficácia geral - solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais. (MENDES, 1999, meio digital)

No que tange à competência, ela será sempre do Supremo Tribunal Federal, sendo essa a competência originária da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na forma do artigo 102, §1º, da CF.

São legitimados para a propositura da arguição, conforme o artigo 2º da Lei Federal 9.882/99³, os mesmos legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, descritos no artigo 103, I a IX, da Constituição Federal e artigo 2º, I a IX, da Lei Federal 9.868/99, assim como poderá ser mediante representação ao Procurador Geral da República, que será o responsável pelo ingresso com a ação.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parágrafo único. (VETADO). (BRASIL, 1999, meio digital)

Feitas essas considerações, passamos a falar sobre as **noções procedimentais**.

³ "Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II - (VETADO). § 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo. § 2º (VETADO)." (BRASIL, 1999, meio digital)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, cuja competência é originária, e a petição inicial deverá conter os requisitos da petição inicial comum da esfera cível (artigo 319 do Novo Código de Processo Civil - CPC⁴) somados aos requisitos contidos no artigo 3º da Lei Federal 9.882/99, como vejamos:

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. (BRASIL, 1999, meio digital) (grifos nossos)

Interposta a inicial, caberá ao relator analisá-la e, se ausente um dos requisitos, poderá rejeitá-la liminarmente (artigo 4º, caput, da Lei 9.882/99), ocasião em que será cabível o recurso de Agravo Interno ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, no prazo de 05 dias (artigo 4º, § 2º, da Lei 9.882/99). (BRASIL, 1999)

Contudo, cabe apontar o comentário do eminente doutrinador Pedro Lenza:

De acordo com o CPC/2015, com *vacatio legis* de um ano a contar da data de sua publicação oficial (art. 1.045), previsto nos arts. 994, III, e 1.021, contra a decisão monocrática do Relator caberá o recurso de **agravo interno** para o Pleno do STF. A novidade é que, por força da regra explícita do art. 1.070 e da previsão geral fixada no art. 1.003, § 5.º, o prazo para a interposição desse recurso, bem como para responder-lhe (art. 1.021, § 2.º), passa a ser de **15 dias** (e não mais de 5), devendo a contagem, pela regra geral do art. 219 do Novo CPC/2015, dar-se em **dias úteis**. (LENZA, 2017, p. 404) (grifos nossos)

Ainda, o artigo 4º da Lei Federal 9.882/99 em seu § 1º, consagra o princípio da subsidiariedade, no qual somente será cabível a ADPF se não houver nenhum outro

⁴ "Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu. § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça." (BRASIL, 2015, meio digital)

meio eficaz de sanar a lesividade apontada dentro do sistema concentrado de controle de constitucionalidade. (BRASIL, 1999)

Nesse ponto, o apontamento do eminente doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra em conjunto com Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2014, p. 1271-1272):

[...] É de se ver, contudo, que a arguição de descumprimento insere-se no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, hábil não só a tutelar o direito objetivo ou a ordem jurídica, mas também a decisões que produzem efeitos gerais e vinculantes, a revelar sua aptidão para tutelar de forma pronta e ampla as questões ou controvérsias constitucionais.

Apenas isso, parece suficiente para esclarecer que os demais meios, capazes de tutelar com efetividade os preceitos fundamentais, não podem estar entre os instrumentos destinados a tutelar direitos subjetivos. A arguição de descumprimento apenas é excluída quando existe meio capaz de tutelar o direito objetivo mediante decisão dotada de efeitos gerais e vinculantes, ou seja, por meio de ação que se destina ao controle abstrato de constitucionalidade, como as ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Nota-se, assim, que o espaço da arguição está exatamente no lugar em que se apresenta a necessidade de tutela pronta e geral, em face da Constituição Federal, de direito pré-constitucional, de direito municipal e de norma secundária, bem como de declaração de constitucionalidade, diante da Constituição Federal, dos direitos municipal e estadual.

Havendo o pedido de liminar, ele poderá ser concedido mediante maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal ou, em caso de urgência, perigo de grave lesão ou recesso, poderá ser deferido liminarmente pelo Relator, sendo referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (artigo 5º da Lei Federal 9.882/99)⁵.

O mesmo artigo aponta que poderá no prazo de 05 dias ouvir o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União e órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado. Ainda, pode o pedido liminar suspender o andamento e julgamento de ações que versem sobre a matéria questionada, bem como os efeitos de decisões judiciais e qualquer outra medida judicial que verse sobre o tema, exceto os cobertos pela coisa julgada.

⁵ "Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. (Vide ADIN 2.231-8, de 2000) § 4º (VETADO)." (BRASIL, 1999, meio digital)

Apreciado o pedido de liminar, o Relator pedirá informações à autoridade que praticou o ato questionado, no prazo de 10 dias, além de poder solicitar informações adicionais, realização de perícia, emissão de parecer por grupo de especialistas, ouvir especialistas do tema, realizar audiência pública e a intervenção do *amicus curiae*, via memoriais ou sustentação oral (artigo 6º da Lei Federal 9.882/99).

Art. 6º Appreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. (BRASIL, 1999, meio digital)

O Ministério Público terá prazo de 05 dias para manifestação (caso não seja o postulante inicial) e, decorrido o prazo de manifestação, o Relator fará o Relatório para envio aos demais Ministros e pedirá uma data para julgamento da demanda (artigo 7º da Lei Federal 9.882/99)⁶.

A decisão somente será prolatada se na Sessão de Julgamento houver o quórum de maioria absoluta, ou seja, 2/3 dos Ministros (08 Ministros), como aponta o artigo 8º da Lei Federal 9.882/99⁷.

Julgada procedente a arguição, a decisão será comunicada à autoridade praticante do ato suscitado, especificando suas condições e interpretações, determinando seu cumprimento imediato.

Sua parte dispositiva deverá ser publicada no Diário Oficial da União no prazo de até 10 dias do trânsito em julgado.

Além disso, a decisão terá efeito *erga omnes* e efeito vinculante a todos os órgãos públicos⁸, como aponta o artigo 10 da Lei Federal 9.882/99:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

⁶ "Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento. Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações." (Id.)

⁷ "Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros. § 1º (VETADO) § 2º (VETADO)." (Ibid.)

⁸ "A decisão de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental terá efeito *ex tunc* (retroativos)." (Ibid.)

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. (Id.)

Por força do artigo 11 da Lei Federal 9.882/99⁹, a decisão poderá ser modulada, mediante votação pela maioria de $\frac{2}{3}$ dos Ministros, em caso de relevante interesse social ou em razão de segurança jurídica.

A decisão é irrecorrível, como determina o artigo 12 da Lei Federal 9.882/99, cabendo apenas Embargos de Declaração, mediante aplicação analógica do artigo 26 da Lei 9.868/99, ressaltando que não cabe Ação Rescisória.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

[...]

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória. (*Ibid.*)

Do descumprimento da decisão proferida na arguição caberá Reclamação (artigo 13 da Lei Federal 9.882/99)¹⁰.

Dadas as noções básicas, passamos a analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

1.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442

A ADPF 442¹¹ foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), perante ao Supremo Tribunal Federal (STF), pugnando pela não recepção parcial dos crimes do artigo 124¹² (aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento) e

⁹ "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." (*Ibid.*)

¹⁰ "Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno." (*Ibid.*)

¹¹ Link para acesso à inicial: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>.

¹² Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. "Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos." (BRASIL, 1940, meio digital)

126¹³ (aborto provocado por terceiro), ambos do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), com a consequente descriminalização do aborto até 12ª semana, pois, em tese, violaria os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

Isso porque submeteria mulheres a tratamento desigual, degradante e impositivo ao não permitir que elas decidam sobre seu planejamento familiar, gravidez e exercerem suas manifestações vontades, além de as submeter ao risco de vida, sob a justificativa de proteção do feto e do embrião, submetendo-as ao poder coercitivo do Estado, que criminaliza a conduta de interrupção da gravidez (aborto), e obrigando-as a exercer a maternidade sem ser sua própria vontade dado o alto grau do número de abortos ilegais, de forma a afetar, principalmente, as mulheres pobres, negras, indígenas e de baixa escolaridade.

Para amparar a pretensão inicial, alegaram as decisões tomadas pelos Estados Unidos da América - no caso *Roe vs Wade* -, e pela Alemanha - nos casos *Aborto I* e *Aborto II* -, precedentes do Supremo Tribunal Federal em matérias conexas, em especial no Habeas Corpus 84.025, Habeas Corpus 124.306, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, e a violação aos preceitos indicados e de forma pormenorizada, com enfoque à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana.

No caso *Roe vs Wade* inaugurou o marco dos trimestres na forma de interrupção da gravidez, tendo por fundamento a premissa de que quanto mais imaturo o feto, maior o grau de importância da gestante. Nesse caso, a Suprema Corte Americana firmou o entendimento que não caberia interferir na vontade da gestante, pois o aborto seria menos arriscado a ela. No segundo trimestre, o procedimento médico deveria ser regulado para proteger a mulher e, no terceiro trimestre, com a viabilidade do feto, caberia às leis estaduais regularem a possibilidade, exceto para os casos de risco à vida ou saúde da mulher.

¹³ Aborto provocado por terceiro. "Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54) Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência." (Id.)

Mais tarde, essa decisão foi questionada no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs Casey*, no qual a decisão foi revista para afastar o marco dos trimestres e substituir pela proibição de criação de obstáculos indevidos ao exercício do direito de aborto, principalmente na fase inicial, impondo aconselhamentos prévios e dando autonomia às leis estaduais.

Cabe mencionar que essa decisão foi fruto do amadurecimento de outros casos, como *Doe vs Bolton*, no qual a Suprema Corte Americana entendeu que o termo "liberdade" contempla o direito à privacidade, em um caso de aborto no Estado da Geórgia, que permitia o aborto em casos de: risco à vida da mulher ou dano sério e permanente à saúde da mulher, estupro, e na hipótese de grave, permanente e irremediável malformação do feto; *Griswold vs Connecticut*, que garantiu o direito de pessoas casadas a usarem contraceptivos devido ao direito de privacidade conjugal e *Eisenstadt vs Baird*, o qual entendeu-se o direito da privacidade como um direito independente do status civil dela.

Na Alemanha, o paradigma da questão foram os casos *Aborto I* e *Aborto II*. O primeiro caso tratou da constitucionalidade de uma lei da Alemanha Ocidental que permitia o aborto até a 12ª semana, na qual a Corte Constitucional revogou a mencionada lei. Além disso, estabeleceu que a vida humana se iniciaria no 14º dia.

No segundo caso, após a unificação das Alemanhas, foi aprovada uma lei semelhante a revogada no primeiro caso; entretanto, a Corte Constitucional manteve o aborto como crime sem punição quando realizado até o limite de 12 semanas, devendo também ser submetida a aconselhamento e a um tempo de espera entre o aconselhamento e a decisão.

Em relação aos precedentes brasileiros, passou-se a analisar a ADPF 54, que julgou a possibilidade da interrupção da gravidez/aborto de feto anencefálicos, a qual foi permitida devido ao quadro fático de inviabilidade de vida do feto, sendo considerada uma atipicidade do crime de aborto.

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF, 2012, meio digital).

Já no Habeas Corpus 84.025, que tratava de um pedido a uma mulher grávida de um feto com anencefalia, foi julgado prejudicado em razão do óbito da recém-nascida.

EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REALIZAÇÃO DE ABORTO EUGÊNICO. SUPERVENIÊNCIA DO PARTO. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. 1. Em se tratando de habeas corpus preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do writ implica a perda do objeto. 2. Impetração prejudicada. (STF, 2004, meio digital)

No Habeas Corpus 124.306, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se incidentalmente a inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos 03 meses de gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres.

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, 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. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos

seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF, 2016, meio digital)

O último precedente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, tratou da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas em clínicas de reprodução assistida. A possibilidade de pesquisa foi aceita e julgada à lei constitucional, consignando que o embrião não tem direitos fundamentais garantidos.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. 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 significativo 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. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. 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. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS

FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidificação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com

os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (STF, 2008a, meio digital)

Ainda, passou-se às análises dos preceitos, iniciando-se pela dignidade da pessoa humana¹⁴. Ressaltou, nesse ponto, que somente os humanos são considerados pessoas pela Carta Magna, enquanto o embrião, pelos precedentes, não tem o mesmo status e a proteção ser infraconstitucional, tendo a mulher que ter uma proteção maior.

A autonomia seria infringida pelo fato de a mulher não ter a liberdade de escolha, maculando seu direito de cidadania¹⁵, direito sexual reprodutivo e seu poder de autodeterminação, ao ter que se submeter a uma gravidez compulsória. Isso afetaria principalmente as mulheres pobres, com baixa escolaridade, negras e indígenas.

O princípio da não discriminação¹⁶ seria afetado, pois coloca as mulheres - em especial as mais vulneráveis (pobres, com baixa escolaridade, negras e indígenas) -,

¹⁴ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]" (BRASIL, 1988, meio digital)

¹⁵ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania[...]" (Id.)

¹⁶ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

a uma situação degradante e a diversos constrangimentos. Por consequência, impossibilitava a efetivação do objetivo da República, consistente na promoção do bem-estar de todos.

Além disso, essa situação geraria uma intromissão indevida no direito à saúde¹⁷, à integridade moral e física, e a exposição da mulher à situação degradante¹⁸, contrariando diversos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e das mulheres.

Outrossim, violaria o direito à liberdade de decisão¹⁹, ao planejamento familiar²⁰, à vida, à segurança e direitos sexuais ou reprodutivos, em função da submissão à gravidez compulsória, punição de uma faculdade da mulher e expô-la a um tratamento clandestino e perigoso.

O princípio da igualdade seria indiretamente ferido, por conta de não conferir igual tratamento ao homem.

O último ponto foi a questão da proporcionalidade, ocasião em que abordou ser desproporcional o controle do direito fundamental, à medida que restringe e penaliza o direito fundamental da mulher em face do direito do nascituro, submetendo-a a uma situação degradante e a direitos cerceados. Para embasar isso, submeteu o fato aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita.

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição[...]" (Ibid.)

¹⁷ "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). [...] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (Ibid.)

¹⁸ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante." (Ibid.)

¹⁹ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...]" (Ibid.)

²⁰ "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento." (Ibid.)

No teste de adequação, primeiro se analisa o objeto passível de proteção e depois se a proteção é adequada. Aludiu que criminalizar o aborto seria ilegítimo e sua punição não seria o suficiente para impedir a sua realização.

O teste de necessidade avalia se existem outros meios menos restritivos de se atingir o objetivo de proteção e, nesse ponto, apontou-se a possibilidade de promoção de aconselhamento e promoção do aborto como método de acolhimento; outro é a oferta de tratamento terapêutico e de métodos contraceptivos.

O teste da proporcionalidade estrita verifica se os efeitos são positivos ou não para a proteção efetivada. Nesse ponto, aduziram que os efeitos da proteção ao embrião ou feto são extremamente prejudiciais aos direitos fundamentais das mulheres, não tendo a eficácia positiva necessária, vez que não impedem a realização de abortos.

Por fim, nos pedidos, pugna pela concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais, andamento processuais e efeitos de decisões que tenham por base os crimes dos artigos 124 e 126 do Código Penal, quando realizados até as primeiras 12 semanas de gravidez.

No pedido meritório pretende a declaração de não recepção parcial dos supracitados artigos, para o fim de descriminalizar o aborto, quando realizados até as primeiras 12 semanas de gravidez por violar preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas, de forma a possibilitar o livre exercício da autonomia e possibilitar que os profissionais de saúde façam o procedimento sem risco.

O pedido de liminar foi negado e, atualmente, encontra-se em fase de manifestação por memoriais de *amicus curiae*.

2 O ABORTO NO BRASIL

O aborto é a interrupção do estado de gravidez com a consequente morte do produto da concepção, por qualquer meio e em qualquer estágio.

Júlio Fabbrini Mirabete (2014, p. 59) traz a seguinte definição:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Numa abordagem mais simples, Delmanto et al. (2010, p. 467) entendem que o *“Aborto, para efeitos penais, é a interrupção intencional do processo de gravidez, com a morte do feto”*.

A proteção penal inicia-se com a nidação²¹, como assevera Guilherme Nucci (2019, p. 632)²², sendo esse considerado o estágio inicial da gravidez.

Contudo, discorda Cleber Masson:

É com a **fecundação** que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Há aborto qualquer que seja o momento da evolução fetal. A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquela em que se inicia o processo de parto, pois a partir de então o crime será de homicídio ou infanticídio. Há posições no sentido de que só há falar em gravidez após a **nidação**, isto é, implantação do óvulo fecundado no útero. Justificam esse entendimento no fato de algumas pílulas anticoncepcionais, e também do DIU (dispositivo intrauterino), admitidos no Brasil, agirem depois da fecundação, com a finalidade de impedir o alojamento do ovo no útero. Consequentemente, se a gravidez tem início com a fecundação, mulheres que se valem desses métodos anticoncepcionais cometem o crime de aborto. Esse raciocínio deve ser refutado. A medicina é pacífica ao indicar a fecundação como o termo inicial da gravidez. E, como o Brasil permite o uso de tais meios de controle da natalidade, as mulheres que deles se utilizam não praticam crime nenhum, pois atuam sob o manto do exercício regular de direito, causa de exclusão da ilicitude prevista no art. 23, inciso III, *in fine*, do Código Penal. (MASSON, 2012, p. 67)

Ainda divergem desses pensamentos os doutrinadores Márcio Bártoli e André Panzeri no livro coordenado por Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

Em suma: por essa nova proposta, a vida humana não está na concepção, nem nas fases seguintes do processo de gravidez, mas somente no momento em que a mãe reconhece a gravidez, incorporando-a no próprio projeto de vida, isto é, quando ela, por ato de vontade, cria a pessoa. Por isso, numa futura reforma penal, o legislador deve estabelecer outro prazo temporal para marcar de forma adequada a linha de separação entre a permissão e a

²¹ Processo natural consistente na fixação do óvulo à parede do útero.

²² Seguem o mesmo entendimento Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio Delmanto (DELMANTO et al., 2010, p. 468).

proibição do aborto, que deve ser o de até três meses, segundo a doutrina penal mais avançada, dentro do qual a gravidez pode ser interrompida sem nenhum enquadramento típico. (FRANCO, 2007, p. 665)

Atualmente, existem 06 (seis) hipóteses de aborto, sendo que 03 (três) não são consideradas crimes e as demais são consideradas condutas criminosas.

As hipóteses que não são consideradas crimes são:

- **natural:** é a interrupção natural, inesperada ou espontânea da gravidez;
- **legal:** são as formas permitidas por lei de interrupção da gravidez, em caso de gravidez resultante de estupro ou único meio para salvar a vida da gestante;
- **acidental:** é a interrupção da gravidez por motivo de choque, quedas, traumas ou susto, não sendo considerado crime por ausência de dolo.

Já são consideradas crimes as seguintes modalidades:

- **criminoso:** é a interrupção de forma dolosa ou intencional da gravidez;
- **econômico ou social:** é a interrupção da gravidez para não aumentar/agravar a situação de miséria da família ou da gestante;
- **eugênico:** é a interrupção da gravidez de feto com problemas de deformidade física ou genética, com o singelo intuito de evitar o seu nascimento²³.

O crime de aborto está disciplinado nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 1940, meio digital)

Por sua vez, o aborto legal está disposto no artigo 128 do Código Penal.

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

²³ Fernando Capez entende que é possível o aborto eugênico, desde que comprovada por junta médica a ausência de condição de sobrevida do feto. (CAPEZ, 2014, p.162-163)

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

A objetividade jurídica é a proteção da vida humana. Nos artigos 124 e 126 do Código Penal protege-se o direito à vida do feto e no artigo 125 do Código Penal protege-se o direito à vida do feto e integridade psíquica, moral e física da gestante.

O objeto material do crime é o feto, qualquer que seja seu estágio.

Observa Cleber Masson (2012, p. 69-70):

É o feto, em todas as modalidades de aborto criminoso. Anote-se, porém, que o Código Penal não estabelece qualquer distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto. Todos são merecedores da tutela penal.

Deve haver **prova da gravidez**, decorrente de normal desenvolvimento fisiológico, pois o aborto depende da morte do feto. Destarte, se a mulher não estava grávida, ou se o feto já havia morrido por outro motivo qualquer, estará configurado crime impossível por absoluta impropriedade do objeto (CP, art. 17). Além disso, o feto deve estar alojado no útero materno. Logo, não haverá aborto, por exemplo, na destruição de um tubo de ensaio que contém um óvulo fertilizado *in vitro*.

Não se exige tenha o feto viabilidade. Basta que esteja vivo antes da prática da conduta criminoso.

Mas não há proteção do Direito Penal na **gravidez molar**, na qual se opera o desenvolvimento anormal do ovo ("mola"), nem na **gravidez extrauterina**, que representa uma situação patológica.

O sujeito ativo é a gestante, no caso do crime do artigo 124 do Código Penal, ou qualquer pessoa, nas hipóteses dos artigos 125 e 126 do Código Penal.

É considerado um crime de mão própria a hipótese de autoaborto (artigo 124 do Código Penal), pois somente a própria gestante pode praticar esse crime. Do mesmo modo, o consentimento para a prática do aborto, somente a gestante pode fazê-lo.

Não se admite a coautoria, somente a participação.

O sujeito passivo é o feto. Somente é o feto, e a gestante, no caso do crime do artigo 125 do Código Penal.

Nesse caso, discorda Júlio Fabbrini Mirabete (2014, p. 60) que aponta como sujeito passivo o Estado. Isso importaria na adoção de crime único para o caso de gravidez gemelar, no qual sendo o sujeito passivo, o feto, seria considerado concurso formal.

O meio de execução é de forma livre, ou seja, admite qualquer meio de praticá-lo ou de executá-lo, podendo ser por meio comissivo, omissivo, físico ou psíquico.

Contudo, cabe frisar que, no caso de omissão, ela deve ser efetiva, eficaz e relevante, não bastando mera omissão para configuração do ato: tem de ser plenamente eficaz para atingir sua finalidade.

O elemento subjetivo é o dolo, na modalidade direta ou eventual, não se admitindo a culpa.

Adverte Cleber Masson:

Quem provoca aborto por culpa responde por lesão corporal culposa contra a gestante, pois os ferimentos nelas provocados são consequência natural da manobra abortiva. Se, por outro lado, a própria gestante agir culposamente e ensejar o aborto, o fato será atípico, pois o princípio da alteridade veda a punição da autolesão.

Finalmente, se o sujeito agride uma mulher, que sabe estar grávida, com a exclusiva intenção de lesioná-la, mas produz culposamente o aborto, responde por lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, § 2.º, inc. V). (MASSON, 2012, p. 71)

A consumação do crime se dá com a morte do produto da concepção ou do feto, resultante da conduta dolosamente praticada para interromper a gravidez, não necessitando que a sua expulsão ocorra. Deve haver o nexo causal entre o emprego das manobras abortivas e a morte do feto para a consumação do delito²⁴.

Lembra Fernando Capez (2014, p. 148) que:

No chamado Dispositivo Intrauterino, mais conhecido como DIU, há que atentar para o seguinte detalhe: existem dois sistemas. O primeiro atua sobre o óvulo já fecundado, impedindo a sua fixação no útero, enquanto o segundo, mais moderno, atua bem antes, inviabilizando a própria fecundação. Na primeira hipótese, como já existe vida, poder-se-ia falar em crime de aborto? Entendemos que não. Houve interrupção da vida, é verdade. Entretanto, o uso do mencionado dispositivo é permitido por lei, estando amparado pelo exercício regular do direito, causa de exclusão da ilicitude, a qual como o próprio nome já indica, exclui o crime (CP, art. 23, III, parte final). É possível também sustentar, à luz da teoria da imputação objetiva, que o fato não é sequer típico, pois o Estado não pode autorizar as pessoas a usar DIU e ao mesmo tempo afirmar que tal uso configura fato definido em lei como crime. Se a conduta é permitida, ela vai gerar um risco permitido, o qual jamais leva a resultado proibido. Pode-se ainda, à luz da teoria social da ação, de Hans Welzel, sustentar que a aplicação do dispositivo referido é socialmente aceita, considerada normal, adequada, correta, permitida e, portanto, atípica, ante a ausência de inadequação social. Por qualquer dessas razões, seja qual for a corrente adotada, exclusão da tipicidade ou da ilicitude, não haverá crime. O mesmo raciocínio vale para a chamada “pílula do dia seguinte”, vendida até mesmo em farmácias.

²⁴ Ponderam sobre a consumação do delito os doutrinadores Márcio Bártoli e André Panzeri no livro coordenado por Alberto Silva Franco e Rui Stoco: “Consuma-se o crime, em todas as suas modalidades, com a interrupção da gravidez e o perecimento do feto. A morte do feto é a finalização do crime. O que deve ficar cumpridamente provado no processo é a clara existência de um nexo de causalidade entre a ação abortiva praticada e o resultado morte. [...] Como crime material, o aborto, em todas as suas modalidades, admite a tentativa. As condutas ilícitas podem ser fracionadas em atos. A mãe ou terceiro querem provocar aborto, empregam meios idôneos, mas o resultado pretendido não ocorre por circunstâncias alheias à vontade de ambos.” (FRANCO, 2007, p. 667)

De outra banda, Maria Helena Diniz (2017, p. 64 e 162) considera o DIU (Dispositivo Intrauterino) uma forma abortiva.

A tentativa é plenamente cabível, em todas as suas modalidades.

Nesse sentido, o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

O crime de aborto, como crime material, admite a figura da *tentativa*, desde que, a despeito da utilização, com eficácia e idoneidade de meios ou manobras abortivas, não ocorra a interrupção da gravidez com a morte do feto, por causas alheias à vontade do agente.

Por política criminal sustenta-se a *impunibilidade da tentativa* do autoaborto, pois o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão. No entanto, nosso Código não consagra essa impunibilidade. E, ademais, a tentativa de autoaborto está mais para desistência voluntária ou arrependimento eficaz do que propriamente para tentativa punível, que o próprio Código Penal declara impuníveis, igualmente por razões de política criminal, quais sejam, para estimular o agente a não seguir no objetivo de consumar o crime. Por outro lado, eventuais lesões que possam decorrer da *tentativa de autoaborto*, que poderiam constituir crime em si mesmas, são, como afirmamos, impuníveis. Por esses fundamentos, enfim, endossamos a não punibilidade da referida tentativa. (BITENCOURT, 2012, p. 170)

Segundo Masson, (2012, p. 71-72), o aborto é classificado como:

- **material:** consuma-se apenas com a morte do feto;
- **comum:** praticado por qualquer pessoa (artigos 125 e 126 do Código Penal);
- **próprio/de mão própria:** praticado pela própria gestante (artigo 124 do Código Penal);
- **comissivo e omissivo:** pode ser praticado por ação ou omissão do agente;
- **instantâneo:** consuma-se no momento da prática, não se prolongando ao longo do tempo;
- **unissubjetivo:** praticado por uma única pessoa, contudo é admitido o concurso;
- **plurisubjetivo:** tipo penal diverso para os agentes de acordo com a sua pessoalidade;
- **de dano:** depende do dano efetivo, ou seja, necessita da morte do feto;
- **livre:** admite-se qualquer meio de execução;
- **progressivo:** há uma progressão no crime, necessitando o feto ser ferido para a causa do evento morte.

Em termos processuais, é cabível, nos delitos dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, a suspensão condicional do processo contida no artigo 89 da Lei 9.099/95, devido às baixas penas e ao baixo grau de reprovabilidade atribuída pelo legislador ordinário, como vejamos:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (BRASIL, 1995, meio digital)

Feitas as considerações do crime de aborto em termos gerais, passamos a analisar os dispositivos legais em específico.

2.1 O Artigo 124 do Código Penal

O artigo 124 do Código Penal se divide em dois crimes: o primeiro, contido na primeira parte do dispositivo, trata da possibilidade do autoaborto; o segundo, contido na segunda parte do dispositivo, faz menção a respeito do consentimento da gestante para que terceiro pratique o aborto.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940, meio digital)

O autoaborto é o ato em que a própria gestante pratica o aborto ou utiliza-se de meios eficazes para interromper a gravidez, levando o feto à morte. Em caso de

concurso de pessoas, admite-se apenas a participação, punindo seus eventuais excessos.

Nesse sentido, ensina Damásio de Jesus (2015, p. 152):

O autoaborto é delito próprio, pois o tipo exige da autora uma especial capacidade penal, contida na condição de gestante (condição de fato). Em face disso, recebe a denominação de sujeito ativo qualificado. Não é a gestante a destinatária especial na norma penal. O mandamento proibitivo também se dirige aos *extranei*, que podem ser partícipes. Isso se reveste de interesse na questão do concurso de agentes. Assim, embora seja crime próprio, responde por ele não só a gestante, mas também o estranho que dele porventura participe.

Ainda, nota Cleber Masson (2012, p. 73):

Quanto à gestante que provoca em si mesmo o **aborto legal ou permitido**, duas situações podem ocorrer:

(1) tratando-se de **aborto necessário ou terapêutico** (CP, art. 128, inc. I), não há crime, em face da exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade; e

(2) na hipótese de **aborto sentimental ou humanitário**, subsiste o crime, pois nessa modalidade somente é autorizado o aborto praticado por médico.

A segunda parte do artigo 124 do Código Penal traz o consentimento da gestante para que terceiro lhe pratique o aborto: é a hipótese em que a gestante autoriza terceiro a lhe praticar a manobra abortiva. Contudo, o terceiro que pratica o aborto não responde pelo crime do artigo 124 do Código Penal mas sim pelo crime do artigo 126 do Código Penal.

É admitida apenas a participação.

2.2 O Artigo 125 do Código Penal

Trata-se do crime de aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante²⁵. Nesse crime, há a necessidade de que não haja o consentimento ou haja o arrependimento da gestante em momento eficaz.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos. (BRASIL, 1940, meio digital)

A respeito desse crime, infere Fernando Capez (2014, p.154):

O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125, *caput*, do Código Penal. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena – reclusão de 3 a 10 anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o

²⁵ Delmanto et al. (2010, p. 469) entendem que o delito possui “[...]duas formas: a. não concordância real (violência, grave ameaça ou fraude); b. não concordância presumida (menor de 14 anos, alienada ou débil mental).”

consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiro. Aliás, a ausência de consentimento constitui elemento do tipo penal. Contudo, presente o seu consentimento, o fato não será atípico; apenas será enquadrado em outro dispositivo penal (aborto com o consentimento da gestante – art. 126). Não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu conhecimento; por exemplo: administrar doses de substância abortiva em sua sopa.

Dissentimento real. O dissentimento é real quando o sujeito emprega contra a gestante (cf. 2ª parte do parágrafo único do art. 126):

a) fraude: é o emprego de ardil capaz de induzir a gestante em erro; por exemplo: médico que, a pretexto de realizar exames de rotina na gestante, realiza manobras abortivas;

b) grave ameaça contra a gestante: é a promessa de um mal grave, inevitável ou irresistível; por exemplo: marido desempregado que ameaça se matar se a mulher não abortar a criança, pai que ameaça expulsar a filha de casa se ela não abortar;

c) violência: é o emprego de força física; por exemplo: homicídio de mulher grávida com conhecimento da gravidez pelo homicida.

Há ainda a possibilidade do consentimento ser inválido, como as hipóteses do artigo 126, parágrafo único, do Código Penal²⁶, o qual prevê algumas possibilidades: gestante menor de 14 (catorze) anos ou portadora de alguma debilidade mental; e consentimento viciado por violência, grave ameaça ou fraude.

2.3 O Artigo 126 do Código Penal

O presente artigo disciplina o aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Com extrema relevância, a observação trazida por Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 168):

Convém destacar que o *aborto consentido* (art. 124, 2ª figura) e o *aborto consensual* (art. 126) são crimes de *concurso necessário*, pois exigem a participação de duas pessoas, a gestante e o terceiro realizador do aborto, e, a despeito da necessária participação de duas pessoas, cada um responde, excepcionalmente, por um crime distinto.

²⁶ "Art. 126 - Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência." (BRASIL, 1940, meio digital)

É admissível a participação, ocasião em que o partícipe deverá auxiliar na conduta praticada pelo terceiro. Caso colabore na conduta da gestante, será considerado partícipe do crime de autoaborto (artigo 124 do Código Penal).

O consentimento da gestante deve perdurar durante todo os atos até sua consequente consumação. Esse consentimento pode ser verbal, por escrito ou tácito, desde que não esteja sob uma das hipóteses do artigo 126, parágrafo único, do Código Penal.

A respeito das hipóteses do parágrafo único do artigo 126 do Código Penal, ensina Damásio de Jesus (2015, p. 158):

Se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, o sujeito responde por aborto cometido sem o seu consentimento. O CP, quando fala em alienada ou débil mental, refere-se à vítima que se encontra nas condições previstas no art. 26, caput, do CP. Isso porque a gestante, que é doente mental ou portadora de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não tem capacidade de consentir que outrem lhe provoque o aborto. Assim, aquelas expressões se referem às circunstâncias previstas na causa de inimizabilidade penal prevista no art. 26, caput, do estatuto repressivo, com exclusão da situação prevista em seu parágrafo único. As expressões “alienada” e “débil mental” não se referem à gestante portadora de simples perturbação da saúde mental (CP, art. 26, parágrafo único). Neste caso, o sujeito continua a responder pelo delito previsto no art. 126. Em suma, se a gestante se enquadra no caput do art. 26 do CP, o sujeito responde pelo delito do art. 125; se ela se enquadra no parágrafo único da referida disposição, responde por aborto consensual. Há crime de aborto sem o consentimento da gestante quando emprega fraude, grave ameaça ou violência. Quando ocorre grave ameaça ou violência como meios da execução da provocação do aborto, existem dois crimes em concurso formal: aborto sem o consentimento da gestante e constrangimento ilegal (CP, art. 146).

Caso as atitudes da gestante venham a induzir a erro o terceiro e essa conduta for plenamente justificável, o terceiro responderá por este crime.

2.4 O Artigo 127 do Código Penal

Trata-se da causa de aumento da pena do crime de aborto dos artigos 125 e 126 do CP, nos casos em que a gestante sofre lesão corporal grave (aumento de $\frac{1}{3}$ da pena) ou morte (a pena é duplicada).

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 1940, meio digital)

É uma clara hipótese de crime preterdoloso, à medida em que o resultado agravador é causado por culpa, enquanto o aborto é a conduta dolosamente praticada. Caso o agente tenha dolo nas duas condutas, ele responderá por dois crimes, sendo um deles o de aborto, em concurso material ou formal.

Guilherme Nucci (2019, p. 636) ainda adverte:

Trata-se de hipótese em que o resultado mais grave qualifica o originalmente desejado. O agente quer matar o feto ou embrião, embora termine causando lesões graves ou mesmo a morte da gestante. Entendem a doutrina e jurisprudência majoritárias que as lesões e a morte só podem decorrer de culpa do agente, constituindo, pois, a forma preterdolosa do crime (dolo na conduta antecedente e culpa na subsequente). Entretanto, a despeito disso, em nosso entendimento, não há restrição legal expressa para que o resultado mais grave não possa ser envolvido pelo dolo eventual do agente. Mas, se isso ocorrer, conforme posição predominante, costuma-se dividir a infração em duas distintas (aborto + lesões corporais graves ou aborto + homicídio doloso, conforme o caso).

Agora, caso a intenção do terceiro seja o homicídio da gestante, se tiver o conhecimento da gravidez, responderá pelo homicídio e pelo crime de aborto. Contudo, caso desconheça a gravidez, responderá apenas por homicídio, evitando-se assim a responsabilidade penal objetiva.

As causas de aumento são aplicáveis mesmo que não ocorra o aborto, mas apenas a lesão corporal grave ou morte da gestante, pois elas incidem pelos meios empregados para ocasionar o evento culposos.

Contudo, pondera Júlio Fabbrini Mirabete *que “não ocorre a qualificadora quando houver lesão grave necessária para o aborto (lesão do útero, por exemplo). Nesses casos, é ela consequência normal do fato.”* (MIRABETE, 2014, p. 64)

Outrossim, é absolutamente necessária a comprovação da gravidez, haja vista que sem a gravidez não há o crime de aborto.

Fenando Capez faz uma relevante observação:

[...] Se as majorantes em estudo não abrangem a conduta da mulher que pratica o aborto em si mesma, também não incidirá sobre a conduta do partícipe desse mesmo delito. Fica a questão: por qual delito responde o instigador ou auxiliador do crime de autoaborto se do emprego dos meios ou manobras abortivas advier lesão corporal ou morte da gestante? a) Responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposos. É a posição de Nélson Hungria. b) Responderá tão somente pela participação no delito do art. 124 do CP. É a posição de E. Magalhães Noronha. c) O partícipe ou coautor do aborto, além de responder por esse delito (art. 124), pratica homicídio culposos ou lesão corporal de natureza culposa, sendo inaplicável o art. 127 do Código Penal, uma vez que esta norma exclui os casos do art. 124. É a posição de Damásio. Entendemos que o sujeito deve responder por homicídio culposos ou lesão corporal culposa, conforme o caso, na qualidade de autor mediato, pois a

gestante funcionou como instrumento (*longa manus*) de sua atuação imprudente. Além disso, responde por participação em autoaborto em concurso formal. (CAPEZ, 2014, p. 157)

Verifica-se que o agente deve ter pleno conhecimento da gravidez e agir com a intenção de provocar o aborto, havendo dolo na conduta principal, sendo o resultado final consistente na lesão corporal grave ou a morte da gestante, consectário da conduta principal, devido a sua imperícia, imprudência ou negligência, caracterizando a culpa no resultado final.

2.5 O Artigo 128 do Código Penal

São as hipóteses de aborto legal, condicionados a prática por médicos^{27,28}, que constituem causas especiais de exclusão da ilicitude.

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. (BRASIL, 1940, meio digital)

Origina-se do princípio da dignidade da pessoa humana, oriundo do artigo 1º, III, da Constituição Federal, e do direito à vida.

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

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988, meio digital)

Contudo, fica evidente o conflito entre a vida da gestante e do feto, optando o legislador pela preservação da vida da gestante, à medida que a vida já está materializada e constituída. Nessa hipótese há uma mitigação do direito à vida, por ser uma possibilidade e necessário.

²⁷ Cf. Júlio Fabbrini Mirabete: “Caso o aborto seja praticado por pessoa não habilitada legalmente (a lei refere-se apenas ao médico), poder-se-á alegar estado de necessidade, nos termos do art. 24, se se tratar da existência de perigo atual para a vida da mulher.” (MIRABETE, 2014, p. 65)

²⁸ Cf. Cezar Roberto Bitencourt, a respeito do aborto humanitário feito por enfermeira: “[...] Na verdade, a conduta da enfermeira, na hipótese, não está acobertada pela excludente especial da ilicitude, que exige uma condição especial – ser médico –, não possuída pela enfermeira. Logo, essa conduta reveste-se de tipicidade e de antijuridicidade. Contudo, isso não esgota a análise casuística dos fatos. Queremos dizer que é de todo recomendável analisar, na fase seguinte, a hipótese de poder configurar-se a *inexigibilidade de outra conduta*, que, se reconhecida, excluirá a culpabilidade. Somente se, concretamente, se afastar essa possibilidade a enfermeira deverá responder pelo crime de aborto.” (BITENCOURT, 2012, p. 175)

Além disso, busca preservar uma existência digna a gestante, livre de qualquer problema ou trauma.

Esse artigo traz duas possibilidades de aborto legal praticados por médicos: "aborto terapêutico" e o "aborto de gravidez resultante de estupro".

O aborto terapêutico exige que a vida da gestante corra perigo e não exista outro meio para salvar a vida dela²⁹. É necessário que seja atestado por um médico a existência do perigo, que não precisa ser atual, bastando apenas a sua constatação para a realização do procedimento. É dispensável o consentimento da gestante.

Quanto ao procedimento para realização do aborto legal, dispõe Fernando Capez:

Observe-se que não se trata tão somente de risco para a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida. Ele, médico, deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado. (CAPEZ, 2014, p. 159-160)

O aborto em caso de gravidez resultante de estupro ou "aborto humanitário" necessita que a gravidez seja decorrente de estupro e haja o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Frisa-se que não necessita haver uma condenação no crime de estupro para autorizar essa modalidade de aborto legal e nem autorização judicial, bastando a existência de provas seguras da existência do delito.

Entretanto, caso a gestante apresente provas falsas a respeito do crime, apenas para efetuar o aborto, o médico está coberto por uma descriminante putativa do artigo 20, § 1º, do Código Penal, enquanto a gestante responderá pelo crime de Aborto e o de Comunicação Falsa de Crime, contida no artigo 340 do Código Penal.

Comunicação falsa de crime ou de contravenção

Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940, meio digital)

Damásio de Jesus (2015, p. 156) faz uma importante observação:

Existe crime se a gestante provoca em si mesma o aborto terapêutico ou sentimental?

²⁹ O mesmo autor infere ainda que: "[...] cumpre destacar que o Código Penal, lamentavelmente, não legitima a realização do chamado *aborto eugenésico*, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustentamos que a gestante que prova o *autoaborto* ou *consente que terceiro* lho pratique está amparada pela excludente de culpabilidade inexigibilidade de outra conduta, sem sombra de dúvida." (Ibid., p. 175)

Tratando-se de aborto necessário, previsto no art. 128, I, do CP, não há crime, em face da exclusão da antijuridicidade (ela é favorecida pelo estado de necessidade, previsto no CP, art. 24). Se, porém, trata-se de caso de aborto sentimental, previsto no art. 128, II, do CP, entendemos que subsiste o delito, uma vez que essa disposição só permite a provocação do aborto por médico.

Aparentemente, o legislador procurou atrelar as exceções ao aborto à segurança do procedimento, à saúde e à vida da gestante, na medida em que atribuiu apenas ao médico a prática dos abortos terapêutico e humanitário.

2.6 Possibilidade do aborto do feto com anencefalia

O Supremo Tribunal Federal possibilitou mais uma hipótese de aborto legal, ao entender ser inconstitucional o crime de aborto em caso de feto com anencefalia. Isso porque entendeu-se que o feto não teria viabilidade e não teria vida extrauterina, bastando a comprovação da anencefalia e o pedido judicial para possibilitar a realização do aborto.

Vale lembrar que o artigo 3º da Lei 9.434/97 aponta que a morte é constatada com a morte encefálica e tendo esse óbice o feto com anencefalia, inviável a vida extrauterina.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º As instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica. (BRASIL, 1997, meio digital)

Outrossim, observou-se que a manutenção da gravidez de feto com anencefalia poderia causar à gestante constrangimentos, de forma a violar os princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, liberdade e outros.

A respeito do tema, aduz Guilherme Nucci (2019, p. 639):

A polêmica certamente existe. Preferimos acreditar que a lei penal, ao punir o aborto, busca proteger a vida humana porém a vida *útil* e *viável*, não exigindo que a mãe carregue em seu ventre por nove meses um feto que, logo ao nascer, dure algumas horas e finde a sua existência efêmera, por total impossibilidade de sobrevivência na medida que não possui a abóbada craniana, algo vital para a continuidade da vida fora do útero. O anencéfalo não é protegido pelo direito penal, que se volta à viabilidade do feto e não simplesmente à sua existência física. Há quem sustente que pode haver erro de diagnóstico e a anencefalia não ser comprovada posteriormente. Ora, se tal ocorrer é um erro médico grave, sujeito à indenização como outro qualquer, mas não justifica a proibição para *todas* as gestantes que, *efetivamente*, possuem em seu ventre um feto completamente inviável. Não se tem notícia da existência de um ser humano vivo, sem integral calota craniana, que tenha se desenvolvido e atingido a idade adulta. Lembremos, ainda, que o Estado brasileiro é laico, permitindo, como é natural de uma autêntica democracia, a adoção e prática de qualquer culto ou crença e, inclusive, do ateísmo. Logo, ainda que alguns, por sentimentos religiosos, acreditem que faz parte da missão da gestante carregar dentro de si um feto inviável, pois o sofrimento é parcela integrante da existência humana, sendo moral e espiritualmente elevado que o faça, não se pode transformar a crença de um em mandamento para todos. Possa cada gestante, de acordo com suas livres convicções, estabelecer a melhor meta a seguir: manter a gestação do anencéfalo ou permitir o aborto. Outra posição, com a devida vênia, é lançar mão de convicção religiosa para impor a quem não a possui o fardo de gerar e parir um ser humano, que morrerá em pouco tempo, tão logo se desprenda da gestante.

Cumpre salientar que não se trata de uma hipótese de aborto eugênico à medida que essa modalidade contempla apenas deformidades físicas ou genéticas, não sendo inviável a vida extrauterina, como no caso do feto com anencefalia.

Maria Helena Diniz (2017, p. 79-88) entende que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 é inconstitucional por violar o direito à vida do feto e criar uma nova forma de excludente de punibilidade para o delito de aborto. Além disso, ela defende que deve ser mantida a gravidez, devido ao avanço da medicina no tratamento e possibilidade de vida do feto, mesmo com anencefalia.

2.7 A contravenção de anunciar processo, substância ou objeto destinado ao aborto

Trata-se de uma contravenção penal prevista no artigo 20 do Decreto-lei 3.688/1941, o qual pune o anúncio de meios para efetivar o aborto.

Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto: (Redação dada pela Lei nº 6.734, de 1979)
Pena - multa de hum mil cruzeiros a dez mil cruzeiros. (Redação dada pela Lei nº 6.734, de 1979). (BRASIL, 1941, meio digital)

Como vimos, essas são as normas penais relativas ao aborto, fundamentais para entendermos a controvérsia existente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 442 e possibilitar a análise efetiva dela.

A seguir, passaremos a analisar os direitos reprodutivos da mulher e depois o direito à vida do nascituro, para podermos entender a premissa de cada um dos lados desse conflito.

3 OS DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER: LIBERDADE E AUTONOMIA SOBRE O CORPO

Os direitos reprodutivos da mulher são decorrentes de uma complexa e longa gama de direitos, que culminam no seu conceito e na sua definição.

A definição atual de direitos reprodutivos é o direito da mulher de ter liberdade para determinar a hora, o tamanho e a forma de tratamento de tratar sua prole, além de ter direito de obter as informações necessárias para tal. De forma mais sucinta, é a liberdade de decidir quando e quantos filhos ela poderá e deseja ter, garantindo seu direito à informação a respeito.

Em relação ao conceito de direitos reprodutivos, a opinião de Luciana Wolf Leite:

Chegar a um conceito bem definido a respeito de o que são direitos reprodutivos é tarefa complexa, vez que, fazendo parte dos direitos humanos fundamentais, normalmente têm seu exercício ligado ao exercício de direitos sociais e individuais, como o direito à saúde, à educação, à igualdade, à inviolabilidade da intimidade. Desta feita, para se conceituar o direito reprodutivo, deve-se ter em mente não se tratar de um direito a par dos outros, mas sim de um direito cujo exercício dá vazão ao exercício de outros direitos com ele relacionados.

Não obstante o termo “direitos reprodutivos” nos induza a pensar em temas ligados à reprodução, como a concepção, o parto e a amamentação, seu conceito vai mais muito além, abarcando não só o direito de decidir a respeito da própria reprodução (quando, onde, com quem, de que forma etc.), como também o direito de acesso à informação sobre assuntos ligados à reprodução saudável e formas artificiais para engravidar, bem como tudo o que for inerente ao planejamento familiar, como o acesso a creches para as crianças, por exemplo. Os direitos reprodutivos, portanto, referem-se a própria capacidade da mulher de se autodeterminar reprodutivamente e de controlar o seu próprio corpo.

Assim, percebe-se a grande intercessão entre os direitos reprodutivos e muitos outros direitos já adquiridos pelos cidadãos. Da análise desta mescla de direitos fundamentais individuais e coletivos, fácil concluir que o exercício deles está ligado, na grande maioria das vezes, ao exercício da própria cidadania. (LEITE, 2012, p.37-38)

Cumprido salientar que estes não se confundem com os direitos sexuais, os quais garantam a liberdade sexual, sem discriminação e violência.

A respeito disso, o importante comentário de Laura Davis Mattar (2008, p.61):

[...] Os direitos reprodutivos referem-se, resumidamente, ao direito de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à informação e aos meios para a tomada desta decisão. Já os direitos sexuais dizem respeito ao direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência. Se por um lado esses direitos estão inter-relacionados - dado que, como se verá adiante, o exercício da sexualidade de forma livre e segura só é possível se a prática sexual estiver desvinculada da reprodução - por outro

lado, sua distinção por tratamento jurídico diferenciado é o que assegura o exercício pleno da cidadania pelas mulheres e homossexuais.

Entretanto, há quem trate o tema em conjunto, tal como Estella Libardi de Souza:

Na discussão sobre sexualidade e Direitos Humanos, tomamos a noção de direitos sexuais e reprodutivos como parâmetro, a fim de evidenciar as questões relacionadas ao tema, tais como: planejamento familiar; acesso a métodos contraceptivos seguros; esterilização cirúrgica; assistência à gravidez e ao parto, incluindo atendimento pré-natal; aborto; mortalidade materna; novas tecnologias reprodutivas; doenças sexualmente transmissíveis e AIDS; violência e exploração sexual; prostituição e turismo sexual; não discriminação em razão de orientação sexual; uniões e famílias homossexuais; “mudança de sexo” e alteração do registro civil, entre outras. (SOUZA, 2010, p. 4907)

Feitas essas considerações iniciais, para melhor compreender esse conceito atual, passamos a fazer um breve panorama histórico.

Após a 2ª Guerra Mundial, os direitos humanos iniciam um processo histórico de afirmação por meio da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que conceituou, definiu e estabeleceu as diretrizes para consolidar os direitos dos cidadãos, garantindo um mínimo existencial e vinculando todos os países signatários ao compromisso de efetivá-los.

Esse documento é o pontapé inicial para a proteção internacional dos direitos fundamentais de qualquer cidadão.

Com a explosão demográfica dos anos 60, houve os primeiros ensaios a respeito da existência dos direitos reprodutivos, sendo essa discussão realizada na Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1968, realizada em Teerã no Irã.

Ainda com a preocupação sobre o controle demográfico mundial realizou-se a Conferência Mundial sobre População na cidade de Bucareste, na Romênia, em 1974, cujo resultado foi ressaltar a liberdade das escolhas reprodutivas, assim como a promoção desta.

Contudo, com o crescimento do papel da mulher em âmbito social realizou-se em 1975, no México, a I Conferência Internacional da Mulher, a qual, dentre várias determinações, consagrou os direitos reprodutivos, em especial quanto a sua liberdade e autonomia.

Outrossim, na mesma década, em 1979, ocorreu a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com adoção das

disposições pela Organização das Nações Unidas (ONU), ressaltando a necessidade de implementar medidas para garantir a igualdade de gêneros e a liberdade reprodutiva.

Anos após, em 1993, mais precisamente na II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, realizada em Viena, que houve um apelo mais efetivo na garantia da igualdade e na proteção contra violências às mulheres, emanando uma clara mensagem da necessidade de efetivação dos direitos das mulheres.

No ano seguinte (1994), na Conferência sobre População e Desenvolvimento, realizada em Cairo, no Egito, ressaltaram-se os direitos reprodutivos da mulher, que passou de ser objeto de atuação para ser sujeito dos programas desenvolvidos para controle da população mundial, além de afirmar que os direitos reprodutivos seriam considerados direitos humanos.

Por fim, na IV Conferência Mundial da Mulher (1995), em Pequim, na China, houve a consolidação como direito humano fundamental, garantido, mais uma vez, à mulher os direitos reprodutivos.

A respeito dessas conferências, determina o manual do Ministério da Saúde denominado “Direitos Sexuais e Reprodutivos – Uma Prioridade do Governo”:

Na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995, reafirmam-se os acordos estabelecidos no Cairo e avança-se na definição dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais como direitos humanos. Os direitos sexuais foram definidos de maneira mais autônoma em relação aos direitos reprodutivos.

Nessas Conferências, os governos de vários países, entre os quais se inclui o Brasil, assumiram o compromisso de basear nos direitos sexuais e nos direitos reprodutivos todas as políticas e os programas nacionais dedicados à população e ao desenvolvimento, inclusive os programas de planejamento familiar. Os princípios de Cairo e Pequim opõem-se radicalmente à imposição de metas populacionais, conceptivas e contraceptivas.

Os Programas e as Plataformas de Ação propostos nas conferências acima citadas enfatizam a necessidade de promover-se a igualdade entre homens e mulheres, como requisito essencial para a conquista de melhores condições de saúde e de qualidade de vida, e de promover-se, de igual modo, o efetivo envolvimento e corresponsabilidade dos homens nas questões referentes à saúde sexual e reprodutiva. Exortam, também, os governos a propiciarem aos adolescentes informações e serviços adequados para atenção à sua saúde sexual e reprodutiva. (BRASIL, 2005, p. 07).

A proteção internacional existente fez com que os direitos reprodutivos tivessem maior importância e fossem objeto de proteção própria e vinculante.

A respeito da proteção internacional, vale o apontamento de Silvia Pimentel e Valéria Pandjarian:

No âmbito internacional, os direitos das mulheres têm recebido especial tratamento não só nos documentos produzidos nas Conferências das Nações

Unidas, mas encontram-se também protegidos por instrumentos e mecanismos, gerais e específicos, que integram os complexos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos.

Os instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos, ao contrário dos documentos produzidos em Conferências, têm força jurídica vinculante para os Estados que os ratificam. (PIMENTEL; PANDJIARJIAN, 2000, p. 112)

Traçado o panorama histórico, passaremos a discorrer sobre a positivação e garantias no direito interno.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, de cunho garantista e inspirada claramente no modelo de bem-estar social, trouxe inicialmente, em seu artigo 5º, caput, a igualdade da mulher ao homem e o direito à liberdade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988, meio digital).

Essa igualdade e liberdade à mulher, trazidas pela Constituição Federal, derivam claramente do fundamento da República de prevalência da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III; do objetivo de promoção do bem de todos do artigo 3º, IV; e do princípio da prevalência dos direitos humanos, contidos no artigo 4º, II.

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

III - a dignidade da pessoa humana;

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

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

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos. (Id.)

Esses direitos básicos garantem à mulher o tratamento isonômico e igualitário ao do homem em todos os direitos, ressalvadas desigualdades que são equilibradas pelo princípio da isonomia material.

A referência aos direitos reprodutivos vem no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, cujo teor é a garantia da liberdade, autonomia reprodutiva, igualdade entre homem e mulher³⁰, além do direito de obter informações.

³⁰ Nesse sentido, aduz Luciana Wolf Leite (2012, p. 41-42): “Quanto aos direitos reprodutivos, a consagração do direito à igualdade entre os gêneros faz por reconhecer, entre outras coisas, a divisão de responsabilidades entre homem e mulher em relação à reprodução. Normalmente, o que se vê é a responsabilidade pela contracepção e, sobretudo, pela gestação recair quase que totalmente sobre a mulher. Uma vez reconhecidos direitos reprodutivos às mulheres, reconhece-os também aos homens,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento. (Ibid.)

Cumpre mencionar, nesse sentido, o comentário da eminente doutrinadora Flávia Piovezan (2004, p. 42):

No que tange aos direitos reprodutivos, a Carta de 1988 simboliza novamente um avanço ao reconhecer o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer coerção. Resta, todavia, a necessidade de assegurar amplos programas de saúde reprodutiva, reavaliando a legislação punitiva referente ao aborto, de modo a convertê-lo efetivamente em problema de saúde pública.

De forma a efetivar e regulamentar o comando constitucional, elaborou-se a Lei Federal 9.263 de 1996, a qual disciplina e regulamenta o planejamento familiar, estabelecendo-o como direito de todos, como explicita o artigo 1º, como vejamos: "*Art. 1º - O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.*" (BRASIL, 1996, meio digital)

Já os artigos 2º, 3º e 4º do mesmo diploma legal asseguram os direitos reprodutivos, trazendo especial proteção à mulher:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

defluindo daí responsabilidades iguais entre eles e elas quanto às consequências do ato sexual. Nos direitos reprodutivos, também o reconhecimento das diferenças entre homens e mulheres é necessário, vez que há assuntos ligados especificamente à reprodução feminina, requerendo, assim, um tratamento diferenciado. Não há como negar que, embora o homem deva participar ativamente da gestação de seu filho, é função da mulher carregar o bebê consigo por nove meses, bem como amamentá-lo após o nascimento. Assim, bem se vê a necessidade de políticas públicas específicas para as mulheres, no que diz respeito a assuntos como saúde da gestante, pré-natal, parto, amamentação, licença-maternidade etc."

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis. (Redação dada pela Lei nº 13.045, de 2014).

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva. (BRASIL, 1996, meio digital)

Além dessas garantias legais, existem outras proteções referentes aos direitos reprodutivos que, contudo, fogem ao âmbito dessa pesquisa. Para efeito de conhecimento, seguem aqui ressaltados por Estella Libardi de Souza (2010, p. 4907):

No Brasil, diversos dispositivos constitucionais referem-se diretamente aos direitos sexuais e reprodutivos, enquanto outros podem ser a eles relacionados, destacando-se, por exemplo, os que se tratam do/da: dignidade da pessoa humana (art. 1º); promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e no âmbito da família (art. 226, §5º); inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra (art. 5º, X); punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); garantia de condições às presidiárias para que possam permanecer com os filhos durante a amamentação (art. 5º, L); proibição de discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); proteção da maternidade como direito social (art. 6º), garantindo-se licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, por 120 dias (art. 7º, XVIII); licença-paternidade (art. 7º, XIX); direito à saúde (art. 196); proteção à maternidade (art. 201, III e 203, I); direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º) e dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º). Há, ainda, diversas leis federais, estaduais e municipais tratando de questões referentes aos direitos sexuais e reprodutivos.

De outra banda, o Poder Executivo Nacional criou, em 1984, o Programa de Assistência Integral à Saúde, cujo objetivo principal era o enfoque no planejamento e controle populacional e familiar, tendo como base os direitos reprodutivos das mulheres.

O próprio Ministério da Saúde definia assim suas diretrizes:

Em 1984, o Ministério da Saúde elaborou o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), com a colaboração de representantes de grupos feministas, gestores estaduais e pesquisadores das universidades.

O PAISM constitui-se como marco histórico, na medida em que introduz novo enfoque nas políticas públicas voltadas para a saúde da mulher, centrado na integralidade e na equidade das ações, propondo abordagem global da saúde da mulher em todas as fases do seu ciclo vital, e não apenas no ciclo gravídico-puerperal. No elenco mínimo de ações preconizadas pelo Programa, encontrava-se o planejamento familiar.

No que se refere, particularmente, à anticoncepção, os métodos anticoncepcionais começaram a ser distribuídos aos estados pelo Ministério da Saúde, de forma descontínua, na segunda metade da década de 1980, quando se iniciou a implementação do PAISM. (BRASIL, 2005, p. 10)

Tempos após, transformou-se em Política Nacional de Saúde Integrada da Mulher (PNAISM)³¹, mais precisamente após o ano de 2005, ampliando o enfoque da proteção à mulher, que se limitava apenas à saúde.

A respeito disso, vale a crítica no relatório de junho de 2018 dos Representantes das Nações Unidas no Brasil (ONU, 2018, p. 09):

Na área de saúde, o país ainda encontra desafios para garantir os direitos das mulheres. O Programa Integral à Saúde da Mulher (PAISM), implementado a partir de 1984, transformou-se em 2004 na Política Nacional de Saúde Integral da Mulher (PNAISM). O PNAISM foi criado a partir de recomendação da CEDAW ao Brasil, e propõe um conceito ampliado de saúde, superando o enfoque exclusivamente reprodutivo e restrito à proteção da maternidade. A Política considera as desigualdades de gênero como fator de impacto na saúde das mulheres e reconhece que o Estado deve garantir seus direitos sexuais e reprodutivos.

Os avanços conquistados pela ampliação dos serviços e do escopo das políticas públicas esbarram em obstáculos a sua implementação e na insuficiência de sua cobertura.

Como observamos, ao longo do tempo, houve uma grande tendência na evolução e proteção dos direitos reprodutivos, especialmente no que se refere às mulheres. Inicialmente, ela era considerada um objeto da política de direitos reprodutivos, pois entendiam que sua função na reprodução era enorme.

Contudo, posteriormente, a mulher passou a ser sujeito das ações voltadas aos direitos reprodutivos³², conferindo uma série de garantias para que ela tivesse seus direitos efetivados.

A liberdade reprodutiva da mulher possui uma proteção jurídica, em certo ponto, suficiente, pois há uma garantia de natureza constitucional e infraconstitucional, de forma a ter uma efetividade jurídica no exercício desse direito.

Sob um prisma geral, a liberdade reprodutiva é garantida e plena, tendo em vista que a mulher é livre para decidir quando ter um filho e quantos elas quiserem ter.

³¹ Sobre a política desenvolvida, ver Vieira Júnior (2014, meio digital): "Essa política incluiu a prática da vasectomia na Política Nacional de Cirurgias Eletivas, a distribuição de anticoncepcionais em farmácias e drogarias credenciadas no Programa Farmácia Populares com preços mais baratos, além do credenciamento de novos serviços nos hospitais públicos para a realização de laqueaduras, a fim de garantir os direitos de homens e mulheres em relação à saúde sexual e à saúde reprodutiva e, principalmente, o planejamento familiar."

³² A despeito disso, aponta Nubia Sanches Martins: "De modo geral, são condições que permitem autonomia individual, acesso a recursos e informações além da liberdade de tomar decisões acerca do desfrute da sexualidade e reprodução sem coação ou violência. Da mesma forma que os direitos se interdependem e se relacionam, o mesmo ocorre na saúde haja vista que a saúde reprodutiva e sexual depende também de sua saúde física e psicológica. Portanto, a saúde sexual não constitui mera ausência de enfermidades e doenças, mas sim como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de decidir se fazê-lo ou não, quando e com que frequência em um ambiente que não apresente prejuízos à sua liberdade e autonomia, sem violência e discriminação." (MARTINS, 2017, meio digital)

O acesso a medicamentos, tratamento e anticoncepcionais vem melhorando, sendo alvo constante de novas políticas públicas para viabilizá-lo.

Desse ponto, discorda Luciana Wolf Leite:

Assim, no que diz respeito aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, tendo em vista seu reconhecimento como direitos fundamentais e a busca incessante pela igualdade de gêneros, observa-se o surgimento de relações complexas no que diz respeito ao âmbito de alcance desses direitos e ao seu exercício. Por um lado, referem-se ao campo de liberdade privada²⁹ de cada indivíduo, compreendendo aí o direito ao livre exercício da sexualidade, à liberdade de decisão quanto a própria fecundidade e reprodução, ao respeito à intimidade etc.

Por outro lado, são direitos que necessitam da interferência estatal, para que o exercício e o respeito a esses direitos sejam garantidos, fazendo uso da repressão a comportamentos que atinjam os direitos das mulheres, do apoio ao exercício da liberdade sexual e reprodutiva, do acesso à informação, aos recursos disponíveis referentes à saúde sexual e reprodutiva, às creches de boa qualidade para as crianças etc. Ora, de fato, não se pode falar em exercício pleno de direito reprodutivo, sem que se possibilite acesso amplo e de qualidade da população feminina a métodos contraceptivos eficazes, tal qual não se pode falar em direito sexual, sem que haja disseminação de informação de qualidade às mulheres acerca da prevenção, transmissão e tratamento de doenças venéreas.

A saúde reprodutiva da mulher compreende, assim, a possibilidade de uma vida sexual saudável, podendo se reproduzir quando e quantas vezes quiser, sem qualquer tipo de intervenção estatal. Compreende, assim, o livre acesso aos meios de saúde e de informação referentes à contracepção, à fecundidade, à maternidade, à saúde da mulher, ao planejamento familiar etc. Visa, portanto, a proporcionar à mulher não só a possibilidade de ter uma vida sexual satisfatória e saudável, mas também a liberdade de escolha de se reproduzir ou não e de ser sujeito ativo no planejamento familiar.

Neste sentido, faz-se necessária adoção, por parte do Estado, de medidas que possibilitem às mulheres o exercício de seus direitos, como as já citadas políticas públicas de saúde, a promoção de propagandas informativas e que combatam o preconceito e os estigmas sociais, e o incentivo ao debate crítico acerca dessas questões. (LEITE, 2012, p. 43-44)

Apesar disso, ainda encontra limitação, principalmente no que se refere ao aborto, que é alvo de constantes reclamações de movimentos feministas, pois essa seria uma forma de impedir a liberdade do direito reprodutivo, em especial na questão do momento em que se deseja ter um filho.

Além disso, a preocupação se dá na criminalização, que acaba por impedir o acesso a meios seguros da prática do abortamento favorecendo, em tese, a clandestinidade e meios inseguros de praticá-lo. Isso é claro, excetuando as hipóteses de aborto legais já mencionadas no capítulo anterior, cujo acesso possui algumas limitações.

Nesse sentido, o relatório de junho de 2018 dos representantes das Nações Unidas no Brasil:

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que, a cada ano, um (01) milhão de abortos clandestinos sejam realizados no Brasil, resultando na morte de uma (01) mulher a cada dois (02) dias, com maior risco para mulheres negras. O SUS registra quase 200 mil internações anuais por complicações pós-aborto. Aos 40 anos, mais de um quinto das mulheres das áreas urbanas do Brasil já realizou ao menos um (01) aborto. Mesmo quando o procedimento constitui um direito legalmente previsto, as mulheres encontram barreiras à sua realização. Atualmente, o país conta com 63 serviços para aborto legal, dos quais apenas funcionam. Muitas vezes, os/as profissionais alegam objeção de consciência para não realizar o procedimento; tentam convencer as mulheres a seguir com a gestação; ou ainda, contrariando a legislação, exigem que vítimas de violência sexual apresentem boletim de ocorrência ou decisão judicial – quando bastaria uma declaração por escrito. A negação ou a obstaculização injustificada do acesso ao aborto nas hipóteses em que ele é garantido legalmente, ou, ainda, do acesso a serviços de emergência em decorrência de abortos clandestinos pode equiparar-se à tortura ou à maus-tratos. O aborto inseguro é, globalmente, a terceira maior causa de morte materna. (ONU, 2018, p. 11-12)

Essa abordagem legal, somada ao obstáculo criado na efetivação do direito, gera um problema quanto ao direito de autonomia da mulher, cujo conceito é trazido por Gabriela Rondon (2017, p. 04):

Na questão do aborto, a proteção ao princípio da autonomia deve ser entendida como o reconhecimento da capacidade ética das mulheres de seguir por seu projeto de vida, o que inclui a possibilidade de decidir sobre se e quando ter filhos, a quantidade e o espaçamento entre eles. De maneira central, a proteção à autonomia se vincula à proteção da cidadania, especialmente para que às mulheres sejam concedidas as garantias políticas e sociais para estar livre de discriminação, opressão, maus tratos, tortura ou riscos à vida e saúde na tomada de decisões reprodutivas. Se levamos os direitos das mulheres a sério, a oferta descriminalizada de serviços de aborto é condição necessária para a proteção de sua vida digna cidadã.

Nesse prisma, percebe-se que a vontade da mulher estaria vinculada ao comando legal ou às ingerências do Estado, perdendo a capacidade de decidir a respeito da própria vida e a liberdade de agir.

Em termos gerais, apesar da garantia constitucional e infraconstitucional da autonomia e liberdade dos direitos reprodutivos, que conferem a elas uma proteção básica adequada, as mulheres têm encontrado certas dificuldades no exercício desses direitos, dadas as limitações legais e na sua efetivação.

4 O DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Nascituro, segundo Flávio Tartuce (2014, p. 119), *"é aquele que foi concebido, mas não nasceu."*

Os direitos de personalidade³³ são iniciados com o nascimento com vida, mas os direitos de personalidade do nascituro são garantidos, dentre eles o direito à vida, como se extrai do conteúdo do artigo 2º do Código Civil: *"Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."* (BRASIL, 2002, meio digital)

Aponta Washington de Barros Monteiro:

Para que ocorra o fato do nascimento, ponto de partida da personalidade, preciso será que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada pelo cordão umbilical. Não importa que o parto tenha sido natural, ou haja exigido intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora de tempo. Também é irrelevante a forma pela qual se deu a concepção, ou a gestação, bastando ter ocorrido o nascimento.

Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. É necessário ainda que o recém-nascido haja dado sinais inequívocos de vida, como vagidos e movimentos próprios. Também a respiração, evidenciada pela docimasia hidrostática de GALENO, constitui sinal concludente de que a criança nasceu com vida.

Requer a lei, portanto, dê o infante sinais inequívocos de vida, após o nascimento, para que se lhe reconheça personalidade civil e se torne sujeito de direitos. Embora venha a falecer instantes depois. (MONTEIRO, 2007, p. 64-65)

Do direito da personalidade deriva-se a capacidade jurídica, dividida em capacidade de aquisição de direito, consistente na possibilidade da pessoa ser objeto ou sujeito de direitos e deveres, e a capacidade de exercício, referente à capacidade da pessoa em exercer os direitos a ela conferidos.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 96-97):

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, também denominada capacidade de *aquisição* de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações etc.
[...]

³³ Observa Sílvia de Salvo Venosa que "[...] a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas. [...]". (VENOSA, 2019, p. 129)

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de *fato*, também denominada capacidade de *exercício* ou de *ação*, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil.

Contudo, pondera Maria Helena Diniz (2017, p. 150-151):

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados, constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Feitas essas considerações, a maior polêmica existente quanto ao início dos direitos do nascituro está no momento em que esses direitos são adquiridos. Melhor dizendo, a dúvida está em que momento o nascituro adquire a personalidade jurídica.

Para essa controvérsia, existem 03 (três) concepções distintas³⁴: a teoria natalista; a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

A teoria natalista defende que o nascituro não é pessoa, pois a personalidade jurídica somente se inicia com o nascimento com vida, conforme a disposição contida no Código Civil.

Essa é a corrente adotada por Sílvio de Salvo Venosa (2019, p. 137):

O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida.

No mesmo sentido, aduz Silvio Rodrigues (2003, p. 36):

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

³⁴ Eis a conceituação de Carlos Roberto Gonçalves: “Três teorias procuram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro. A *natalista* afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento a teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida; e a *concepcionista* admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida.” (GONÇALVES, 2018, p. 104)

Aparentemente, Carlos Roberto Gonçalves filia-se também a essa teoria à medida que afirma que “*não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo*”. (GONÇALVES, 2018, p. 97)

Eis a crítica de Flávio Tartuce (2007, meio digital) aos defensores dessa teoria:

O grande problema da *teoria natalista* é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

Além disso, a *teoria natalista* está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno.

Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Já a teoria da personalidade condicional aduz que os direitos do nascituro estão suspensos e somente são efetivados com o nascimento com vida. Ou seja, os direitos do nascituro estão em uma condição suspensiva que se encerra com o nascimento com vida.

Nesse sentido, ensina Washington de Barros Monteiro (2007, p. 66):

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in sperm*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos.

Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A essa situação toda especial chama PLANIOL antecipação da personalidade.

Acirra-se na atualidade a discussão a respeito do momento em que se dá o início da vida. Para alguns, inicia-se a vida no momento da fecundação, opinião sustentada tendo em vista a preocupante tendência utilitária de os embriões humanos poderem ser definidos como mero recurso natural. Em sentido oposto, pretendem outros que se adote o mesmo critério para definição do momento da morte, ou seja, aquele fundamentado na ocorrência de atividade cerebral do indivíduo.

Ainda, apontam Rodolfo Pamplona Filho e Thereza Meirelles Araújo (2007, meio digital):

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja,

se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurado a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

Mais uma vez, critica Flávio Tartuce:

O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro.³⁵ Vale ressaltar, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento também acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer. (TARTUCE, 2007, meio digital)

Por fim, a teoria concepcionista defende que o nascituro tem personalidade jurídica desde a sua concepção e deve ser considerado uma pessoa com seus direitos efetivamente garantidos.

Assim, entende Almeida (2000, p. 81) citada por Rodolfo Pamplona Filho e Thereza Meirelles Araújo (2007, meio digital):

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a..

Ainda, ponderam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Novo Código Civil, *o nascituro, embora não seja expressamente considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.*

Nesse sentido, pode-se apresentar o seguinte quadro esquemático:

- a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.);
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*;
- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) o Código Penal tipifica o crime de aborto;
- e) colmo decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição da paternidade.

No âmbito do Direito do Trabalho, vale destacar que a estabilidade da gestante se conta do início da gravidez, mesmo que seja do desconhecimento

³⁵ A crítica também é formulada por Silmara Chinelato (*Tutela civil do nascituro*, op. cit., p. 158).

de empregado e empregador. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 144-145)

A maioria da doutrina segue a teoria concepcionista³⁶, principalmente os civilistas mais modernos, e, no mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Isso se extrai do Enunciado número 1 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

1 – Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura. (BRASIL, 2016, meio digital)

Como forma de demonstrar e ilustrar o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, realizou-se pesquisa no acervo jurisprudencial disponível no sítio eletrônico do referido Tribunal Superior, tendo como filtro de busca a palavra “nascituro” no período de 01 de janeiro de 2014 até 05 de outubro de 2019.

Nesse critério de busca, foram encontrados 16 (dezesesseis) acórdãos e 04 (quatro) informativos jurisprudenciais.

O critério de seleção dos julgados a seguir colacionados foi a pertinência ao tema, considerada a partir de menção direta da palavra “nascituro” no julgado e a menção ao início dos direitos do nascituro, para ter um parâmetro fiel à abordagem proposta.

Seguindo a mesma tendência, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à vida do nascituro, como aponta o Recurso Especial 1.415.727, de Santa Catarina da 4ª Turma:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

³⁶ Conclui Flávio Tartuce: “Por tudo o que foi aqui exposto e também naquele artigo científico, não há dúvidas em afirmar que, na doutrina civilista atual brasileira, prevalece o entendimento de que o nascituro é pessoa humana, ou seja, que ele tem direitos reconhecidos em lei, principalmente os direitos existenciais de personalidade. Em suma, prevalece, pelos inúmeros autores citados, a *teoria concepcionista*. As páginas que devem ser viradas são justamente aquelas que defendem as outras teses.” (TARTUCE, 2014, p. 125)

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).
3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.
4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.
5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.
6. Recurso especial provido. (STJ, 2014, meio digital)

No mesmo sentido, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 47.582, de Minas Gerais, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA (TAF). REMARCAÇÃO POR FORÇA MAIOR. GRAVIDEZ. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência 520 do STJ, é possível a remarcação do teste de aptidão física da candidata sem que importe na violação do princípio da isonomia, em face da peculiaridade do caso e tendo em vista a proteção constitucional da gestante e do nascituro.
2. Recurso Ordinário provido. (STJ, 2015, meio digital)

Ainda, o Recurso Especial 1.629.423, de São Paulo, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. GARANTIA À GESTANTE. PROTEÇÃO DO NASCITURO. NASCIMENTO COM VIDA. EXTINÇÃO DO FEITO. NÃO

OCORRÊNCIA. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO RECÉM-NASCIDO. MUDANÇA DE TITULARIDADE. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA, DOS ALIMENTOS INADIMPLIDOS APÓS O SEU NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro.

2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/2008.

3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade.

4. Recurso especial improvido. (STJ, 2017, meio digital)

Por fim, o conteúdo do Recurso Especial 1.779.441, de São Paulo, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DIREITOS DO NASCITURO. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. DATA DO NASCIMENTO. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO.

1. Cuidaram os autos, na origem, de pedido de revisão da data inicial do benefício de pensão por morte concedida a nascituro. A sentença julgou improcedente a ação afirmando que o termo inicial se dá com o nascimento. O acórdão negou provimento à Apelação.

2. O benefício previdenciário possui nítido caráter alimentar, e o direito à percepção de alimentos não surge com a concepção, mas sim com o nascimento com vida, ainda que a lei ponha a salvo os direitos do nascituro.

3. O art. 2º do Código Civil condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento, enquanto que a lei 8.213/1991 não prevê a possibilidade do nascituro receber o benefício de pensão por morte, resguardando sua concessão apenas a partir do nascimento, quando efetivamente adquire a condição de dependente do de cujus. O Decreto 3.048/1999 estabelece, em seu artigo 22, inciso I, alínea "a", que a inscrição do dependente do segurado será promovida através da apresentação da certidão de nascimento.

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Precedentes: REsp 1.588.448, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.5.2016; REsp 1.769.353, DJe 29.10.2018; REsp 1.354.689/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 11.3.2014; REsp 1.346.781, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.10.2016; REsp 1.571.403, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 9.9.2016; REsp 1.447.137, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 23.8.2016.

5. Recurso Especial não conhecido. (STJ, 2019, meio digital)

A partir desses apontamentos, permite-se constatar que a teoria concepcionista é a corrente adotada pelo órgão responsável por unificar a jurisprudência infraconstitucional nacional.

A adoção dessa teoria se origina do direito à vida do nascituro, o qual possui duas proteções distintas: uma de natureza constitucional e outra de natureza supralegal, que protegem os direitos do nascituro, sobretudo à vida e sua dignidade.

A proteção de caráter constitucional é o direito à vida, contido no caput do artigo 5º da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]. (BRASIL, 1988, meio digital)

Essa disposição constitucional garante a qualquer cidadão brasileiro ou portador de direitos garantidos em nossa Constituição e legislações correlatas tenha seu direito à vida protegido e efetivado.

Cabe apontar o comentário de Sirval Martins dos Santos Júnior e Cristina Grobério Pazó:

É necessário interpretar esse artigo de forma ampla, entendendo que aos que têm seus direitos inviolados são englobados tanto os já nascidos como os que ainda estão para nascer. É importante lembrar que o direito à vida já é destinado aos nascituros, sendo proibido o aborto e sendo conferido a eles o direito de nascer. (SANTOS JÚNIOR; PAZÓ, 2017, p. 298)

A proteção de natureza supralegal é o artigo 4º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, que garante ao nascituro o direito à vida desde a concepção.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não

se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.(BRASIL, 1992, meio digital)

O Pacto de São José da Costa Rica foi internacionalizado através do Decreto 678/92, que ratifica o tratado e dá vigência dentro do ordenamento jurídico interno, como aponta o artigo 1º desse Decreto:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. (Id.)

Atualmente, o Pacto possui natureza supralegal³⁷, pois não foi aprovado em dois turnos por $\frac{3}{5}$ (três quintos) do Congresso Nacional, ocasião em que teria o status de emenda complementar, na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal:

[...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018). (BRASIL, 1988, meio digital)

Em que pese o Pacto ter sido incorporado ao ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional 45/04, que trouxe a possibilidade acima aventada, o Supremo Tribunal Federal, no paradigmático Recurso Extraordinário 466.343 de São Paulo, entendeu que o Pacto de São José possui natureza supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação infraconstitucional, como vejamos:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, 2008b, meio digital)

A respeito do julgado, vale lembrar a explicação e crítica trazida por Thiago Aleluia Ferreira de Oliveira e Flávio Alves Martins:

Todavia, o STF modificou a jurisprudência em relação ao tema no RE 466.343, julgado em 3 de dezembro de 2008. Em decisão histórica, liderada pelo Ministro Gilmar Mendes, asseverou que a prisão civil não se coadunava

³⁷ Observa, sobre norma supralegal, Henrique Smidt Simon (2013, p. 109): "O que seria norma de caráter 'supralegal'? Uma norma supralegal não pode ser revogada por uma lei ordinária. Portanto, a teoria da supralegalidade parece conseguir resolver o problema da situação especial dos tratados de direitos humanos, ao mesmo tempo em que mantém a ideia de supremacia da constituição. Isso porque, uma vez que um tratado de direitos humanos seja ratificado, no âmbito interno ele só poderia ser retirado do sistema por meio de emenda constitucional."

com os valores assegurados pelo Estado Constitucional, que compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, reconheceu o status supralegal aos tratados de direitos humanos, no caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, afastando o art. 652 do Código Civil de 2002, que possibilitava a prisão civil do depositário infiel.

A Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio acompanharam o voto do ministro Gilmar Mendes.

Há que se destacar o voto vencido do Ministro Celso Mello por trazer novo debate ao plenário, indicando que a normativa prevista nos tratados internacionais de direitos humanos teria muito maior razão, caso lhe fosse atribuída hierarquia constitucional, como defendem alguns autores.

O Ministro sustenta um sistema misto no tocante à disciplina dos tratados de direitos humanos, categorizando-os em: (a) os tratados internacionais de conteúdo estranho à proteção de direitos humanos possuem status de lei; (b) em relação aos tratados que cuidam do tema, há duas situações: (b.1) aqueles celebrados ou aderidos pelo Brasil anteriormente à promulgação da EC n.º 45/2004, possuem caráter materialmente constitucional e integram o bloco de constitucionalidade brasileiro; e, (b.2) os que venham a ser incorporados posteriormente à promulgação da EC n.º 45/2004, se observarem o rito qualificado do § 3º do art. 5º da Carta, possuirão caráter material e formalmente constitucional.

Contudo, como exposto, prevaleceu, na Corte Constitucional, por apertada maioria de cinco votos contra quatro, a orientação do Ministro Gilmar Mendes pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos, não incorporados no direito interno na forma do art. 5º, §3º.

A despeito da posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes, tal entendimento ainda parece tímido, quando se leva em conta a tendência dos países latino americanos, como, por exemplo, a Argentina e Chile, na concessão o status normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos. (OLIVEIRA; MARTINS, 2017, p. 250-251)

Ainda, vale trazer à baila os apontamentos de Ana Maria D'Ávila Lopes e Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab:

A recepção da CADH e o reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH provocaram discussões sobre os contornos e limites da harmonização entre as decisões do SIDH e as do Poder Judiciário nacional.

Essa discussão acirrou-se ainda mais a partir do julgamento do RE nº 466.343/SP, em 3 de dezembro de 2008, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou sua jurisprudência em favor do *status* supralegal dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem seguir o procedimento previsto no art. 5º, §3º (STF, 2008a, *on-line*).

Todavia, o STF foi além da supralegalidade, ao afirmar que esses tratados paralisavam os efeitos das normas infraconstitucionais que lhes fossem contrárias a eles. (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 87)

Com isso, surge a possibilidade de implemento do controle de convencionalidade, na qual a legislação infraconstitucional seria objeto de controle face ao conteúdo do tratado e convenção internalizado no ordenamento jurídico, seja como norma de caráter supralegal, seja com status de emenda constitucional.

Sobre isso, asseveram Álisson Thiago de Assis Campos e Gleydson Ferreira Andrade:

A tese que clama pela suprallegalidade dos tratados sobre Direitos Humanos deve ser compreendida sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito à posição hierárquica que foi conferida aos instrumentos internacionais, enquanto o segundo remete à necessidade de adequação entre eles e a legislação ordinária.

Parece incontroverso que, ao conferir às Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos um caráter suprallegal, os ministros do Supremo Tribunal Federal tinham o escopo de alçar os Direitos Humanos a um patamar mais elevado, garantindo-lhes posição superior a que anteriormente pertenciam, seja em razão da doutrina ou mesmo em virtude da jurisprudência dos tribunais superiores.

Os direitos previstos em instrumentos internacionais passaram, então, a apresentar-se de forma hierarquicamente superior às leis e demais atos normativos, exercendo sobre estes certo poder de controle que lhes garante, inclusive, o condão de limitar a validade de qualquer ato que lhes seja contrário.

Importante lembrar que segundo esse entendimento, os tratados sobre Direitos Humanos encontram-se em um patamar inferior ao da Constituição Federal, não podendo contrariar, portanto, o que disposto no Diploma Maior. (CAMPOS; ANDRADE, 2018, p. 27-28)

A proteção trazida pela Constituição e pelo Pacto de São José da Costa Rica confere ao nascituro uma proteção eficaz e contundente ao seu direito à vida, assim como fortalece a tendência da teoria concepcionista de eficácia dos demais direitos ligados à personalidade.

Assim, dispõem de forma crítica Sirval Martins dos Santos Júnior e Cristina Grobério Pazó (2017, p. 300):

É necessário reafirmar que no momento em que o Pacto de San José da Costa Rica é incorporado como emenda à Constituição Federal, é subentendida que a personalidade civil passa a existir no momento a partir da concepção. De acordo com o art. 4º desse Pacto, toda pessoa tem o direito à vida e este estará protegido pela lei desde o momento da concepção. Em contrapartida, para o Código Civil só é classificado como pessoa quando este nascer com vida.

[...]

A pessoa, ser humano, é o elemento fundamental de um Estado, sem ela, este aparelho regulador de condutas não existiria. Por isso pode-se dizer que o ser humano está na posição de destaque das intenções da Constituição. O que ocorre na prática é que a Constituição Federal não definiu exatamente quem é pessoa ou não, delegando esta competência para as leis ordinárias. Entretanto, o Código Civil não garante aos nascituros o direito de personalidade, diferentemente do Pacto de San José da Costa Rica.

Mesmo diante Desse embate entre o Código e o Pacto, é sabido que o nascituro é um ser humano e tem por dever do Estado, seus direitos fundamentais e da personalidade garantidos.

Outrossim, confere ao nascituro o direito de nascer, desenvolver-se, crescer dignamente e todas as demais garantias, até certo ponto, irrestritas e atinentes ao seu direito à vida.

O direito à vida gozaria de uma proteção maior e mais eficaz, porque a vida seria o bem mais precioso que uma pessoa ou um cidadão possui. A ideia de ter um singelo favorecimento em face de alguns outros princípios não significa que ele não possa ser cerceado ou limitado. Melhor dizendo: ele não é absoluto, haja vista que se admite, por exemplo, a legítima defesa.

Pode-se ainda dizer que a legislação infraconstitucional existente ampara o conteúdo trazido no Pacto de São José da Costa Rica, no que diz respeito ao nascituro, à medida em que existe uma proteção ao seu direito à vida, dada a vedação ao aborto, além da garantia e acesso a diversos direitos que possibilitam o seu integral desenvolvimento.

5 A TÉCNICA DE SOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO/POSTULADO DE PROPORCIONALIDADE

Para disciplinarmos e aplicarmos o princípio da proporcionalidade e suas respectivas regras, devemos entender o que é um direito fundamental.

A discussão a respeito é longa mas, de forma sintética, entende-se como direitos fundamentais aqueles positivados pela Constituição, que versem sobre direitos do ser humano e que sejam baseados, principalmente, na dignidade da pessoa humana. Frisa-se que eles não podem ser tratados como sinônimo de direitos humanos, pois estes seriam direitos naturais³⁸, de viés essencialmente jusnaturalista.

Eis a simples definição e diferenciação feita por Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda em geral (e de modo apropriado, assim o pensamos) relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2017, meio digital)

Nesse diapasão, observa Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2019, p. 30):

Vê-se que a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não está no conceito, pois ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. A diferença substancial, então, entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na localização da norma que dispôs sobre os mesmos. Por esta razão, no Brasil, os Direitos Fundamentais, destacadamente constitucionalizados e capitaneados pela dignidade da pessoa humana, como se vê na Constituição Federal de 1988, passam ao status de normas centrais do ordenamento jurídico, revelando a tábua de valores da sociedade a ser protegida e promovida, incondicionalmente, por todos aqueles submetidos à ordem constitucional, inclusive no momento da aplicação das demais normas desse sistema.

De maneira mais simples, faz um acréscimo Chafic Krauss Daher (2011, p. 24-25) ao conceito inicialmente trazido:

Por conseguinte, os direitos fundamentais são concebidos como atributos naturais inerentes ao ser humano, correspondentes, em essência, aos valores maiores e supremos da dignidade, liberdade e igualdade, sendo

³⁸ A respeito da essência e validade dos direitos humanos, aponta Fábio Konder Comparato (2003, p. 224 apud ALVARENGA, 2019, p. 28): “[...] a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.”

devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico-positivo e atribuindo, via de consequência, o dever do Estado em garanti-los, respeitá-los e promovê-los.

Esmiuçando ainda mais o conceito, os direitos fundamentais podem estar contidos na interpretação ou na análise sistêmica dos comandos constitucionais, bem como no chamado bloco de constitucionalidade, que são as normas integradas na Constituição por meio de tratados, geralmente de direitos humanos, integralizados ao ordenamento jurídico nacional por meio de ratificação^{39,40}.

Conclui, Ingo Sarlet, ser este o verdadeiro conceito de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram, por seu conteúdo e importância, integradas – de modo expresso ou implícito, bem como por força da abertura material do catálogo constitucional (art. 5º, § 2º, CF) – à Constituição formal e/ou material, além de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime jurídico qualificado e reforçado. (SARLET, 2017, meio digital)

Destaca Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 204), com base nos ensinamentos de Robert Alexy, a necessidade do preenchimento de alguns requisitos para que o direito seja considerado fundamental:

[...] pode-se dizer que um direito fundamental deve manifestar cinco trações, ao menos. Aproveitando-se o ensinamento de Alexy, seriam eles: 1) direitos vinculados diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernirem a todos os seres humanos; 3) terem valor moral; 4) serem suscetíveis de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesarem de modo capital para a vida de cada um.

³⁹ A respeito disso, o precioso comentário de Flávia Piovesan: “Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual sejam a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.” (PIOVESAN, 2012, p. 108).

⁴⁰ Ainda, prossegue a autora (Idem, p.p. 110/111): “Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.”

Como vimos, os direitos fundamentais são essenciais na proteção do cidadão e de suas garantias, em face, geralmente, aos arbítrios do Estado. Contudo, há entendimento no sentido de recaírem nas relações privadas, numa interpretação extensiva de sua proteção.

Nesse sentido, o entendimento de Robert Alexy (2008, p. 523-524 apud CESARIO, 2017, p. 94):

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.

Outrossim, finaliza João Humberto Cesário:

À guisa de conclusão, neste presente tópico, podemos dizer que ao contrário do que preconizava o liberalismo jurídico, não é apenas o Estado que atualmente está obrigado a dar resposta aos direitos fundamentais das pessoas, devendo ficar claro que também os particulares devem respeitar as garantias essenciais dos seus semelhantes, principalmente naquelas relações que, ainda que regidas pelo direito privado, são caracterizadas pelo desequilíbrio contratual, como, entre outras, as trabalhistas e as consumeristas. (CESARIO, 2017, p. 94)

Como vimos, os direitos fundamentais se aplicam tanto na relação da pessoa/cidadão com o Estado, assim como nas relações privadas entre cidadãos. Além disso, fica plenamente demonstrada a importância dessas normas e princípios que protegem os direitos básicos das pessoas, contudo, eles não são absolutos⁴¹.

⁴¹ Sobre isto, aponta Clóvis Demarchi (2016, p. 35): “Da forma que não se pode afirmar a sua universalidade, também se entende que os Direitos Fundamentais não podem ser contemplados como absolutos, ou seja que não há restrições. Pois, se assim o fosse eles passariam a ser limitadores, [...]. O simples fato de termos mais de um Direito Fundamental já coloca um limite e elimina a possibilidade de ser absoluto, desta forma, um direito fundamental sofre limitações em face de outros Direitos Fundamentais, [...]. Dessa forma a característica de ser um Direito absoluto se desfaz frente a outro direito que com ele concorra.”.

Ocorre que essas normas, até certo ponto especiais, entram em conflito entre si quando o direito fundamental de um entra em rota de colisão com o direito fundamental de outro.

Tal conflito seria simples de resolver: no caso de um direito fundamental conflitar com uma norma constitucional qualquer, aplicar-se-ia a norma ligada a um direito ou princípio fundamental. Podemos, até certo ponto, dizer que ela somente não sobreviveria a um conflito com uma norma constitucional elencada no leque de cláusula pétrea, pois são normas que garantem a higidez constitucional.

Quando os direitos fundamentais entram em colisão, um em face do outro, denominamos esse embate de “conflito horizontal de direitos fundamentais”.

Para a solução desses conflitos, utilizam-se os princípios/postulados da proporcionalidade e da razoabilidade^{42,43}. Apesar de serem comumente aplicados em conjunto ou entendidas como sinônimos, Marcelo Novelino (2014, p. 427-428) defende o seguinte posicionamento:

No postulado da **proporcionalidade** existe uma relação de causalidade entre *meio* e *fim*, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de suas finalidades. Por seu turno, a **razoabilidade** “*determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão*”, aplicando-se a situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade regulada por ela ou critério e medida.

Tem o mesmo entendimento e exemplifica Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 27/28):

Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho - ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa - como desproporcional. Poder-se-á dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados no sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da

⁴² Observa Vanessa Batista Oliveira: “A regra da proporcionalidade se fundamenta no Estado de direito guardião de um verdadeiro equilíbrio material dos direitos fundamentais. E consequentemente uma das ferramentas mais importantes para a Hermenêutica constitucional. [...]”. (OLIVEIRA, 2010, p. 45)

⁴³ Humberto Bergmann Ávila entende que a proporcionalidade não é um princípio, mas um postulado normativo aplicativo, como se vê: “O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se afirma.” (OLIVEIRA, 1999, p. 170)

razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

Pontualmente, ensina Humberto Bergman Ávila (1999, p. 174):

[...] Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das consequências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade.

Em que pese os entendimentos esposados pelos Nobres Doutrinadores, a maioria da doutrina, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal (que faz o uso dos postulados de forma equivalente), passaremos a tratar apenas o princípio da proporcionalidade.

O princípio/postulado da proporcionalidade serve como uma forma de garantir um juízo interpretativo de eventual colisão de direitos fundamentais, através de uma ponderação, visando o equilíbrio entre os princípios⁴⁴, conferindo a um deles uma eficácia ligeiramente superior a outra, mediante o seguimento de critérios⁴⁵. Além disso, serve como elemento balizador do Estado para garantir a eficácia dos direitos fundamentais e elemento de proibição de abusos de direitos, seja do Estado, seja do particular.

Nesse sentido, a precisa conceituação de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24):

[...] A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito

⁴⁴ Assim o comentário preciso de Paulo Bonavides: "Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do orçamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade." (BONAVIDES, 1994, p. 289)

⁴⁵ Eis a opinião de Renato Braz Mehanna Khamis: "[...] Isto posto, a técnica da proporcionalidade nada mais faz do que operacionalizar sistematicamente a forma própria de aplicação do direito com vistas à solução da colisão de princípios, visando propiciar uma linha de argumentação racional, como meio de evitar arbitrariedades e escolhas aleatórias – as quais muitas vezes ocorreram, e tiveram como desculpa o caráter fluído dos princípios." (KHAMIS, 2013, p. 142)

fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

Ainda, acrescenta o Ministro Luís Roberto Barroso em conjunto com Ana Paula de Barcellos:

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 165-166)

Compilando tais ideias, cita-se mais uma valiosa lição de Paulo Bonavides:

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material - sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

[...]

De último, com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma em espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também - e sobretudo em matéria de justiça constitucional - pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.

As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau - titular do poder de reforma constitucional - configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio de constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio de legalidade nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal. Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar

primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado como princípio ou máxima constitucional.

Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não-escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito. (BONAVIDES, 1994, p. 282-283)

O princípio da proporcionalidade compreende a existência de outros 03 (três) subprincípios, que são importantes para a construção do raciocínio jurídico, além de servirem como parâmetros objetivos para formação do juízo de ponderação.

Os subprincípios são: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Eis o apontamento de José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 617 apud OLIVEIRA, 2010, p. 46) acerca do assunto:

Este princípio, atrás considerado como um sub-princípio densificador do Estado de direito democrático [...] significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei.

Outrossim, enfatiza Virgílio Afonso da Silva:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002, p. 34-35)

A adequação exige que a medida a ser adotada atinja ou seja apta a atingir o fim a que se destina. A ponderação a ser realizada deve guardar pertinência com o direito a ser postulado. É o que afirma Diego G. O. Budel:

A adequação consiste resumidamente na constatação de que a medida restritiva do direito fundamental que sofre uma limitação pela incidência do direito fundamental majoritariamente (no sentido de que um não revoga nem elimina o outro, apenas limita sem violar seu núcleo essencial) prevalecente é adequada, sendo a limitação realizada um meio apto a realizar a proteção do bem ou direito constitucional prevalecente. (BUDEL, 2017, p. 24)

Faz uma importante observação Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 37), que entende ter esse subprincípio um dever de fomentar a solução e não necessariamente chegar ao fim desejado, como vejamos:

[...] Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado [...].

O teste da adequação tem por finalidade criar um liame entre a medida fomentada ou adotada e a finalidade dela, tendo uma face praticamente de nexo causal. Como forma de averiguar se a medida passa nessa etapa, sugere Martín Haeblerlin:

Uma forma de elucidar se uma medida estatal passa pelo exame da proporcionalidade neste primeiro estágio é perguntar: O meio utilizado é adequado para fomentar o fim? Se a resposta for afirmativa, a medida passou pelo teste da adequação [...]. (HAEBERLIN, 2018, p.177)

Passado esse teste, segue-se para o subprincípio da necessidade.

A necessidade determina que deve ser avaliado se existem outros meios com a mesma eficácia para atingir o objetivo almejado e se elas são menos agressivas do que a qual se almeja adotar.

Eis o entendimento de Chafic Krauss Daher (2011, p. 123):

O princípio da necessidade, segundo critério integrante do princípio da proporcionalidade, impõe que a medida restritiva ou limitadora ao direito fundamental seja indispensável para o alcance da finalidade almejada, diante da inexistência de outro instrumento ou meio com a mesma eficácia, sendo a medida adotada menos gravosa para o direito fundamental a ser limitado em seu exercício.

Ao se proceder à limitação de um determinado direito fundamental, há de se adotar, dentre o elenco de medidas possíveis e igualmente eficazes ao fim que se propõem, a menos gravosa. Sendo assim, entre os vários meios postos à disposição para a consecução do fim pretendido, dever-se-á optar pelo que, com o mesmo grau de eficácia, seja menos gravoso ao direito objeto da restrição.

Portanto, a necessidade revela-se como algo relativo, somente sendo admissível a limitação ao pleno exercício dos direitos fundamentais quando

houver justificação suficiente para tanto, sendo inaceitáveis limitações arbitrárias.

Com isso, na hipótese de serem os direitos fundamentais objeto de limitação com intensidade maior que a exigida pelo fim constitucionalmente protegido da restrição, tal limitação, no que resultar em excesso, mostra-se injustificada e inconstitucional.

Na mesma esteira, o entendimento e teste proposto por Mártin Haeblerlin (2018, p.178):

Já o subprincípio da *necessidade* possui dois sentidos: um é o lexical, para o qual necessário é imprescindível; outro é eminentemente jurídico, para o qual necessário importa a inexistência de outro meio que melhor fomenta o fim almejado. [...]

[...]

Na forma elucidativa do subprincípio, é possível perguntar-se: O meio considerado adequado (que consegue promover o fim) é mesmo imprescindível para a promoção de um fim? Caso afirmativo, é ele o menos restritivo de direitos fundamentais? Se a resposta for duplamente afirmativa, a medida passa pelo teste da necessidade.

Ainda, contemporiza Heliana Maria Coutinho Hess com colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira:

O exame da necessidade também conduz à mesma conclusão, já que é simplesmente impossível atingir o fim pretendido sem recorrer à medida adotada (embora tal medida não seja suficiente para atingi-lo). Não havendo alternativa, a medida é necessária. (HESS; SILVEIRA, 2017, p. 289)

Essa regra traz consigo implicitamente a ideia da máxima aplicação dos direitos fundamentais, isso porque busca a intervenção menos gravosa para atingir um fim⁴⁶, preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais conflitantes, em especial daquele que sofre a restrição necessária.

Por fim, o último subprincípio denominado "proporcionalidade", em sentido estrito, é entendido como a ponderação em seu sentido literal. Isto é, o grau de interferência de um direito fundamental em outro deverão ser equivalentes, de forma a que o direito fundamental prevalecente deverá ter seu grau de satisfação equivalente ao grau de restrição do direito fundamental preterido, chegando-se a um meio de harmonizá-los.

Entende Carlos Fernando Coruja Agustini:

O terceiro elemento é denominado subprincípio da proporcionalidade, no sentido estrito, e serve para ponderar entre bens, interesses ou direitos. Uma medida legislativa, ao ser editada com a finalidade de proteger, pode, colateralmente, atingir outros bens, interesses ou direitos, protegidos pela Constituição. Esta colisão de direitos, no caso concreto, deve ser objeto de

⁴⁶ Aponta, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 38): "Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido [...]".

uma ponderação de valores e se os direitos limitados contrapostos àqueles propostos pela medida forem de maior valor, esta deve ser considerada inconstitucional [...]. (AGUSTINI, 2009, p.151)

Destarte, acrescenta Chafic Krauss Daher:

A análise da proporcionalidade em sentido estrito exige uma determinação da importância relativa dos direitos ou bens constitucionais envolvidos no conflito, com o desiderato de aferir se o sacrifício imposto a um dos direitos em colisão encontra-se em uma relação razoável ou proporcionada com a importância do direito objeto da proteção, sob pena de inconstitucionalidade. Fixa-se, com isso, a proibição de excesso, com o que a restrição imposta deve ser a menor impossível em função da finalidade a ser alcançada.

[...]

Interessante mencionar que os bens ou direitos em colisão e sujeitos à análise da proporcionalidade em sentido estrito devem estar no mesmo patamar constitucional. Pois somente assim será admissível a imposição de limitações ou restrições a um dos direitos fundamentais em conflito, sob pena de não se admitir a intervenção no âmbito desses direitos. É que um bem ou direito não fundamentado em norma constitucional não se encontra no mesmo nível de proteção dos direitos fundamentais, acarretando a perda da legitimidade justificadora da referida intervenção. Nestes casos, dever-se-á utilizar outros instrumentos ou princípios distintos da proporcionalidade.

[...]

Resta em evidência, portanto, que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por finalidade a análise valorativa e não mais apenas técnica das limitações ou restrições impostas aos direitos fundamentais, sendo imprescindível a existência de equilíbrio entre os benefícios que se pretende obter em relação aos prejuízos eventuais decorrentes da limitação ao direito fundamental ora preterido. (DAHER, 2011, p. 123)

A bem da realidade, busca-se um verdadeiro “meio-termo” entre os princípios/direitos fundamentais em conflito, de forma que nenhum deles perca seu conteúdo normativo e sua eficácia na relação conflituosa. Outrossim, visa garantir uma subsistência mínima e efetiva para o direito fundamental relativizado, dando uma ligeira eficácia ao direito fundamental preponderante.

Nesse sentido, a valiosa observação de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40-41):

Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

[...]

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização

do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.

Do mesmo modo entende Mártin Haeberlin (2018, p. 179), que ainda propõe um método de verificação, como vejamos:

Nesse exame, ponderam-se os meios em relação aos fins, procurando uma relação custo-benefício razoável entre o fim produzido (promoção de um direito fundamental) e o meio escolhido (restrição de outro direito fundamental). Para a adoção de uma medida, no sentido deste subprincípio, deve-se verificar se a adoção da medida não acarretará prejuízo maior que a sua não adoção. A proporcionalidade em sentido estrito é o adjetivo da proporcionalidade, é dizer, a busca do “proporcional”, assemelhando-se à razoabilidade, ainda que dela difira, porquanto estabelece especificamente apenas um termo comparativo entre a gravosidade e o benefício de uma medida.

A verificação da proporcionalidade em sentido estrito aclara-se perguntando: As vantagens do fim são maiores do que as desvantagens do meio? Se sim, a medida passou pelo último teste, podendo ser considerada não afrontosa ao princípio da proporcionalidade.

Contudo, tem posição divergente Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 173), que defende a necessidade de demonstrar o impacto sobre o direito objeto de ponderação:

[...] a pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato *para determinado sujeito*? Trata-se de um *exame concreto-individual* dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da *particularidade* ou *excepcionalidade* do caso individual. Nesse aspecto, não se analisa apenas o *bem jurídico* protegido por um princípio constitucional e nem *a medida em relação a um fim constitucionalmente previsto*, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. Sua aplicação ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional, para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito envolvido. Não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa [...].

Mesmo possuindo uma certa subjetividade na análise, a técnica é, em suma, objetiva, justamente para evitar julgamentos arbitrários e a dar a interpretação efetuada a máxima efetividade possível, conferindo à ponderação feita uma forma justa e adequada ao caso em que há a colisão de direitos fundamentais.

Como foi verificado, o princípio/postulado da proporcionalidade faz toda uma construção lógica para conseguir aplicar a ponderação de modo objetivo, afastando assim uma eventual carga repressiva de um direito fundamental sobre o outro, assim como visa possibilitar a manutenção da máxima efetividade aos direitos fundamentais colidentes, harmonizando assim seus conteúdos normativos.

6 AS PREMISSAS FAVORÁVEIS E O ENFRENTAMENTO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Devidamente abordadas as questões relevantes para entendermos os parâmetros e as consequências de cada lado, passaremos a analisar as premissas favoráveis aos direitos reprodutivos da mulher/gestante e ao direito à vida do nascituro, principalmente com enfoque no panorama trazido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

A seguir, levando-se em conta as premissas trazidas, realizaremos o enfrentamento da colisão objeto de estudo nessa pesquisa.

6.1 As premissas favoráveis aos direitos reprodutivos da mulher/gestante

Sob a égide da mulher, o principal argumento de defesa é a liberdade e autonomia sobre o seu corpo e sobre o momento em que deseja engravidar ou ter uma prole.

O autor da ADPF 442, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), sustenta que a penalização é o principal motivo para o cerceamento do direito reprodutivo da mulher à medida que, em tese, ela teria a imposição da sociedade para ter um filho e, a partir do momento que engravidasse, mesmo sem qualquer intenção, seria obrigada a ter o filho, pois existe um crime relacionado à interrupção voluntária da gravidez. (STF, 2017)

Com isso, ela teria seu direito reprodutivo (garantido constitucionalmente), restringido, principalmente no que tange à liberdade e autonomia, em prol de um ser que, segundo o entendimento do autor, não está constituído e tem a vida supostamente de natureza precária. (Id.)

Além disso, sustenta que a mulher, para ter a sua vontade de não prosseguir com a gravidez indesejada ou inoportuna, deve se submeter à prática de um crime (autoaborto ou aborto permitido por terceiro) ou recorrer a um aborto clandestino, o que colocaria sua vida em risco por ser realizado à margem da sociedade e, muitas vezes, sem o mínimo de segurança clínica e de higiene necessárias para o procedimento. (Ibid.)

Esse fato, segundo o autor e as defensoras dos direitos reprodutivos das mulheres, corresponde a muitas mortes, sendo grande parte delas subnotificadas, além de gerar inúmeros óbitos indiretos, decorrentes das lesões ou do procedimento impactando, de certo modo, no Sistema Único de Saúde. (Ibid.)

O impacto seria relevante, por conta de que a maioria dos abortos clandestinos serem realizados por mulheres em situação de pobreza e que não possuem o nível de acesso adequado ao sistema de saúde público, bem como não têm acesso ao sistema de saúde privado ou de saúde suplementar, sendo sua maioria mulheres negras, indígenas e de baixa escolaridade. (Ibid.)

Outro argumento trazido é a falta de acesso adequado aos métodos contraceptivos modernos e mais eficientes, falta de conscientização do parceiro e falta de incentivo a um meio razoável de informação básica sobre gravidez, contracepção e planejamento.

Ainda, o autor afirma que a mulher deve ter livre o seu direito de ter uma gravidez ou uma gestação, de acordo com a sua vontade, eis que a sua restrição, por qualquer medida, importaria em cerceamento da liberdade e autonomia de seus direitos reprodutivos, sendo o aborto uma opção segura para a mulher, em especial se realizado até a 12^a (décima segunda) semana de gravidez, que possibilita a adoção de um meio mais seguro e eficaz. (Ibid.)

O último argumento relevante se extrai do julgamento do Habeas Corpus 124.306 do Rio de Janeiro de competência da 1^a (Primeira) Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo Relator para o Acórdão foi o Ministro Luís Roberto Barroso. Nesse Acórdão, o referido Ministro fez um teste de proporcionalidade, que destacaremos a seguir no julgado:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício.

[...]

3. Em segundo lugar, 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. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da

mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. **6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. [...]. (STF, 2016, meio digital) (grifo nosso)**

O trecho grifado e ressaltado deixa bem claro o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso e de boa parte da 1ª (Primeira) Turma do Supremo Tribunal Federal, consiste no fato de que a criminalização do aborto é desproporcional e viola a interpretação com base no princípio da proporcionalidade.

Isso porque a criminalização do aborto não impede a sua realização por meios clandestinos (adequação); existem outros modos menos lesivos do que a criminalização, tais como contraceptivos e informação (necessidade); e gerar problemas conexos de ordem social e de saúde pública, em razão da manutenção da ocorrência de mortes, congestionamento do Sistema Público de Saúde com problemas decorrentes da prática clandestina e limitações dos direitos fundamentais da mulher (proporcionalidade em sentido estrito).

A ponderação realizada com base no princípio da proporcionalidade pelo Ministro Luís Roberto Barroso limitou-se aos dados e às discussões internacionais efetuadas sobre o tema, assim como utilizou como elemento balizador a sua opinião, não totalmente descartável, sobre a realidade, ou seja, de natureza totalmente empírica.

Por razões naturais, a opinião - em parte pessoal - do Ministro Luís Roberto Barroso é relevante, porém, de certa forma, ignorou uma fatia da realidade existente no país para basear-se em países que já aceitam o aborto nas circunstâncias propostas e possuem inúmeras premissas diversas das existentes no Brasil.

6.2 As premissas favoráveis ao direito à vida do nascituro

Agora, sob a óptica do direito à vida do nascituro, temos a proposição ligada à defesa da vida, do desenvolvimento saudável do feto/embrião e manutenção da legislação existente.

O direito à vida do nascituro é originado de uma determinação constitucional de proteção à vida e de tudo que dela se origina. Isso destaca a sua importância e relevância no ordenamento jurídico, em especial se considerarmos o fato de que sem vida, não há povo e nem nação. Nessa premissa, o direito à vida ganha um destaque natural face aos outros direitos, vez que ele seria basilar para nos autodeterminarmos como um país.

Em seguida, existe uma norma supralegal, decorrente de um tratado internacional de direitos humanos originário da Organização dos Estados Americanos (OEA), que protege o direito à vida desde a concepção, abrangendo assim o nascituro e todas as formas de evolução do embrião até o efetivo nascimento.

Esse fato já concede o direito à vida a um patamar diferenciado, isso porque a norma regulamentadora do direito reprodutivo da mulher encontra-se em uma lei ordinária, a qual é hierarquicamente inferior.

Além disso, possibilitaria, em tese, a realização do controle de convencionalidade, cabível em caso de incompatibilidade entre norma originada de Tratado Internacional incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, geralmente de caráter supralegal, e a norma infraconstitucional.

A criminalização existente, além de atender ao conteúdo do tratado/convenção internacional firmado e com status de norma supralegal, possui uma baixa punibilidade, que permite a suspensão condicional do processo, o que, em tese, inviabilizaria um efetivo julgamento e abreviando lide penal com um pagamento de multa ou prestação de serviço à comunidade.

A baixa punibilidade, que remete à possibilidade de suspensão condicional do processo, tornou rara a existência de um júri de autoaborto ou aborto com consentimento da gestante, e praticamente despenalizou os crimes citados. Nesse momento, cumpre frisar que a mulher que aceita a suspensão condicional do processo não é tecnicamente considerada condenada e fica com o registro criminal intacto.

Ainda, consta como ponto a favor do direito à vida e contra o aborto a questão do acesso aos recursos públicos de saúde, principalmente os vinculados ao Sistema

Único de Saúde (SUS), que já possui um acesso extremamente limitado para comorbidades simples e comuns em nosso dia a dia.

Não raro, observarmos inúmeras críticas direcionadas ao acesso, ao atendimento, ao fornecimento do básico e ao acesso à terapêutica de ponta pelo SUS, que sofre pela falta de recursos e sua má gestão, o que, por conseguinte, dificulta o acesso do cidadão aos recursos adequados e necessários para o seu tratamento.

Quando o(a) cidadão(ã) consegue o atendimento, muitas vezes meses depois da doença ou do problema enfrentado, sofre também com a demora para a realização de exames básicos e na marcação de uma cirurgia.

Se considerarmos o aborto legal, em detrimento à vida do nascituro, teríamos essa terapêutica incorporada ao sistema, ela conseguiria ser realizada a tempo? Teria o pleno acompanhamento realizado?

Além disso, qual seria o custo dessa realização, se considerarmos que temos uma camada enorme da população feminina na faixa etária capaz de ter uma gestação segura?

Para fins de mera argumentação, as projeções feitas em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) constatou que a população feminina é maior que a masculina, tendo para o ano de 2019 o número de 107.386.830 (cento e sete milhões, trezentos e oitenta e seis mil e oitocentos e trinta) mulheres no Brasil. Em período fértil - compreendido mulheres de 14 a 44 anos - atinge o somatório de 50.164.922 (cinquenta milhões, cento e sessenta e quatro mil e novecentos e vinte e duas) mulheres⁴⁷.

Em termos de valores, atualmente, o SUS paga em média R\$ 443,40 (quatrocentos e quarenta e três reais e quarenta centavos) para a realização de um aborto legal, como aponta o anexo da Portaria 415 de 21 de maio de 2014 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2014)⁴⁸. Isso nos permite imaginar o tamanho do possível impacto financeiro do Sistema Público de Saúde.

⁴⁷ Todos os dados trazidos nesse parágrafo referentes as projeções feitas em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística estão disponíveis para visualização e download no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 20.04. 2020.

⁴⁸ O anexo da Portaria 415 de 21 de maio de 2014 do Ministério da Saúde, voltada para o procedimento interrupção da gestação/antecipação terapêutica do parto previstas em lei e todos os seus atributos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses/Próteses e Materiais Especiais do Sistema Único de Saúde, estão disponíveis para análise no seguinte endereço eletrônico: <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2014/prt0415_21_05_2014.html>. Acesso em: 20.04. 2020.

Cabe mencionar que o procedimento de aborto, mesmo feito em condição clínica regular e de forma legal, não é seguro (VILLELA; MONTEIRO, 2015, p. 535), à medida que é incapaz de se prever os efeitos colaterais: mesmo que mínimos, são existentes e podem culminar no óbito. A bem da verdade, diminui-se apenas o risco, em especial relativo aos efeitos colaterais.

A possibilidade de aborto tolheria um dos princípios mais emblemáticos de nossa República e necessário para manutenção da nossa nação, bem como relegaria, em tese, uma proteção insuficiente ao nascituro que, por via de regra, será saudável, se desenvolverá de maneira plena e terá uma vida normal.

Seguindo essa toada, a limitação do direito à vida do nascituro poderia suscitar um desprestígio à vida e um prêmio, muitas vezes, à irresponsabilidade do casal, uma vez que os métodos contraceptivos e modos de se evitar a gravidez são de acesso público; e tornaria o aborto, de certo modo, um método contraceptivo, gerando impacto no sistema de saúde pelo possível aumento vertiginoso de outras doenças, dentre as quais, as infecções sexualmente transmissíveis.

Por fim, a abertura da possibilidade de aborto até a 12^a (décima segunda) semana poderia culminar no descumprimento do Pacto de São José da Costa Rica, que determina a proteção do ser humano e da vida desde a concepção, podendo o Brasil ser denunciado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isso poderia ocasionar ao Brasil uma série de sanções, em âmbito internacional, assim como poderia sofrer um processo na Corte e sofrer uma condenação que poderia gerar desconforto nas relações internacionais do Brasil e gerar inconvenientes em âmbito interno.

6.3 O enfrentamento da colisão de direitos fundamentais com base no princípio da proporcionalidade

Feito o devido enfrentamento do problema, trazendo os argumentos relevantes de cada um dos direitos fundamentais em conflito, temos de colocar um ponto final no problema e apresentar uma solução, cujo resultado determinará qual direito fundamental deve prevalecer.

Em um primeiro momento, pedimos a devida vênia para discordar do entendimento firmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Não duvidamos de sua

capacidade técnica, intelectual e científica, cuja reputação é enorme, mas temos algumas críticas a tecer.

Com base em estudos estrangeiros e premissas pessoais, o mencionado Ministro fez a ponderação para chegar à conclusão que deveria ser liberado o aborto, ou melhor dizendo, despenalizar os crimes dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

As premissas utilizadas pelo Ministro, apesar de terem um fundamento para os países em que foram feitos, fogem da realidade nacional, que destoa - e muito - do cenário vivido pelos paradigmas.

Isso começa pelo fato de boa parte dos países consultarem a população sobre o tema, como por exemplo Portugal, que realizou ao menos dois referendos sobre o assunto e mesmo assim o resultado teve seus questionamentos.

Por ser uma decisão impactante para a sociedade, o que ao menos se espera é a consulta dela a respeito do tema, dando uma maior legitimidade à medida adotada, haja vista que boa parte da sociedade brasileira, a princípio, seria contra o aborto e uma decisão contrária atenderia apenas uma minoria.

Esse fato, por si só, fragiliza uma eventual decisão tomada.

Outro fato que devemos considerar é a condição socioeconômica e educacional de nosso país em relação aos países que liberaram. Os indicadores dos países que liberaram o aborto em termos econômicos e sociais são muito grandes em comparação ao Brasil, pois ampla maioria são países bem economicamente e com níveis sociais de desigualdade bem menores que o Brasil.

Além disso, são países que a educação possui um grande investimento, tem grande qualidade e tem indicadores altíssimos, nos quais os cidadãos conseguem ter acesso a grandes instituições de ensino e possuem a compreensão básica de direitos, deveres e comportamento social. Ainda, possuem um sistema de saúde, mesmo que privado, minimamente aceitável e acessível, de acordo com sua condição financeira e suas possibilidades.

De outra banda, temos um país com grandes níveis de desigualdades sociais, pessoas com dificuldades de acesso ao básico de saneamento e saúde, com indicadores medianos e baixos, que sofrem para ter acesso ao mínimo existencial. Muitos, para terem uma simples consulta médica, passam meses em filas intermináveis, e moram em locais altamente insalubres.

Nesse mesmo sentido, temos níveis de educação preocupantes, que levam as pessoas a terem dificuldades na compreensão dos próprios problemas, dos seus direitos, de seus deveres e de sua condição social. Infelizmente, temos pessoas que chegam ao ensino médio sem saber ler e sequer escrever.

As realidades são distintas e não guardam muitas semelhanças. É verdade que temos uma camada da sociedade no padrão dos países do comparativo, mas isso é muito menor do que a grande massa da população, que é o maior o público-alvo da liberação do aborto.

A bem da verdade, não há como comparar, nem para justificar um eventual direito. Infelizmente, muitas vezes, cometemos o erro de comparar determinadas coisas e adotar tendências estrangeiras, sem ao menos entendermos e buscarmos solucionar nossa própria realidade.

Seguindo, têm outras premissas que não são relativas à medida em que não temos um número preciso de mortes sobre abortos: temos estimativas, assim como os números não são precisos para mortes decorrentes de abortos clandestinos. O acesso à medicamentos contraceptivos é proporcionado, mesmo tendo suas limitações, bem como as informações necessárias, e vem aumentando ano a ano. Algumas constatações empíricas feitas dependem do jeito em que o problema é observado, melhor dizendo, depende da óptica em que são realizadas tais constatações.

Por essas razões, optamos por afastar o exame feito pelo competentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso e passaremos a fazer a nossa própria análise de proporcionalidade, de forma a chegar um entendimento sobre o tema.

No subprincípio da adequação, devemos ver se a medida se adequa ao fim que se propõe. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 do Supremo Tribunal Federal (ADPF 442/STF) tem como pedido a despenalização dos crimes dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que consistem no autoaborto, permissão para que terceiro o faça e aborto realizado por terceiro com consentimento da gestante, até a 12ª (décima segunda) semana de gravidez.

Sob a perspectiva da mulher, temos garantido os seus direitos reprodutivos, limitando-os apenas parcialmente no que se refere a sua autonomia, pois, após constatada a gravidez, criminaliza o aborto e quaisquer medidas nesse sentido.

Permanecendo intacta sua liberdade reprodutiva, permanecendo seu núcleo essencial preservado.

Na senda do nascituro, temos seu direito à vida garantido na medida que criminaliza o aborto. Contudo, essa proteção é parcial, porque é garantida a possibilidade de aborto para os casos de risco à vida da gestante, gravidez resultante de estupro e feto com anencefalia. Há a proteção do nascituro e do núcleo essencial de seu direito, contudo, com limitações.

Nessa avaliação, entendemos que ambos os direitos são garantidos, tendo suas limitações que preservam o núcleo essencial e permitem que os comandos constitucionais tenham sua eficácia garantida. As medidas são adequadas para o caso, pois se destinam a proteger a vida e dada a imprecisão de dados, podemos entender que se prestam a defender a vida, garantindo um mínimo existencial e freando eventual atitude não pensada.

Passamos à análise sob o enfoque do subprincípio da necessidade, que avalia se a conduta é a única existente e se existem meios eficazes. Essa análise é delicada, pois envolve uma grande discricionariedade na análise do critério, que é extremamente subjetivo.

As medidas menos eficazes que o aborto (que entendemos ser a medida máxima) seriam a adoção de métodos contraceptivos somadas a um serviço eficaz de informação. São medidas mais brandas, realmente, mas não eliminam a possibilidade de efetuar o aborto ou de impedir uma gravidez indesejada.

A experiência comum nos mostra que anualmente o Poder Público vem aumentando o investimento na saúde primária, com foco especial na prevenção⁴⁹. A saúde da mulher tem sido um segmento que vem ganhando mais investimentos: há redes especializadas na promoção de saúde específica para elas⁵⁰.

⁴⁹ Em matéria divulgada no dia 12 de novembro de 2019 no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, foi investido na saúde primária em 2019 a quantia de R\$ 18.300.000.000,00 (dezoito bilhões e trezentos milhões de reais) com incremento de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) para o ano de 2020, tendo como um dos indicadores de avaliação e monitoramento a saúde da mulher. Informação disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45998-governo-investira-r-2-bilhoes-para-incluir-50-milhoes-de-brasileiros-no-sus-2>>.

⁵⁰ Em matéria publicada no dia 08 de março de 2019 no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, foi exposto todo o aparato desenvolvido e todo o modelo de atenção à saúde da mulher, em todas as fases da vida, destinados a promoção e prevenção da saúde da mulher. Constata-se o aumento da estrutura, devido aos investimentos realizado, conforme consta em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45286-sus-cuida-da-mulher-em-todas-as-fases-da-vida>>.

A realização de seminários e campanhas de prevenção às doenças em geral, infecções sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada, vem sendo feitas. Somado a isso, com o desenvolvimento das redes sociais e da informação digital, possibilita o acesso integral e instantâneo às informações básicas de prevenção e cuidados.

Além disso, há uma intensa distribuição de camisinhas, anticoncepcionais, colocação de dispositivo intrauterino e outros métodos contraceptivos, todos gratuitamente, de forma a possibilitar à mulher a prevenção de uma gravidez indesejada e a doenças que coloquem em risco a sua saúde.

É discutível a forma de acesso, mas ele é amplamente distribuído.

Contudo, constata-se que isso não é suficiente para preservar a vida, tendo que manter a criminalização do aborto como forma de evitar um agravamento da saúde, principalmente da mulher, e evitar que a gravidez de forma não planejada se torne algo rotineiro.

A bem da verdade, a criminalização do aborto se revela necessária para garantir que as pessoas, homens e mulheres, sejam responsáveis e evitem doenças e gravidez indesejada. Além de proteger a vida gerada, esse comando ressalta a necessidade de responsabilidade dos cidadãos, estando na lista dos deveres, assim como protege os direitos individuais de todos os envolvidos.

Podemos constatar que as medidas mais brandas são ineficazes para atingir ao fim que se propõe e a criminalização é a medida adequada para evitar a ocorrência do aborto e preservar a vida do embrião/feto.

Passamos à última medida para a ponderação ser devidamente feita: o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, cujo teor propõe a harmonização do conflito com a proporcionalidade devida, qual seja, a preponderância adotada deverá ser na medida da limitação imposta.

A criminalização se mostra adequada para a restrição imposta à autonomia dos direitos reprodutivos, isso porque possibilita a preservação da vida com a proibição do aborto e, em via reversa, possibilita o aborto em caso de risco à vida da gestante, gravidez resultante de estupro e feto com anencefalia.

Com essa faceta, mostra-se a preponderância do direito à vida, no qual concordamos ser um dos princípios mais relevantes da nossa Constituição e para nossa autodeterminação como nação. Outrossim, demonstra que a autonomia

reprodutiva pode ser revertida quando a mulher se encontra em situação vulnerável e é relativizado o direito à vida para permanecer o direito da mulher ou da gestante.

Mas o problema vai além dessa análise, de mitigação de direitos fundamentais, haja vista que o legislador foi preciso ao limitar o direito à vida do nascituro, ao possibilitar hipóteses em que é possível o aborto e não enrijecendo o comando constitucional.

Podemos dizer que a criminalização do aborto acata a norma correspondente ou norma regulamentadora, dando a preferência à vida do nascituro, pois a preservação do direito à vida do nascituro é constitucional e supralegal, enquanto os direitos reprodutivos encontram respaldo na CF e na lei ordinária.

Constata-se que foi respeitada a hierarquia das leis, dando a preferência a quem possui as normas de preferência.

Mostra, ainda, o respeito aos tratados internacionais na medida em que respeita o Pacto de São José da Costa Rica, o qual impõe a preservação do direito à vida desde a concepção, garantindo ao nascituro esse direito.

Pode-se argumentar que existe um julgado que ressalta o direito da gestante e a liberdade reprodutiva da mulher derivada do mesmo dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica, oriunda do caso *Artavia Murillo e outros versus Costa Rica*; contudo, cabe fazer alguns apontamentos.

Trata-se de um caso referente a proibição da fertilização *in vitro* pela Costa Rica, em razão da declaração de incompatibilidade/inconstitucionalidade pela Suprema Corte do Decreto Regulamentar do Poder Executivo, que permitia a realização do procedimento.

Alguns casais que estavam com o procedimento em curso, dentre eles *Artavia Murillo*, tiveram os tratamentos suspensos de forma definitiva, descartando toda a terapêutica até o momento experimentada.

Por esse motivo, ingressaram com uma representação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual houve prosseguimento e culminou com o julgamento do caso.

No julgamento realizado, como bem asseveram Danielle Sales Echaiz Espinoza e Basile Georges Campos Christopoulos (ESPINOZA; CHRISTOPOULOS, 2018, p. 4-5), houve o seguinte entendimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Socorrendo-se ainda de decisões nacionais de países diversos, integrantes ou não do sistema interamericano, chega às seguintes conclusões: 1) o embrião não pode ser considerado pessoa para efeitos da proteção do art. 4.1 da Convenção; 2) o termo “concepção” deve ser entendido como implantação do óvulo fecundado no útero, razão pela qual, antes disso, não se aplica a proteção do art. 4.1; 3) a expressão “em geral” permite inferir que a proteção da vida do nascituro não é absoluta, mas gradual e progressiva, podendo sofrer restrições quando em conflito com os demais direitos convencionais. (CORTE IDH, 2012)⁵¹

Como se observa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu ser cabível a realização da fertilização in vitro, eis que ela não viola a proteção conferida à vida desde sua concepção, pois se entendeu que embrião fora do útero não pode ser considerado pessoa, somente conseguindo essa proteção com a sua implantação ao útero, e firmou o entendimento que o direito à vida seria progressivo e não absoluto.

Em termos gerais, reconheceu que a vida, quando implantada, ganha sua proteção, ou seja, a proteção inicia-se com a implantação, momento em que ocorre a nidação, tendo a criminalização no Brasil adotado esse critério.

Esse critério, já adotado pelo Brasil, somente afirma a posição que o país adota, visto que o direito à vida é relativizado e possui as suas devidas exceções, hipóteses em que o aborto é liberado, desde que atendidos os permissivos legais existentes.

Frisa-se que o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) não conferiu uma liberação geral, mas entendeu que o direito não é absoluto, podendo ser restringido de acordo com a conveniência e oportunidade do país aderente ao Pacto de São José da Costa Rica.

Outrossim, se verificarmos o panorama geral oferecido nesse julgamento, teremos como premissa o incentivo à vida através da possibilidade da realização de fertilização in vitro; ressalta que o embrião in vitro possui uma certa peculiaridade, dado ser resultado de um avanço científico, o que lhe confere um caráter excepcional, à medida que somente lhe confere a proteção com a implantação; e promove a posição já adotada pelo Brasil, em relação ao direito à vida, que pode ser relativizado em situações excepcionais e pontuais, que não prejudicam a proteção conferida pela norma.

⁵¹ A referência apontada na citação é relativa ao julgamento do caso *Artavia Murillo e outros versus Costa Rica* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nessa esteira, a liberação do aborto pode permitir ao cidadão brasileiro uma ideia de supervalorização de direitos, com ampla liberdade, de forma a diminuir o leque de obrigações e deveres, tornando-os ineficazes à compreensão dos cidadãos.

Infelizmente, temos certas tendências em quebrar regras e não saber lidar com as liberdades, transformando-as em abusos de direitos e sensação de impunidade. Em verdade, seria um aval à ampla liberdade e ao descompromisso, podendo representar aos cidadãos, principalmente os de baixa escolaridade e mais simples, que não é necessário ter responsabilidade, pois sua liberdade e autonomia são maiores e suprem isso.

Esse tipo de pensamento poderia colapsar todo um sistema de saúde e representar um aumento vertiginoso das infecções sexualmente transmissíveis a outros tipos de doenças, e se tornar mais um método de evitar uma gravidez indesejada, tornando um aborto algo simples demais para o risco que representa.

Poderia também gerar um caos aos gastos públicos voltados à saúde, uma vez que teria que ser criado um enorme aparato para possibilitar o acesso das mulheres ao aborto em hospitais e aparatos públicos, para que as mulheres usuárias do SUS pudessem realizar o aborto de forma gratuita pelo sistema.

Isso se revela claro pelo fato de a maioria das mulheres que recorrem ao aborto clandestino serem pessoas pobres ou que vivem à margem da sociedade e não conseguem ter acesso a clínicas com o mínimo de qualidade e condições de higiene para realização do procedimento, caso pudesse ser feito regularmente.

A maioria dos procedimentos seria cirúrgico, o que envolve uma grande mobilização de profissionais, insumos e estrutura para sua realização, tendo um grande gasto para um sistema que demora meses por uma consulta de rotina e para realização de cirurgias eletivas e outras mais necessárias e fundamentais para salvar vidas, e não ceifá-las.

Devemos abrir um parêntese para essa situação, pois poderia ser sugerido o aborto químico. Contudo, esse somente é indicado até o segundo mês de gestação, mas, em média, as mulheres descobrem a gravidez entre o primeiro e segundo mês, devido ao atraso da menstruação, ocasião em que fazem o teste e descobrem que estão grávidas.

Mas, para fins mais concretos, o exame no segundo mês de gestação seria o mais eficaz para apontar, vez que é possível atrasar a menstruação por meses sem

ser necessariamente por uma gravidez. Isso caso a mulher possua um controle frequente do seu ciclo menstrual.

Se levarmos em conta que a ampla maioria descobre a gravidez no segundo mês, isso já sustaria a possibilidade do aborto químico; soma-se a isso que para ela ter um acesso à uma consulta pelo SUS, com sorte levaria, ao menos, de 15 (quinze) dias a meses, extrapolando o prazo da 12^a (décima segunda) semana ou 03 (três) meses.

Fora isso, caso possibilitada a realização do aborto, seria afortunada aquela que conseguisse semanas antes da criança nascer, dada a morosidade e precariedade existente no acesso da mulher aos procedimentos constantes do Sistema Único de Saúde. É triste falarmos isso, entretanto, é a mais pura realidade.

Em continuidade, a realização do aborto pelo modo cirúrgico encareceria um Sistema Público de Saúde, que já possui suas próprias mazelas e precariedades, levando ao colapso financeiro e ao aumento da baixa condição já existentes no sistema.

Isso representaria a satisfação de um direito, que pode ser oriundo da falta de responsabilidade de um casal, em troca da vida, da cura ou de uma melhoria que poderia salvar várias pessoas e efetivar o direito à vida delas, princípio maior para todas elas.

Melhor dizendo, o impacto financeiro seria relevante, haja vista que isso poderia importar em um possível aumento de gastos ou no remanejamento de recursos, ocasião em que seria uma espécie de "cobertor curto", situação em que "se cobre um lado descobrindo o outro".

Lembra-se que o Sistema Público de Saúde já utiliza uma fatia de seu orçamento destinado à prevenção, à oferta de métodos contraceptivos e ao acesso à informação e que, mesmo assim, não é suficiente para a conscientização dos cidadãos, tendo que manter a criminalização do aborto para não haver a banalização de uma medida tão severa.

Por esses argumentos, mostra-se que a medida é proporcional e ponderada, atendendo aos fins a que se propõe, sendo a preponderância dada ao direito à vida do nascituro semelhante e proporcional à restrição da autonomia dos direitos reprodutivos da mulher.

Manter o aborto como crime é ainda necessário por falta de fundamentos básicos como educação, conscientização, cultura, condição socioeconômica razoável e acesso ao mínimo existencial de nossos cidadãos, que sofrem com a desigualdade social, falta de responsabilidade (no sentido estrito da palavra) e falta de senso coletivo que auxilia no controle das liberdades individuais.

Na realidade, a liberação do aborto até a 12^a (décima segunda) semana representa os interesses de uma minoria, em grande parte de natureza ideológica, que não representa a maioria da sociedade brasileira e não representa de forma eficaz o público-alvo e as maiores possivelmente interessadas na demanda, qual seja, mulheres pobres ou de baixa classe social.

Atenderia, apenas, a uma possível elite ou camada social mais alta, que poderiam ter acesso a equipamentos hospitalares da melhor qualidade, sem clandestinidade, para realizarem o procedimento de forma mais tranquila e liberal, atendendo da melhor forma os seus anseios.

Isso se revela possível, pois um procedimento de aborto/abortamento seria caro e financeiramente inviável às camadas sociais mais baixas, que teriam de recorrer ao aborto de forma clandestina ou precária, colocando suas vidas em risco novamente. Ou seja, o problema não seria resolvido: ele persistiria.

Atualmente, a punição atribuída aos crimes de autoaborto, aborto com consentimento da gestante e o realizado por terceiro é baixa, sem capacidade de punição efetiva, em razão da possibilidade da suspensão condicional do processo. Isso nos permite concluir que o crime é despenalizado, pois com o pagamento de uma multa, de cestas básicas e cumprimento de serviço à comunidade, entre outras medidas de transação penal, deixa de haver a efetiva condenação e a consequente punição, além de não deixar registros criminais desfavoráveis aos infratores.

Para fins de mera argumentação, se questionado qualquer advogado ou pessoa que trabalha no meio jurídico se já souberam ou já foram a algum Tribunal do Júri de uma gestante que praticou o aborto ou de pessoa que realizou o aborto com consentimento da gestante, pouquíssimas pessoas dirão que já presenciaram: irá beirar a inexistência.

Creemos que para, uma melhor decisão do tema, seria ideal a consulta à população mediante Referendo para saber se são a favor do aborto ou não. Além disso, seriam necessários investimentos relevantes em educação, cultura,

saneamento básico, na estrutura da saúde e todas que fomentem o aumento da condição socioeconômica das pessoas, para que elas tenham condições de opinar sobre o tema e pratiquem condutas que evitam sua exposição ao risco, permitam-lhes usufruir de forma adequada dos seus direitos e saibam cumprir com seus deveres.

Não estamos dizendo que essa sempre será a ponderação a respeito do tema, mas entendemos que temos de percorrer todo o caminho acima para conseguirmos, minimamente, usufruir de tais direitos.

Portanto, revela-se proporcional a ponderação existente que criminaliza o aborto de forma a restringir os direitos reprodutivos da mulher, em especial a questão da autonomia, e propiciar a proteção ao nascituro do seu direito à vida, que possui relevante significado no que tange à autodeterminação de nosso povo, proteção ao princípio fundamental de nossa República, cumprimento integral do tratado internacional de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), proteção à vida em potencial e garantia do direito de desenvolvimento do feto desde sua concepção.

CONCLUSÃO

Ao longo de toda a pesquisa, buscamos analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, e o seu objeto principal, que é a descriminalização dos delitos contidos nos artigos 124 e 126 do Código Penal, referente aos crimes de autoaborto, aborto consentido e realizado por terceiro, quando praticado até a 12ª (décima segunda) semana de gestação.

Para se chegar a uma solução justa e eficaz, a presente demanda enfrentou um questionamento complexo, multifacetado e muito controverso, consistente no conflito de dois direitos fundamentais relevantes: os direitos reprodutivos da mulher versus o direito à vida do nascituro.

Como dito, tais temas despertam um imenso debate, bastante controverso e com opiniões extremamente contrastantes que envolvem, muitas vezes, religião, tendência política, estilo de vida e entre outros fatores subjetivos, mas de igual relevância.

Para facilitar o entendimento do tema e buscar uma reflexão concisa a respeito dele, toda a temática foi abordada detalhadamente, desde o entendimento isolado quanto coletivo de cada especificidade nele contida, de forma a dar um alicerce básico para justificar e sedimentar a conclusão proposta.

O tema é desafiador e desperta um conflito de ideias e ideais, que contrapõem duas realidades distintas, porém ambas com seus aspectos relevantes e com amparo em fundamentos e estudos acerca do assunto.

Como a resposta não é uníssona, utilizou-se uma metodologia de pesquisa que permitisse entender a questão macro do assunto para depois verificar os pormenores e a questão central do tema, consistente no conflito de direitos fundamentais.

Por isso, optamos pelo método dedutivo, desenvolvido através de uma pesquisa básica, de objetivo exploratório, realizado por meio da coleta de dados documentais e bibliográficos, metodologias essas que nos permitiram dar o tratamento adequado a este importantíssimo tema.

A partir da adoção dessa metodologia, foi-nos permitido entender o que é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), principalmente a de número 442, e ter um panorama geral dos crimes de aborto e seus consectários, de forma a entender qual a pretensão inicial desta arguição.

Ainda, permitiu-nos entender o viés principal em jogo, que consiste no conflito de direitos fundamentais da mulher e do nascituro, mais especificadamente dos direitos reprodutivos da mulher em face do direito à vida do nascituro.

Essa é a verdadeira discussão sobre o tema, sendo um singelo verniz a descriminalização dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que permitiria o aborto até a 12^a (décima segunda) semana de gravidez. Isso porque é o resultado desse embate que dará a sustentação necessária para a decisão final a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, para se chegar a uma conclusão justa e um resultado objetivo, deveríamos fazer o enfrentamento da colisão dos direitos fundamentais. Para isso, verificamos a tese existente e observamos que o princípio da proporcionalidade era o elemento balizador para o conflito e seria o pilar para a resposta do conflito de direitos fundamentais.

Por essa razão, buscou-se analisar o que é o princípio/postulado da proporcionalidade e qual o caminho que ele percorre para realizar a ponderação dos direitos fundamentais em colisão, consistente na verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e chegar a uma conclusão de qual direito deverá ter uma preponderância sobre o outro.

Conscientes do caminho a ser percorrido, passamos a avaliar as premissas que justificam a prevalência dos direitos reprodutivos da mulher e os mesmos foram avaliados em relação ao direito à vida do nascituro. Levantadas essas hipóteses, conseguimos vislumbrar qual o fator fundamental que justifica a prevalência para cada um dos direitos em conflito.

Ato contínuo, com o entendimento firmado de todas as variantes do tema, fora efetuada a ponderação, abordando de forma objetiva e fundamentada o tema, com base em posicionamentos jurídicos e dados fáticos, trazendo a cada etapa os devidos apontamentos que amparam ao final a ponderação feita.

No juízo de proporcionalidade efetuado, concluímos que deveria prevalecer o direito à vida do nascituro, sendo esse direito fundamental que ocasionaria menos danos ao ordenamento jurídico, principalmente em sua sistemática, e a sua prevalência permitiria a preservação do núcleo essencial do direito reprodutivo da mulher, mantendo sua efetividade e seu objeto de proteção.

Entendemos que o direito à vida possui uma prevalência maior, dado ao seu conteúdo essencial, até mesmo por questões de ordem natural, e ser mais harmônico com o arcabouço jurídico existente tanto no nível constitucional quanto no infraconstitucional.

A essência do direito à vida do nascituro possui uma dupla proteção: a primeira no comando constitucional e a segunda de caráter suprallegal, o que já é, em certo ponto, maior que a proteção existente ao direito reprodutivo da mulher, que possui a previsão constitucional e outra de natureza infraconstitucional.

Isso já seria suficiente para ter uma resposta efetiva para o tema, mas a pesquisa foi além ao demonstrar que o direito à vida não é absoluto; e quando ele entra em conflito com um direito igualmente relevante, ele pode ser mitigado - como já o é - através das hipóteses que permitem a prática do aborto, geralmente ligada à saúde e à vida da mulher.

Ainda no campo jurídico, a criminalização do aborto não representa efetivamente uma certeza de punição nem é severa a ponto de reprimir sua prática, pelo fato de os crimes dos artigos 124 e 126 do Código Penal possuírem penas baixas que permitem a suspensão condicional do processo (o que, para fins práticos, não importaria na realização de um júri, visto que são crimes contra a vida), e nem em uma condenação, cujo resultado seria a mácula de seu histórico criminal.

Podemos dizer que ele é despenalizado e a reprimenda não se mostra tão nociva ao ponto de propor, de modo eficaz, uma punição propriamente dita que coloque a mulher em uma situação de desequilíbrio ou em uma situação extremamente desfavorável.

Indo além do campo jurídico, demonstrou-se que tem um viés social, haja vista que poderia dar ao cidadão a incorreta impressão de que inexistiria qualquer dever dele em relação à sociedade, tornando o aborto algo banalizado de modo a chegar a compará-lo como um novo método contraceptivo.

Justifica-se essa afirmação dado o baixo nível de compreensão dos cidadãos brasileiros, em especial os que estão em situação de vulnerabilidade social, cuja compreensão do tema, devido ao nível de educação, encontram-se à margem do adequado, facilitando a incorreta percepção e compreensão do fato.

Soma-se a isso a dificuldade do acesso das mulheres mais vulneráveis ao Serviço Público de Saúde em virtude da morosidade do sistema, principalmente no

acesso à consultas, exames e insumos, e à falta de estrutura para facilitar o atendimento das necessidades delas.

Já no campo econômico, a dificuldade seria no acesso dessas mulheres ao tratamento e à terapêutica adequada para ter o mínimo de segurança no procedimento. A principal barreira estaria no valor, eis que as mulheres das camadas mais vulneráveis mal têm acesso à Saúde Pública básica, oxalá terem condições de arcar com a saúde privada ou da rede suplementar.

A rede pública infelizmente já sofre com a dificuldade de atender a demanda existente, muito por conta do excesso de pessoas no sistema, infraestrutura abaixo do adequado e má administração dos recursos existentes.

A título exemplificativo, seria capaz de a mulher não conseguir ter acesso a um exame básico para a gravidez, às vezes necessário para determinar se é caso de aborto ou não, dentro do marco proposto na ADPF.

Infelizmente, a realidade se mostra mais dura do que a fria letra da Lei.

Em termos gerais, o objetivo da pesquisa foi cumprido à medida que expôs todas as premissas e realidades existentes, trouxe os conceitos básicos de todos os dados utilizados e sopesados para chegar à resposta proposta.

A partir de tudo que foi apresentado, concluímos que a pesquisa e o seu consequente resultado foram plenamente justificados, possibilitando uma análise minuciosa dos institutos que serão fundamentais para o deslinde do problema apresentado.

Por esse motivo, verificamos que a ponderação realizada seguiu fielmente os passos que o princípio da proporcionalidade determina para firmar a harmonização dos direitos fundamentais colidentes: deve prevalecer o direito à saúde do nascituro, permanecendo apenas as exceções existentes nos crimes dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que permitem o aborto por motivos relevantes (risco à vida e saúde da gestante; gravidez resultante de estupro e gravidez de feto com anencefalia).

Outrossim, os fatores jurídicos, sociais e econômicos são condizentes com a preponderância do direito à vida, levando-se em conta que a restrição imposta por esse direito fundamental não suprime o núcleo essencial do direito reprodutivo da mulher, preservando a sua eficácia, garantindo sua aplicabilidade e existência em comum, bem como atende a sistemática existente em torno do tema, sendo suficiente para atender aos anseios sociais.

Por fim, o resultado da presente pesquisa deu-se a partir dos elementos existentes e nas premissas aventadas. Isso não descarta a possibilidade de uma conclusão diversa caso haja novos fatos, novos entendimentos ou nova interpretação a respeito do tema, de forma a criar uma mudança no patamar existente, que leve a prevalecer o direito reprodutivo da mulher e libere o aborto até a 12^a (décima segunda) semana de gravidez.

Contudo, isso fica restrito ao futuro, pois o presente cenário torna muito difícil um resultado diverso do que foi encontrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. **O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamento excepcional**. Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati. 2009. 367 p. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2009.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. In: CESÁRIO, João Humberto. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. UNISUL de Fato e de Direito, v. 14, p. 75-108, 2017.
- ALMEIDA, Silmara Juny. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ARAÚJO, Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 33-48, maio/jun. 2007. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/20132828_ANDT_artigo_tutelanascituro_Rodolfo.pdf>. Acesso em: 26 jan. /2020.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito, objetivo e diferença**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a re-definição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.
- BARRETO, Clara. **Segundo Ministério da Saúde, quase metade dos jovens brasileiros não usam camisinha**. 2018. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/segundo-ministerio-da-saude-quase-metade-dos-jovens-brasileiros-nao-usa-camisinha/>>. Acesso em: 18 out. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de direito administrativo, v. 232, p. 141-176, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. v. 34, n. 34, p. 275-291. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1994.
- BRASIL. Decreto-Lei de nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, publicado no DOU de 31.12.1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei de nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941, publicado no DOU de 03.10.1941. **Lei das Contravenções Penais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto de nº 678, de 06 de Novembro de 1992, publicado no DOU de 09.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Lei de nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995, publicado no DOU de 27.09.1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto de nº 1.904, de 13 de Maio de 1996, publicado no DOU de 14.05.1996. **Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei de nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996, publicado no DOU de 15.01.1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil - Enunciados Aprovados de ns. 1 a 137.** 2016. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%201%20A%20137.pdf/view>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Decreto de nº 9.795, de 17 de Maio de 2019, publicado no DOU de 20.05.2019 e republicado em 21.05.2019. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Saúde, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9795.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei de nº 9.434, de 04 de Fevereiro de 1997, publicado no DOU de 05.02.1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei de nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999, publicado no DOU de 11.11.1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei de nº 9.882, de 03 de Dezembro de 1999, publicado no DOU de 06.12.1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei de nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, publicado no DOU de 11.01.2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo.** Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. 24 p.

BRASIL. Portaria de nº 415, de 21 de Maio de 2014 do Ministério da Saúde. **Inclui o procedimento interrupção da gestação/antecipação terapêutica do parto previstas em lei e todos os seus atributos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses/Próteses e Materiais Especiais do SUS.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2014/prt0415_21_05_2014.html>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Lei de nº 13.105, de 16 de Março de 2015, publicado no DOU de 17.03.2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Governo investirá R\$ 2 bilhões para incluir 50 milhões de brasileiros no SUS.** 2019. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45998-governo-investira-r-2-bilhoes-para-incluir-50-milhoes-de-brasileiros-no-sus-2>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **SUS cuida da mulher em todas as fases da vida.** 2019. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45286-sus-cuida-a-mulher-em-todas-as-fases-da-vida>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BUDEL, Diego G. O. **Direitos Fundamentais: Dimensões e redimensionamentos perante o protagonismo da solidariedade.** Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 209, 2017.

CAMPOS, Álisson Thiago de Assis; ANDRADE, Gleydson Ferreira. **A força normativa do Pacto de San Jose de Costa Rica frente ao ordenamento jurídico brasileiro.** Athenas - Revista de direito, política e filosofia, v. I, p. 20-33, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 1992. In: OLIVEIRA, Vanessa Batista. **A regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade na hermenêutica constitucional**. Revista Espaço Acadêmico (UEM), v. 10, p. 62-68, 2010.

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.

CESÁRIO, João Humberto. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. UNISUL de Fato e de Direito, v. 14, p. 75-108, 2017.

CHINELATO, Silmara Juny. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 1999. In: TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito brasileiro**. São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&q=TARTUCE%2C+F.+A+situa%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADdica+do+nascituro%3A+uma+p%C3%A1gina+a+ser+virada+no+Direito+brasileiro.&btnG=&lr=>>> Acesso em: 26 jan. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação história dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito, objetivo e diferença**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica**. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n. 257. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

DAHER, Chafic Krauss. **Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais trabalhistas: a eficácia horizontal nas relações de trabalho**. Orientador: Jayme Benvenuto Lima Júnior. 2011. 150 p. Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMARCHI, Clóvis. A dignidade humana como fundamento para a positivação dos direitos fundamentais. In: Clovis Demarchi; Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; Pedro Manoel Abreu. (Org.). **Direito, Estado e sustentabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Intelecto Editora, 2016, v. 1, p. 29-44.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (Fertilização in vitro) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.** Pensar - Revista De Ciências Jurídicas, v. 23, p. 1-11, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil:** responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação:** doutrina e jurisprudência. Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil,** volume 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro,** volume 1: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HAEBERLIN, Martín. **Revisitando a Proporcionalidade:** da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. Revista da AJURIS - Associação Dos Juizes Do Rio Grande Do Sul, v. 45, p. 165-199, 2018. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/839/Ajuris145DT7.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2020.

HESS, Heliana Maria Coutinho. SILVEIRA, Rodolfo Mazzini. **Interpretação constitucional no Brasil.** Coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Interpetacao_constitucional_no_Brasil.pdf>. Acesso em 24 abr. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Projeções da população.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal,** 2º volume: Parte especial; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade:** entre a técnica e o princípio. Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. 169f. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6352/1/Renato%20Braz%20Mehanna%20Khamis.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

- LEITE, Luciana Wolf. **Direitos sexuais e reprodutivos e o histórico de submissão da mulher**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 6, n. 1, 2012. p. 30-45.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade**: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367>>. Acesso em: 20 abr. 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p82-94>.
- MARQUES, Maria Júlia. **Por que os jovens não usam camisinha?** 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/13/por-que-os-jovens-nao-usam-camisinha.htm>>. Acesso em: 19 out. 2019.
- MARTINS, Núbia Sanches. **Direitos sexuais e reprodutivos**: poder, autonomia e direitos humanos das mulheres. In: Anais do V Seminário Enlaçando Sexualidades, v. 1, 2017. ISSN 2238-9008. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA5_ID951_19062017210430.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 4.^a ed. São Paulo: Método, 2012. vol. 2.
- MATTAR, Laura Davis. **Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales**: un análisis comparativo con los derechos reproductivos. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 5, n. 8, p. 60-83, June 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004>.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília: 1999; n.7, v.1. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1057/1041>>. Acesso em: 29 jan. 2020.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de; MARTINS, Flávio Alves. **O controle de convencionalidade e os diálogos interjurisdicionais com a corte interamericana de direitos humanos**. Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN; Coordenadores: Eduardo Manuel Val, Haideer Miranda Bonilla – Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 244-259.

OLIVEIRA, Vanessa Batista. **A regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade na hermenêutica constitucional**. Revista Espaço Acadêmico (UEM), v. 10, p. 62-68, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Direitos humanos das mulheres**. A equipe das Nações Unidas no Brasil. Julho de 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ARAÚJO, Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 33-48, maio/jun. 2007. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/20132828_ANDT_artigo_tutelanascituro_Rodolfo.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2020.

PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria. **Direitos Humanos a partir de uma perspectiva de gênero**. Revista da Procuradoria Geral de São Paulo, São Paulo: Centro de Estudos, n. 53, p. 107-139, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **A mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 2, 2004. p. 39-44.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Convenção americana de direitos humanos (1969) (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019.

RONDON, Gabriela. **Descriminalização do aborto no STF: a argumentação da ADPF 442**. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia, p. 4 - 4, 30 ago. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, V.1. Parte geral. 34. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Marco André Couto. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: limites e finalidades do instituto no direito constitucional brasileiro**. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Cursos de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4854/1/arquivo7214_1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SANTOS JÚNIOR, Sirval Martins dos; PAZÓ, Cristina Grobério. **Entre o aborto e o direito à vida: os direitos da personalidade em jogo**. 2017. Disponível em: <<http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/Parte-2-17-Entre-o-aborto-e-o-direito-a-vida-Sirval-Santos-Ju%CC%81nior-e-Cristina-Pazo%CC%81.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Conceito de direitos e garantias fundamentais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2020.

SIMON, Henrique Smidt. **A natureza jurídica dos tratados de direitos humanos: a incompatibilidade sistêmica da suprallegalidade e a necessidade de revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 42, 2013. p. 99-120.

SOUZA, Estella Libardi de. **Sexualidade(s) e Direitos Humanos: “casos difíceis” e respostas (corretas?) do judiciário**. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. ANAIS. Fortaleza: UFC, 2010, p. 4905-4917.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial 1.415.727 Santa Catarina (REsp 2013/0360491-3)**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 04/09/2014, DJ 29/09/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=38476255&tipo=91&nreg=201303604913&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140929&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso em Mandado de Segurança 47.582 Minas Gerais (RMS 2015/0030772-0)**. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 19/05/2015, DJ 30/06/2015. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205223364/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-47582-mg-2015-0030772-0/relatorio-e-voto-205223371>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial 1629423 São Paulo (REsp 629423/SP)**. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, Julgado em 06/06/2017, DJ 22/06/2017. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Inteiro-Teor-9694-22-06-2017-1.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial 1.779.441 São Paulo (REsp 2018/0299750-0)**. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 20/08/2019, DJ 13/09/2019. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/255645462/stj-08-08-2019-pg-8701?ref=breadcrumb>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 84.025-6 Rio de Janeiro (HC 84025)**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 04/03/2004, DJ 25-06-2004 PP-00004 EMENT VOL-02157-02 PP-00329 RTJ VOL-00191-02 PP-00624. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal (ADIN)**. (2008a). Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgado em 29/05/2008, DJe-096 Divulg 27-05-2010 Public28-05-2010 Ement Vol 02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Especial (REsp 466343)**. (2008b). Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Julgado em 03/12/2008, Repercussão Geral - Mérito DJe-104 Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-06 PP-01106 RTJ Vol-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF nº. 54)**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-080, Divulg 29-04-2013, Public 30-04-2013. RTJ VOL-00226-01 PP-00011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro (HC 84025)**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, Processo Eletrônico DJe-052 Divulg 16-03-2017 Public 17-03-2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (ADPF nº. 442)**. (2017). Processo número único: 0002062-31.2017.1.00.0000. Relator(a): Min. Rosa Weber, Concluído ao Relator em 12/05/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito brasileiro**. São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&q=TARTUCE%2C+F.+A+situa%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADdica+do+nascituro%3A+uma+p%C3%A1gina+a+ser+virada+no+Direito+brasileiro.&btnG=&lr=>>>. Acesso em: 26 jan. 2020.

_____. **Direito civil**, 1: Lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral – vol. 1. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIEIRA JÚNIOR, Luiz Augusto Mugnai. **Os debates em torno da ilegalidade do aborto**: da luta pela autonomia reprodutiva feminina à esfera legal dos projetos de leis. Revista Tempo e Argumento, [S.l.], v. 6, n. 11, p. 423-460, maio 2014. ISSN 2175-1803. Disponível em: <<http://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180306112014423>>. Acesso em: 20 mar. 2020. doi: <https://doi.org/10.5965/2175180306112014423>.

VILLELA, Wilza Vieira; MONTEIRO, Simone. **Gênero, estigma e saúde**: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do HIV/aids entre mulheres. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 24, n. 3, p. 531-540, set. 2015. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742015000300019&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 abr. 2020.