



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
BACHARELADO EM DIREITO**

**JULIANA PARENTE GOUVÊA**

**LIMITES À PROTEÇÃO DA VIDA:  
UMA ANÁLISE À LUZ DO CRIME DE ABORTO**

Salvador  
2020

**JULIANA PARENTE GOUVÊA**

**LIMITES À PROTEÇÃO DA VIDA:  
UMA ANÁLISE À LUZ DO CRIME DE ABORTO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal da Bahia, como requisito  
para obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientador: Professor Doutor Eduardo Viana

Salvador  
2020

## **AGRADECIMENTOS**

A conclusão do curso de graduação em direito representa uma importante conquista acadêmica e pessoal.

Agradeço, a priori, aos meus amados pais, Jucélia e Dielson, por todo amor, incentivo e suporte incondicionais dedicados a mim.

Ao meu irmão Vitor, pelo apoio e cumplicidade.

A toda a minha família pela torcida e carinho.

Aos amigos que estiveram presentes ao longo dessa trajetória.

Ao meu orientador, professor Eduardo, pela disponibilidade, compreensão e interesse dispensados nesse processo.

A Universidade Federal da Bahia e seus professores pela qualidade do ensino ao qual tive acesso.

GOUVÊA, Juliana Parente. **Limites À Proteção Da Vida: Uma Análise À Luz Do Crime De Aborto.** Orientador: Professor Doutor Eduardo Viana. 2020. 70 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2020.

## **RESUMO**

A criminalização do aborto realizado nas primeiras doze semanas de gravidez é incompatível com os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. A prevalência do direito à vida inerente ao feto em detrimento dos direitos à liberdade, à igualdade, à saúde e ao planejamento familiar titularizados pelas gestantes é desarrazoada. Tal entendimento é fomentado pelo precedente da ADPF nº 54 e pelas decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais da Alemanha, dos Estados Unidos e de Portugal. Nesse sentido, a ADPF nº 442 suscita a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal. Conforme se depreende dos argumentos presentes em ambas as arguições e nos julgamentos internacionais, verifica-se a legitimidade do STF para realizar o controle de constitucionalidade da lei infraconstitucional, bem como a ausência de proporcionalidade da norma penal que tipifica o aborto praticado no primeiro trimestre de gravidez.

**Palavras-chave:** Aborto. Criminalização. Inconstitucional. Preceitos fundamentais.

GOUVÊA, Juliana Parente. **Limits to the Protection of Life: An Analysis Based on the Crime of Abortion.** Advisor: Professor Doctor Eduardo Viana. 2020. 70 f. Monograph (Bachelor of Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2020.

### **ABSTRACT**

The criminalization of abortion performed in the first twelve weeks of pregnancy is incompatible with the fundamental precepts guaranteed by the Federal Constitution of 1988. The prevalence of the right to life inherent to the fetus to the detriment of the rights to liberty, equality, health and family planning that belong to pregnant women is unreasonable. Such understanding is fostered by the precedent of ADPF No. 54 and by the decisions made by the Constitutional Courts of Germany, the United States and Portugal. In this sense, ADPF No. 442 calls for the declaration of partial non-receipt of articles 124 and 126 of the Penal Code by the Federal Constitution. As can be seen from the arguments present in both lawsuits and in international trials, the STF's legitimacy to carry out the constitutionality control of the infraconstitutional law is verified, as well as the lack of proportionality of the penal rule that typifies the abortion practiced in the first trimester of pregnancy.

**Keywords:** Abortion. Criminalization. Unconstitutional. Fundamental precepts.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS RELATIVAS AO ABORTO.....</b>	<b>8</b>
2.1	ABORTO NA ALEMANHA.....	8
2.2	ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS.....	12
2.3	ABORTO EM PORTUGAL.....	18
<b>3</b>	<b>ABORTO NO BRASIL.....</b>	<b>25</b>
3.1	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: ADPF Nº 54.....	29
3.2	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: ADPF Nº 442.....	37
<b>4</b>	<b>OBJEÇÕES AOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO.....</b>	<b>43</b>
4.1	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ADPF.....	43
4.2	A REGRA DA PROPORCIONALIDADE.....	47
4.2.1	A análise da adequação.....	50
4.2.2	A análise da necessidade.....	54
4.2.3	A análise da proporcionalidade em sentido estrito.....	57
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A interrupção voluntária da gravidez é um tema polêmico, alvo de interesse de diversos debates morais, religiosos, científicos e jurídicos realizados ao longo da história. As variadas controvérsias atinentes ao aborto envolvem a imposição social de um papel maternal intrínseco à natureza feminina, a sacralização da vida humana em desenvolvimento, a divergência relativa ao momento em que se inicia a vida e o dissenso acerca da necessidade de intervenção penal para tutelar o bem jurídico vida intrauterina.

Em que pese a influência de concepções morais e doutrinas religiosas, a criminalização do aborto no Brasil é legitimada pelo objetivo de proteger o direito constitucional à vida no âmbito intrauterino.

Em virtude da violação de preceitos fundamentais inerente à criminalização do aborto, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 no Supremo Tribunal Federal. O pedido constante na inicial consiste na declaração, pelo STF, da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez realizada nas primeiras doze semanas de gestação.

Para melhor elucidar a discussão acerca da descriminalização do aborto praticado no período inicial da gestação, é conveniente a análise do precedente jurisprudencial consubstanciado na ADPF nº 54. No referido julgamento, o Plenário do STF julgou procedente o pedido contido na petição inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A exposição dos argumentos contrários e favoráveis à descriminalização do aborto procedido no primeiro trimestre de gestação, no âmbito da ADPF nº 442, permite um exame multidimensional da matéria. No mesmo sentido, uma considerável parte dos fundamentos aduzidos pelos ministros do STF, em sede da ADPF nº 54, podem ser utilizados para fomentar a tese defendida na ADPF nº 442.

Da mesma maneira, o estudo das experiências internacionais relacionadas à interrupção voluntária da gravidez fornece um parâmetro comparativo de análise. Os julgamentos que influenciaram nas atuais posições das Cortes Constitucionais de países desenvolvidos, a exemplo da Alemanha, de Portugal e dos Estados Unidos, revelam uma tendência progressista no que se refere à descriminalização do aborto.

O presente trabalho tem como tema os limites à proteção da vida sob a análise do aborto. A pesquisa delimita-se a examinar a criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências no que se refere à violação de direitos fundamentais inerentes às mulheres. Para tanto, utiliza-se do método indutivo de abordagem, bem como dos métodos de procedimentos bibliográfico e documental.

O problema que se busca responder neste trabalho diz respeito à pertinência da criminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gestação e,

portanto, à recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, defende-se a hipótese de que a incidência penal na interrupção voluntária da gravidez perpetrada até a décima segunda semana após a concepção é desproporcional e incondizente com os preceitos constitucionais. Nessa toada, inclina-se pela declaração de não recepção parcial dos artigos impugnados.

O tema escolhido é pertinente e justificável em decorrência das repercussões sociais, médicas e sanitárias da criminalização do aborto no Brasil. O fomento de procedimentos abortivos inseguros e de suas respectivas complicações representa um problema de saúde pública. Adotada pela maioria dos países desenvolvidos, a legalização da interrupção voluntária da gravidez realizada no período inicial da gestação encontra respaldo na CF/88 e se mostra efetiva na redução dos índices de mortalidade materna.



## 2 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS RELATIVAS AO ABORTO

A tutela dos direitos do nascituro é um tema bastante controverso. A rigidez do tratamento dispensado ao tema é variável. Fatores como cultura, costumes, moral e influência religiosa são determinantes para a análise do modo com o qual os Estados lidam com a questão da proteção da vida intrauterina.

Nesse sentido, posições radicais como considerar o embrião “um homem já formado” passível de tutela através dos tipos de homicídio, ou como permitir o aborto até o momento do nascimento, são cada vez mais escassas na comunidade internacional. De acordo com Roxin<sup>1</sup>, o fato de a vida do Homem já nascido ser o valor mais elevado do ordenamento jurídico impede a ausência de alguma proteção à vida em formação. Do mesmo modo, não se deve igualar ambas as situações, já que o embrião ainda não constitui um homem completo e que a simbiose com o corpo materno pode gerar conflitos de interesses.

As legislações da maioria dos países se posicionam de forma intermediária, condicionando a realização do aborto ao tempo de gestação, devendo haver recomendações médicas e psicológicas à gestante, ou à ocorrência de eventuais perigos à saúde da mulher, de danos ao embrião, gravidez oriunda de estupro e idade demasiadamente jovem da genitora.

### 2.1 ABORTO NA ALEMANHA

Em 1974, o Bundestag alemão adotou o chamado “critério temporal”, o qual pregava a impunidade do aborto realizado por um médico, a pedido da gestante, nas doze primeiras semanas de gestação<sup>2</sup>. Tal critério era mais flexível que o “critério da indicação”, segundo o qual o procedimento abortivo durante o mesmo período seria punível, salvo em determinadas circunstâncias médicas e éticas. Em oposição à referida decisão, foram ajuizadas diversas ações constitucionais que culminaram no julgamento de 1975.

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 167/168.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Mundo Jurídico, p. 12. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao\\_do\\_aborto\\_e\\_constituicao\\_daniel\\_sarmento.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2020.

Nesse julgamento, referido como caso Aborto I, o BVerfG declarou o “critério temporal” inconstitucional por considerá-lo um entrave ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessarte, posicionou-se de forma contrária à tese de que a vida só deveria ser tutelada após o nascimento, alegando que o feto é um ser humano em formação, digno de proteção constitucional. Ademais, afirmou que, muito embora o direito à autodeterminação das gestantes seja relevante, este deve ceder ao direito à vida do feto, o qual tem prevalência durante toda a gestação, não podendo ser relativizado por um período específico.<sup>3</sup>

Nesse interim, em 1976, a legislação foi modificada, adotando um novo critério da indicação. A punição do aborto tornou-se a regra, contemplando quatro exceções, quais sejam a existência de uma indicação médica, a ocorrência de um estupro, a evidência de danos graves no embrião ou a comprovação de que a gestante dispõe de condições sociais e econômicas críticas.<sup>4</sup>

Posteriormente, com a unificação da Alemanha, no início dos anos 90, foi preciso editar uma nova norma sobre o tema, já que, na Alemanha oriental, o aborto realizado no primeiro trimestre de gestação era legalizado. Nesse intuito, foi redigida uma nova legislação em 1992, a qual legalizou a prática abortiva nos primeiros três meses de gravidez, desde que a gestante passasse por um serviço de aconselhamento três dias antes do procedimento. Tal medida visava dissuadir as mulheres de forma educativa, fornecendo informações e assistência.<sup>5</sup>

A norma unificada foi alvo de ação constitucional na BVerfG, a qual proferiu a decisão conhecida como Aborto II. No referido julgamento, a Corte entendeu que apesar de os embriões serem dotados de dignidade humana, a proteção da vida intrauterina não foi elevada a patamar superior ao de outros valores constitucionais, não constituindo, portanto, um direito absoluto. Dessa forma, declarou a inconstitucionalidade da legalização do aborto na fase inicial da gestação, salvo em casos em que a continuidade da gravidez representasse um ônus desarrazoado à

---

<sup>3</sup> Uma versão em inglês da decisão pode ser encontrada em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528\\_2bvf000290en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html)>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>4</sup> HILGENDORF, Eric. Introdução ao Direito Penal da Medicina. São Paulo. Editora: Marcial Pons, 2019, p. 108.

<sup>5</sup> GOLDBERG, Deborah L. Developments in German Abortion Law. UCLA Women’s Law Journal, 1995, p. 540. Disponível em: <<https://escholarship.org/content/qt1qc614gm/qt1qc614gm.pdf?t=mlqop2>>. Acesso em: 04 set. 2020.

mulher, ou fosse decorrente de indicações médicas, criminológicas, embriopáticas, psicológicas ou sociais.<sup>6</sup>

De mais a mais, a decisão fez referência ao caráter fortemente intervencionista do Direito Penal, compartilhando do entendimento de que este não deve ser necessariamente o meio primário de proteção legal e de que sua aplicação precisa estar de acordo com o princípio da proporcionalidade. Por fim, a Corte posicionou-se a favor de outros meios extrapenais de proteção ao nascituro, fomentando medidas educacionais e assistencialistas em detrimento da punição da gestante que aborta injustificadamente<sup>7</sup>. Tal tratamento conferido ao aborto indica que “o direito não aprova positivamente a ação, antes se mantém neutro perante ela, guardando-se de uma valoração jurídico-objetiva e entregando essa tarefa, em exclusividade, à consciência ética do agente.”<sup>8</sup>

Destarte, em 1995, o parlamento alemão editou uma nova legislação em conformidade com a decisão da BVerfG<sup>9</sup>. Houve a autorização das práticas abortivas realizadas até as doze primeiras semanas de gestação, desde que precedidas de aconselhamento profissional, constituindo um critério temporal modificado<sup>10</sup>. A obrigatoriedade de comparecimento a agências de aconselhamento representou, por um lado, a conferência de poder decisório à gestante e, por outro, a sua subordinação a um procedimento compulsório.

Em relação à tipificação e regulação do aborto na legislação alemã, as normas dos §§218 ss. StGB tutelam o bem jurídico vida a partir da nidação, a qual teria início no décimo quarto dia após a concepção. Métodos contraceptivos que visam a não implantação do ovócito no útero, a exemplo do dispositivo intrauterino (DIU) e da “pílula do dia seguinte”, não são passíveis de punição<sup>11</sup>. Como preconiza o artigo 218.º do Código Penal Alemão, o conceito da vida intrauterina tem início com a

---

<sup>6</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de jurisprudência internacional. 2019, p.01/02. Disponível em:

<<fhttp://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa1Abortoatualizada18022019.pdf >> . Acesso em: 19 ago. 2020

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 13/14.

<sup>8</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6, p.402.

<sup>9</sup> HILGENDORF, Eric. *Op. Cit.* P. 108.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* P. 168.

nidação e, neste sentido, “os atos cujos efeitos ocorram antes da nidação não são considerados aborto.”<sup>12</sup>

A pena aplicada ao crime de aborto de acordo com o §218 StGB é de restrição de liberdade de até três anos ou multa<sup>13</sup>. Caso o delito seja cometido pela própria gestante, a pena máxima aplicável é de um ano de prisão. Todavia, caso o aborto seja realizado até a 22ª semana de gestação e após uma consulta médica, a grávida não é punida. O mesmo ocorre se o juiz considerar que a gestante estava em situação de intensa aflição no momento do crime.<sup>14</sup>

De mais a mais, o início do parto representa a linha divisória entre a vida humana em desenvolvimento e o ser humano já formado. De acordo com o BGH, tal momento seria marcado pela entrada da gestante em trabalho de parto. Com relação ao parto cirúrgico, existem duas posições divergentes, sendo a primeira de que o início do parto ocorre com a abertura da cavidade abdominal; e a segunda de que o parto se inicia com a ministração da anestesia. Nesse sentido, provocar a morte do nascituro antes do começo do parto configuraria aborto, enquanto o falecimento provocado posteriormente a esse marco temporal configuraria homicídio.<sup>15</sup>

Conforme análise dos debates e julgamentos ocorridos na Alemanha, percebe-se que a discussão relativa ao aborto no ordenamento jurídico do país possui amparo na prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e na “proteção gradual da vida a partir da nidação”. A imposição do aconselhamento prévio compulsório e da espera entre o comparecimento à agência e o efetivo procedimento abortivo demonstra, ao mesmo tempo, o interesse do Estado na tutela da vida em formação e o conservadorismo referente à credibilidade conferida às decisões das gestantes.

De forma semelhante, os Estados Unidos também optaram pela descriminalização do aborto praticado no primeiro trimestre de gravidez. A análise dos julgamentos ocorridos no país e de seus respectivos argumentos é determinante para

<sup>12</sup> Tradução livre em: “Acts whose effects occur before nidation is completed are not deemed to be a termination of pregnancy within the meaning of this statute.” German Criminal Code, Section 2018, Abortion. Disponível em: << [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1957](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1957)>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>13</sup> Tradução livre em: “Whosoever terminates a pregnancy shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine”. German Criminal Code. Section 218, Abortion. Disponível em: << [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal\\_code\\_germany\\_en\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf)>>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>14</sup> HILGENDORF, Eric. *Op, Cit.* P. 111.

<sup>15</sup> *Ibidem.* P. 114.

solidificar o entendimento favorável à não incidência da norma penal sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada nas doze primeiras semanas de gestação.

## 2.2 ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos da América, a modificação do posicionamento do Estado em relação ao aborto, bem como a sua regulação, ocorreram a partir de um ativismo judicial<sup>16</sup> consubstanciado no julgamento do caso *Roe v. Wade*<sup>17</sup>. A ausência de previsão constitucional sobre o tema promoveu, ao mesmo tempo, a não interferência estatal no sentido de proibir a realização do procedimento e a não obrigação de viabilizar a prestação desse serviço por meio da rede de saúde pública.

Em 1973, durante o julgamento do referido caso, a Suprema Corte norte-americana decretou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que limitava a legalização da prática abortiva a casos em que houvesse risco de vida à gestante<sup>18</sup>. No mérito, foi firmado o entendimento de que o direito à privacidade englobaria a faculdade de a mulher decidir pela interrupção ou prosseguimento da gravidez.<sup>19</sup>

Dessarte, a vigência dessa legislação foi considerada um óbice ao pleno direito à privacidade da mulher, o qual foi reconhecido pela Suprema Corte em 1965, no julgamento do caso *Griswold v. Connecticut*<sup>20</sup>. Ademais, a 14ª Emenda da Constituição Americana<sup>21</sup>, mencionada na decisão proferida<sup>22</sup>, veda expressamente a execução, por parte de seus Estados, de leis que restrinjam os privilégios e

---

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 05/06.

<sup>17</sup> 410 U.S 113, 93 S.Ct. 705 (1973). *Roe v. Wade*. Disponível em: << <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 05/06.

<sup>19</sup> Legal Information Institute (LII), Cornell Law School, Abortion. Disponível em: << <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/section-1/abortion>>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>20</sup> 410 U.S 113, 93 S.Ct. 705 (1973). *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>21</sup> Emenda 14, Seção I: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Disponível em: << <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>22</sup> 410 U.S 113, 93 S.Ct. 705 (1973). *Op. Cit.* p.152/153.

imunidades dos cidadãos estadunidenses; que os privem de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal; ou que os neguem proteção legal igualitária.<sup>23</sup>

A decisão proferida, contudo, ressaltou o caráter condicionado do direito à privacidade, o qual deve ser alvo de ponderação, sobretudo quando presentes interesses estatais de grande importância<sup>24</sup>. Assim, a existência de outros bens jurídicos legítimos como a saúde e a proteção à vida em desenvolvimento fundamentam a necessidade de regular os parâmetros para a realização do aborto em determinado momento da gestação. Nesse sentido, o Tribunal asseverou serem justificáveis as regulações que limitam o direito à privacidade somente quando envolvidos importantes interesses estatais.<sup>25</sup>

Surge, dessa forma, o marco dos trimestres<sup>26</sup>, sistema por meio do qual o direito à privacidade da gestante era gradativamente menos respeitado à medida em que o feto se desenvolvia. No primeiro trimestre o aborto foi autorizado irrestritamente, prevalecendo a decisão da mulher. No segundo trimestre, o Estado poderia regulamentar o exercício do direito à prática abortiva para preservar a saúde da mulher. Com relação ao terceiro trimestre de gestação, foi estabelecido que os Estados poderiam criminalizar a prática abortiva, notadamente por ser esse o momento em que o nascituro passa a estar apto à vida extrauterina, tornando-se titular do direito à vida.<sup>27</sup>

Ainda em 1973, o caso *Doe v. Bolton*<sup>28</sup> teve como marco inicial a edição de uma Lei do Estado da Georgia que condicionou a realização do aborto à ocorrência de risco à saúde da gestante, à má formação do feto ou à gravidez decorrente de estupro<sup>29</sup>. A Lei ainda exigia a apresentação de um comprovante de residência no Estado da Georgia e que o procedimento abortivo fosse efetivado em um hospital

---

<sup>23</sup> Tradução livre em: “nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Disponível em: << <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>24</sup> 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973). *Op. Cit.*, p. 153/154.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 442, Petição inicial, p. 15/16. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>27</sup> 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973). *Op. Cit.*, 163/164.

<sup>28</sup> 410 U.S. 179 (1973). *Doe v. Bolton*. Disponível em: <[https://law2.wlu.edu/deptimages/powell%20archives/70-40\\_DoeBolton.pdf](https://law2.wlu.edu/deptimages/powell%20archives/70-40_DoeBolton.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>29</sup> 410 U.S. 179 (1973). *Op. Cit.*, p. 04/05.

credenciado após o deferimento de um comitê de médicos e aprovação de mais dois profissionais de saúde.<sup>30</sup>

A Suprema Corte, de acordo com o precedente do caso *Roe v. Wade*, declarou que o direito constitucional da mulher ao aborto não é incondicional<sup>31</sup>. Sustentou ainda que a gestante deve ter direito à interrupção voluntária da gravidez se esta for considerada, pelo médico, necessária à saúde da gestante, de acordo com o seu melhor juízo clínico<sup>32</sup> e à luz da idade da paciente e de suas circunstâncias físicas, emocionais, psicológicas e familiares.

Ainda segundo a decisão, a necessidade de autorização de um comitê de médicos, bem como a obrigatoriedade de apresentar um comprovante de residência foram consideradas inconstitucionais por violação à *Due Process Clause*<sup>33</sup>, estabelecida na 14ª Emenda Constitucional<sup>34</sup>, a qual veda a restrição de direitos do paciente e a distinção entre cidadãos residentes e não residentes. Também foi considerada inconstitucional a exigência de que dois médicos consentissem com o procedimento, notadamente diante da ausência de conexão racional com as carências das pacientes e do óbice que tal mandamento representaria ao livre exercício da profissão de médico<sup>35</sup>.

Em 1976, a decisão oriunda do caso *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* entendeu ser inconstitucional a obrigatoriedade da anuência do pai da criança para a realização do aborto<sup>36</sup>. A exigibilidade do consentimento dos pais em caso de gestantes menores de idade no primeiro trimestre de gravidez foi igualmente considerada inconstitucional<sup>37</sup>. Tal posicionamento baseou-se no precedente do caso *Roe v. Wade*, cuja sentença asseverou que o Estado não poderia delegar a autoridade de evitar o aborto a qualquer agente diferente do médico e da própria mulher nos primeiros três meses de gestação<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. Cit.* P. 05.

<sup>33</sup> 410 U.S. 179 (1973). *Op. Cit.*, item 04.

<sup>34</sup> 14ª Emenda Constitucional Americana, Section 1. Disponível em: << <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=015/llsl015.db&recNum=739> >>. Acesso em: 22 ago. 2020.

<sup>35</sup> 410 U.S. 179 (1973). *Op. Cit.* P. 180.

<sup>36</sup> 428 U.S.52. (1976). *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*. Item 04. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>37</sup> *Ibidem.* Item 05.

<sup>38</sup> *Ibidem.* Item 05.

Em *Harris v. McRae*<sup>39</sup>, a Suprema Corte firmou a orientação de que a liberdade de escolha conferida às mulheres no que se refere à realização do aborto não deve implicar no reconhecimento de um direito constitucional aos recursos financeiros necessários para fazer uso de todas as opções de procedimentos abortivos disponíveis no sistema de saúde. Dessa forma, em que pese o Estado não possa criar obstáculos ao direito à privacidade das gestantes consubstanciado no poder de decisão, ele não deve ser responsável pelo afastamento de óbices preexistentes que não sejam de sua própria criação.<sup>40</sup>

A indigência, portanto, foi considerada um fator independente da atuação estatal. Consequentemente, a pouca ou nenhuma condição financeira da gestante não poderia ser utilizada como argumento para alegar que a ausência de subsídios destinados a procedimentos abortivos representaria uma violação aos preceitos constitucionais. O Tribunal asseverou que a legislação discutida garantiria o mesmo direito à liberdade de escolha que as gestantes consideradas indigentes teriam se o Congresso tivesse optado por não subsidiar custos da saúde de qualquer natureza.

Em 1992, no julgamento do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>41</sup>, a Suprema Corte Americana foi confrontada sobre a pertinência da decisão proferida no caso *Roe v. Wade*<sup>42</sup>. Nesse sentido, o marco dos trimestres foi rechaçado<sup>43</sup> enquanto critério para a realização do aborto, sendo proposto um novo parâmetro consistente na vedação aos obstáculos indevidos ao direito de abortar. Desse modo, foi estabelecido que Leis Estaduais não poderiam criar barreiras desnecessárias que levassem a um fardo excessivo e dificultassem o acesso e a prática do aborto pelas gestantes interessadas.<sup>44</sup>

Muito embora o direito ao aborto permanecesse garantido constitucionalmente, a decisão conferiu maior flexibilização ao parâmetro dos trimestres e permitiu que legislações estaduais fizessem restrições ao aborto nos primeiros trimestres da gravidez, notadamente quando o feto já estivesse apto à vida extrauterina<sup>45</sup>. Além disso, previu a possibilidade de o Estado impor medidas

---

<sup>39</sup> 448 U.S. 297 (1980). *Harris v. McRae*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/297/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>40</sup> *Ibidem*. Item 2, letra b.

<sup>41</sup> 505 U.S. 833 (1992). *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>42</sup> *Ibidem*. Letra a.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Letra b.

<sup>45</sup> *Ibidem*. Letra c e d.



destinadas a persuadir as mulheres a levar a gestação a termo, dentre as quais figuram o aconselhamento compulsório e o tempo de espera entre o *consent provision* e a realização do procedimento.<sup>46</sup>

Em *Stenberg v. Carhart*<sup>47</sup> (2000), a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de uma lei do estado da Nebraska que vedava a realização de qualquer *partial birth abortion*<sup>48</sup>, salvo em casos em que este fosse imprescindível para salvar a vida da gestante. O referido procedimento era um dos métodos abortivos possíveis no segundo trimestre de gravidez e consistia na retirada, pelo médico, de parte do feto ou de sua inteireza, ainda vivo, pelo canal vaginal, antes do efetivo abortamento<sup>49</sup>. A legislação estadual não previa exceção para casos em que o específico método fosse necessário para garantir a saúde da mulher sob o argumento de que existiriam outras alternativas seguras disponíveis.<sup>50</sup>

No referido julgamento a Suprema Corte entendeu que a proibição do *partial birth abortion*, sobretudo sem excepcionar os casos necessários à garantia da saúde da gestante, violava os princípios da Constituição Federal conforme interpretados nos precedentes *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>51</sup>. Nessa toada, a vedação legal de um dos métodos possíveis de realização do aborto no segundo trimestre de gestação, mesmo que pouco usual, iria de encontro ao direito de escolha da mulher e criaria obstáculos desnecessários à realização do procedimento abortivo.<sup>52</sup>

A decisão, contudo, não foi unânime e não encerrou o debate envolvendo o risco do *partial birth abortion*, tampouco a comparação entre os métodos abortivos *dilatation and evacuation* (D&E) e *dilatation and extraction* (D&X)<sup>53</sup>. Nesse contexto, o Congresso norte-americano aprovou, em 2003, o chamado “Partial Birth Abortion Ban Act”<sup>54</sup>, que proibiu a técnica de interrupção tardia da gravidez alvo do caso *Stenberg v. Carhart*, salvo em casos em que o procedimento fosse necessário para salvar a vida da gestante.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*. Item 05.

<sup>47</sup> 530 U.S. 914 (2000). *Stenberg v. Carhart*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/99-830P.ZS>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>48</sup> *Ibidem*. P. 01.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*. P. 02.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Parágrafo primeiro.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*. Letra a.

<sup>54</sup> Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003. Disponível em: << <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/3> >>. Acesso em: 22 ago. 2020.

A constitucionalidade da legislação foi declarada pela Suprema Corte norte-americana, em 2007, no julgamento do caso *Gonzales v. Carhart*<sup>55</sup>. Como fundamento do *Partial Birth Abortion Act*, o Congresso asseverou que, contrariamente a esse Tribunal no caso *Stenberg v. Carhart*, não era necessário aceitar as conclusões factuais do Tribunal Distrital.<sup>56</sup> Ademais, destacou que o *partial birth abortion* consistia num método abortivo grotesco e desumano sob o ponto de vista médico, moral e ético, devendo ser vedado pelo ordenamento jurídico.<sup>57</sup>

No caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*<sup>58</sup> foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, cujo teor estabelecia onerosas restrições à operação de clínicas especializadas em procedimentos abortivos.<sup>59</sup> Foi sustentado que a imposição do regramento teria levado ao fechamento de metade das clínicas dessa natureza existentes no Estado, sem qualquer indicação sobre o propósito das restrições no que se refere à saúde da população.<sup>60</sup> De mais a mais, a vigência de regras como a que determinou que as clínicas abortivas seguissem os mesmos padrões de centros cirúrgicos ambulatoriais provocaria um considerável aumento no valor do procedimento, tornando o aborto inacessível para muitas mulheres.<sup>61</sup>

Dessa forma, a Suprema Corte asseverou que legislações estaduais que tragam restrições à prática abortiva sob o argumento de tutela da saúde da mulher devem demonstrar que tal medida efetivamente cumpre esse papel<sup>62</sup>. Deve haver, portanto, a comprovação de umnexo causal entre a lei e o interesse estatal, legitimado através do custo benefício que a legislação restritiva traria para a população.<sup>63</sup>

De acordo com os julgamentos dos casos mais relevantes envolvendo a temática do aborto nos Estados Unidos, pode-se extrair que a Suprema Corte norte-americana conferiu certa autonomia aos Estados para legislar sobre o assunto. Nesse

---

<sup>55</sup> 550 U.S. 124 (2007), *Gonzales v. Carhart*. Disponível em: << <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/05-380>>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> 579 U.S. (2016), *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. Disponível em: << [https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274\\_new\\_e18f.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274_new_e18f.pdf)>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> Harvard Law Review. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, p. 404. Disponível em: << [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/397-406\\_Online.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/397-406_Online.pdf)>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

sentido, o parâmetro dos trimestres deu lugar à imposição do aconselhamento compulsório e da espera entre a consulta e a realização do aborto, de modo semelhante ao que ocorre na Alemanha.

No tocante ao aconselhamento compulsório, Siegel critica a imposição de uma visão eminentemente conservadora da mulher, a qual envolve obrigatoriamente a maternidade, a vida doméstica e o sentimentalismo que interfere na capacidade decisória.<sup>64</sup> De acordo com a professora, a imposição legal do aconselhamento às gestantes que desejam abortar reforça uma ideia paternalista sobre o sexo feminino que vai de encontro aos preceitos constitucionais<sup>65</sup>. Ao obrigar uma mulher a ser aconselhada antes de decidir sobre o aborto, o legislador pressupõe que ela não seria capaz de tomar uma decisão acertada sozinha, o que, por si só, reforça o estereótipo de gênero<sup>66</sup>.

O uso de medidas extrapenais de proteção ao feto também foi uma política adotada pelo legislador português. O exame das principais decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional lusitano corrobora com a tese favorável à descriminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez.

### 2.3 ABORTO EM PORTUGAL

Em Portugal, a discussão acerca das liberdades sexuais e reprodutivas no plano normativo somente foi objeto de pauta na década de 80, quando da aprovação da Lei nº 6/84<sup>67</sup>. Em 1984, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da referida legislação, a qual previa a possibilidade de se praticar o aborto em determinadas circunstâncias. Houve, portanto, a exclusão da ilicitude do procedimento abortivo em casos de perigo de vida ou de lesão à saúde física ou psíquica da gestante, feto com má formação e gravidez resultante de estupro.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> SIEGEL, Reva B. The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions. 2007, p.1036/1038 Disponível em: <<[https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=fss_papers) >> . Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> PORTUGAL. Lei nº 6/84. Diário da República n.º 109/1984, Série I de 1984-05-11. Disponível em: <<<https://dre.pt/pesquisa/-/search/385266/details/normal?jp=true%2Fen> >>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>68</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 15.

Através do Acórdão 25/84<sup>69</sup>, o Tribunal Constitucional lusitano manifestou-se no sentido de que, em que pese a proteção do direito à vida do nascituro esteja prevista e garantida pela Constituição, essa não pode se sobrepor aos direitos fundamentais de uma pessoa já nascida.<sup>70</sup> Sustentou ainda que o conflito entre bens jurídicos tutelados envolvendo um ser humano em formação e outro já formado não poderia ter a mesma solução que aquele abrangendo dois indivíduos já concebidos e autônomos, razão pela qual o ordenamento jurídico português nunca equiparou o crime de aborto ao de homicídio<sup>71</sup>. Por fim, asseverou que a ponderação de interesses realizada pelo legislador é legítima, notadamente quando em consonância com o princípio da proporcionalidade.<sup>72</sup>

O mesmo posicionamento foi reiterado no Acórdão 85/85<sup>73</sup>, por meio do qual o Tribunal Constitucional português manteve o entendimento de que a importância da tutela do direito à vida intrauterina, enquanto parte do bem jurídico vida não deve implicar na igualdade absoluta de tratamento entre o feto e o homem já nascido.<sup>74</sup> Nesse sentido, foi suscitado que os direitos fundamentais, dentre os quais o direito à vida, são de titularidade de pessoas na qualidade de sujeitos, não sendo aplicáveis, diretamente e em sua inteireza, ao nascituro.<sup>75</sup>

Posteriormente, a Lei 90/97<sup>76</sup> alterou os prazos relativos à exclusão da ilicitude nas hipóteses legais de interrupção voluntária da gravidez. O prazo estipulado para situações em que o feto tivesse má formação ou doença incurável passou das dezesseis para as primeiras vinte e quatro semanas de gestação.<sup>77</sup> O prazo válido para casos de gravidez decorrente de violência sexual, por sua vez, passou das doze

<sup>69</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 25/84. Diário da República n.º 80/1984, Série II de 1984-04-04, p. 2982/2996. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/file/67604599>>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 15.

<sup>71</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 25/84. *Op. Cit.* P. 2990.

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 85/85. Disponível em: <<[https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/reprohealth/portugal\\_1985\\_acordao\\_85.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/portugal_1985_acordao_85.pdf)>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 16.

<sup>76</sup> PORTUGAL. Lei nº 90/97. Diário da República n.º 174/1997, Série I-A de 1997-07-30. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/conteudo/144792>>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>77</sup> KUAN, Ngai In. A interrupção da gravidez: motivação da República Portuguesa e da República Popular da China. 2014. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa- UAL, Lisboa. Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário. Disponível em: <<<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/736/1/Disserta%20a7%20da%20gravidez-Motiva%20a7%20da%20Rep%20Portuguesa%20e%20da%20Rep%20Popular%20.pdf>>>. Acesso em: 24 ago. 2020. p. 24.

para as dezesseis semanas iniciais de gestação<sup>78</sup>. Os procedimentos necessários à garantia da realização do procedimento abortivo nas condições permitidas por lei foram estabelecidos pela Portaria nº 189/98<sup>79</sup>.

Por meio do Acórdão nº 288/98<sup>80</sup>, o Tribunal Constitucional, em face de controle preventivo de constitucionalidade, validou uma proposta de referendo cujo teor tratava da despenalização do aborto realizado até a décima semana de gestação em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.<sup>81</sup> O procedimento estaria fora das exceções previstas em lei e dissociado de motivação específica, abrangendo todos os casos em que a prática abortiva fosse uma vontade manifesta da gestante.<sup>82</sup>

A decisão proferida foi fundamentada com base no entendimento firmado nos Acórdãos de nº 25/84 e 85/85, sendo novamente arguida a questão relativa à prevalência dos direitos fundamentais da gestante quando em conflito com o direito à vida do nascituro.<sup>83</sup> O Tribunal manifestou-se no sentido de que a rigidez do ordenamento jurídico com relação à tutela do direito à vida do ser humano em formação aumenta progressivamente à medida em que o feto se desenvolve e se aproxima do nascimento<sup>84</sup>.

Conforme asseverado por Fernando Silva, a vida intrauterina tem diferentes níveis de desenvolvimento, cujos valores se diferenciam em termos qualitativos e quantitativos, sendo dispensável a tutela enquanto o feto não goza de estrutura cerebral plenamente formada<sup>85</sup>. É ainda ressaltado no Acórdão que tal concepção possui respaldo no “sentimento jurídico coletivo”<sup>86</sup>, de modo que o grau de reprovabilidade social quanto à realização do aborto é aumentado conforme a gestação evolui.

De acordo com a decisão, o juízo socialmente enraizado da proteção gradual da vida, “que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma

---

<sup>78</sup> PORTUGAL. Lei nº 90/97. *Op. Cit.* P. 3930.

<sup>79</sup> PORTUGAL. Portaria nº 189/98. Diário da República n.º 68/1998, Série I-B de 1998-03-21. Disponível em: << <https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/interrupcao-voluntaria-da-gravidez/portaria-n-18998-publicado-a-21-de-marco-pdf.aspx> >>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>80</sup> PORTUGAL. Acórdão 288/98. Diário da República n.º 91/1998, 1º Suplemento, Série I-A de 1998-04-18. Disponível em: << <https://dre.pt/application/conteudo/666482> >>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 16/17.

<sup>82</sup> PORTUGAL. Acórdão 288/98. *Op. Cit.* P. 02.

<sup>83</sup> *Ibidem.* P. 18/19.

<sup>84</sup> *Ibidem.* P. 20.

<sup>85</sup> SILVA, Fernando. Direito penal especial crimes contra as pessoas, 3.ª edição (revista e atualizada). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011, ISBN 978-972-724-563-5. P. 209.

<sup>86</sup> PORTUGAL. Acórdão 288/98. *Op. Cit.* P. 20.

comunidade cultural alargada que encontra a sua expressão na União Europeia, encontra-se bem refletido na legislação dos países que a compõem (...).<sup>87</sup> Nesse sentido, o Acórdão faz referência ao ordenamento jurídico alemão<sup>88</sup>, o qual, assim como prevê o Código Penal português, tutela o direito à vida do nascituro a partir da nidação, endossando a tendência do marco temporal modificado.

O referendo nacional, cuja legalidade e constitucionalidade foram reconhecidas no Acórdão nº 288/98, teve abstenção superior a 50%, com participação de apenas 31,9% dos eleitores inscritos.<sup>89</sup> De acordo com o art. 115º, n.11 da Constituição da República Portuguesa, “o referendo só tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento<sup>90</sup>”, cabendo à Assembleia da República discorrer sobre a decisão no referido caso<sup>91</sup>. Dos cidadãos participantes, 50,9% foram contrários à despenalização do aborto, por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas de gestação, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, enquanto 49,1% foram favoráveis<sup>92</sup>. O debate foi marcado pela contraposição entre o valor do direito à vida do nascituro e a autodeterminação da gestante, culminando na manutenção legislativa da criminalização do aborto.

Em 2002, o grupo parlamentar do Partido Comunista Português apresentou à Assembleia da República o projeto de lei nº 1/X, cujo teor versava sobre a descriminalização do aborto e suas implicações positivas no que se refere ao combate à clandestinidade.<sup>93</sup> Para embasar a tese defendida, o projeto apresentou dados quantitativos relativos aos últimos anos anteriores à data da apresentação. De acordo com esses dados, estima-se que foram realizados entre vinte a quarenta mil abortos clandestinos em Portugal anualmente, acrescentando que aproximadamente nove mil gestantes portuguesas viajaram à Espanha para realizar o procedimento em clínicas privadas ao longo dos seis últimos anos<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*. P. 20/21.

<sup>88</sup> *Ibidem*. P. 14.

<sup>89</sup> FREIRE, André. Os referendos de 1998: ensinamentos para a próxima consulta popular. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: <<<https://pt.monedidiplo.com/spip.php?article400>>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

<sup>90</sup> Disponível em: <<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

<sup>91</sup> KUAN, Ngai In. *Op. Cit.* P. 40/41.

<sup>92</sup> FREIRE, André. *Op. Cit.*

<sup>93</sup> KUAN, Ngai In. *Op. Cit.* P. 36/37.

<sup>94</sup> *Ibidem*. P. 31.

Em 2007, foi realizado um segundo referendo relativo à descriminalização do aborto, o qual reproduziu a mesma pergunta do ocorrido em 1998.<sup>95</sup> Precedido por uma forte campanha midiática e contando com um maior número de eleitores, o novo referendo teve um resultado diferente do anterior, tendo 59,25% dos participantes votado favoravelmente à descriminalização do aborto até a décima semana de gestação<sup>96</sup>. A vitória da corrente defensora do direito à prática abortiva deveu-se, em grande parte, à maior visibilidade conferida pelos meios de comunicação, à manifestação favorável por parte de pessoas socialmente respeitadas e ao tratamento do aborto como uma questão de saúde pública.<sup>97</sup>

Apesar de ter contado com maior número de votantes quando comparado ao ocorrido em 1998, o referendo de 2007 também não alcançou a quantidade necessária para gerar o efeito vinculativo<sup>98</sup>. No entanto, o legislador lusitano seguiu a orientação por ele apresentada, de modo que a Assembleia da República decretou a alteração do Código Penal pátrio através da Lei nº 16/2007<sup>99</sup>. A lei aprovada acrescentou a alínea “e” ao artigo 142º do diploma legislativo, determinando a descriminalização do aborto em casos de realização, por opção da mulher, nas dez primeiras semanas de gestação.<sup>100</sup>

Ainda de acordo com a Lei nº 16/2007, o estabelecimento de saúde oficial onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez deverá garantir a realização de uma consulta prévia obrigatória e o cumprimento do período de reflexão de três dias entre o aconselhamento e o procedimento abortivo<sup>101</sup>. A intenção do legislador, de maneira semelhante ao que ocorre na Alemanha, seria fornecer informações necessárias à formação da decisão da gestante, além de desestimular a medida, transfigurando-a como uma conduta extrema. Nesse sentido, a gestante deve obter

---

<sup>95</sup> *Ibidem*. P. 42.

<sup>96</sup> Mapa Oficial nº 01/2007. Comissão Nacional de Eleições, 23 de fevereiro de 2007. Resultados do referendo nacional de 11 de fevereiro de 2007. Diário da República, 1.a série — Nº 43 — 01 de março de 2007. Disponível em: <<[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/resultados\\_rn\\_1\\_2007.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/resultados_rn_1_2007.pdf) >>. Acesso em: 26 ago. 2020

<sup>97</sup> RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. Revista Direito GV, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 358-379, mai. 2017. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68946/66544>>. Acesso em: 15 nov. 2020. P. 367/368.

<sup>98</sup> *Idem*.

<sup>99</sup> PORTUGAL. Lei nº 16/2007. Diário da República n.º 75/2007, Série I de 2007-04-17. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/conteudo/519464> >>. Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>100</sup> *Idem*.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>101</sup> *Idem*.

conhecimento sobre as condições de efetuação da interrupção da gravidez, sobre o apoio fornecido pelo Estado caso decida prosseguir com a gestação e sobre a disponibilidade de acompanhamento psicológico e social durante o período de reflexão<sup>102</sup>. No que tange a referida imposição, Figueiredo Dias asseverou que:

Sob pena de a exigência necessária da consulta de aconselhamento se tornar sem sentido e mesmo absurda, ela é exigida como condição da justificação porque o legislador concluiu, sem necessidade de ulterior e mais lata confirmação, que à opção pela interrupção da gravidez presidiu uma situação de conflito que põe de novo em causa interesses da mulher constitucionalmente relevantes e dignos de proteção e aos quais a ordem jurídica entende conferir prevalência, observados que sejam determinados (e rigorosos) pressupostos procedimentais, máxime, a consulta de aconselhamento obrigatória.<sup>103</sup>

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde o aval dos genitores pode ser suprimido judicialmente ou por decisão médica<sup>104</sup>, a interrupção voluntária da gravidez por menores de idade, em Portugal, pressupõe o consentimento do representante legal, ascendente ou, na sua falta, de quaisquer parentes em linha colateral<sup>105</sup>. Contudo, a Lei 16/2007 ressalta que, na impossibilidade de obtenção do consentimento e mediante urgência da efetivação do aborto, o médico deve decidir sobre sua realização ou não.<sup>106</sup>

De mais a mais, foi determinado que os médicos e profissionais de saúde atuantes nos estabelecimentos especializados em interrupção voluntária da gravidez devem estar vinculados ao dever de sigilo profissional.<sup>107</sup> Na mesma toada, os referidos trabalhadores possuem o direito à objeção de consciência relativo a quaisquer atos que envolvem o procedimento abortivo.<sup>108</sup> Desse modo, profissionais que, por questões pessoais ou crenças religiosas, recusem-se a atuar em determinado caso, devem encaminhar a gestante a outro especialista capacitado.

<sup>102</sup> RUBIO-MARÍN, Ruth. *Op. Cit.* P. 369.

<sup>103</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo I. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2061-2, p.264.

<sup>104</sup> Planned Parenthood Federation of America (PPFA). Parental Consent and Notification Laws. Disponível em: << <https://www.plannedparenthood.org/learn/teens/stds-birth-control-pregnancy/parental-consent-and-notification-laws> >>. Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>105</sup> PORTUGAL. Lei nº 16/2007. *Op. Cit.* P. 2417.

<sup>106</sup> *Idem.*

<sup>107</sup> *Idem.*

<sup>108</sup> *Idem.*



Através do Acórdão 75/2010<sup>109</sup>, o Tribunal Constitucional Português reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 16/2007 e das soluções por esta consagradas, de modo que foi mantida a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, realizada até a décima semana de gestação, assentada apenas no desejo da gestante.<sup>110</sup> A decisão também entendeu não ser arbitrária a vedação legal relativa à participação, na consulta prévia, de um médico que tenha manifestado objeção de consciência em realizar o aborto.<sup>111</sup>

Diante do exposto, conclui-se que o direito português confere uma tutela gradual ao direito à vida do nascituro, à medida em que este se desenvolve. Em que pese o direito à autodeterminação da mulher seja prevalente quando em conflito com o direito à vida intrauterina, tal preponderância não é absoluta, devendo ser regulada de acordo com marcos temporais. Por fim, o aconselhamento compulsório representa um limite à arbitrariedade, mas também um resquício da influência religiosa e do ideal conservador na legislação lusitana.

---

<sup>109</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. Diário da República n.º 60/2010, Série II de 2010-03-26. Disponível em: << <https://dre.pt/application/conteudo/2670436>>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>110</sup> RUBIO-MARÍN, Ruth. *Op. Cit.* P. 370.

<sup>111</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.* P. 15596/15597.

### 3 ABORTO NO BRASIL

No Brasil, a tipificação da prática abortiva como crime foi prevista, pela primeira vez<sup>112</sup>, no Código Criminal do Império de 1830<sup>113</sup>. Presente no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, na seção de infanticídio, o delito consistia na interrupção voluntária da gravidez realizada com o auxílio de terceiro, não sendo criminalizada a conduta do autoaborto. De acordo com o referido Diploma Legal, o consentimento da gestante era irrelevante no que se refere à criminalização do aborto, tendo significância somente para fomentar o aumento da pena aplicada. Veja-se:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.  
 Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas.  
 Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.  
 Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.  
 Penas - dobradas.<sup>114</sup>

A ausência de previsão legal referente à prática do autoaborto reflete uma inclinação liberal do Estado. A criminalização do aborto realizado por terceiro, nos termos dos artigos 199 e 200 do Código Criminal do Império, pressupunha a intervenção estatal para tutelar a integridade corporal da mulher, notadamente diante das agressivas técnicas de interrupção voluntária da gravidez descritas nos livros de medicina da época.<sup>115</sup> Por outro lado, os procedimentos abortivos realizados pela própria gestante eram considerados parte de sua esfera privada e, sendo assim, lícitos.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> CASTELBAJAC, Matthieu de. Aborto Legal: Elementos Sociohistóricos para o Estudo do Aborto Previsto por Lei no Brasil. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 10, n. 3 p. 39-72 nov. 2009/Fev. 2010. P. 43. Disponível em: << <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/90042/92823>>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

<sup>113</sup> BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>>. Acesso em: 02 set. 2020.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> CASTELBAJAC, Matthieu de. *Op. Cit.* P. 43

<sup>116</sup> *Ibidem*.

Posteriormente, o Código Penal Republicano de 1890<sup>117</sup> tipificou o aborto praticado pela própria gestante, prevendo uma atenuação da pena caso o motivo da intervenção fosse a salvaguarda da sua honra. Foi prevista ainda uma exceção à criminalização do aborto realizado por terceiro, concernente na realização do procedimento por um médico ou parteira para salvar a vida da gestante. Nesse caso, o profissional seria penalmente responsabilizado se, em razão de imperícia ou negligência durante a prática abortiva, provocasse a morte da parturiente. Observe-se:

CAPITULO IV  
DO ABÔRTO

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:  
No primeiro caso: – pena de prisão cellular por dous a seis annos.  
No segundo caso: – pena de prisão cellular por seis mezes a um na no.  
§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocalo, seguir-se a morte da mulher:  
Pena – de prisão cellular de seis a vinte e quatro annos.  
§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:  
Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prissão cellular por um a cinco annos.  
Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.  
Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:  
Pena – de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação.<sup>118</sup>

Importa registrar que, conforme previsão do Código Penal Republicano, o crime do aborto se consumava independentemente da existência de um resultado material, qual seja a expulsão do feto, ainda que este viesse a ocorrer. A intenção de interromper a gravidez e causar a morte do nascituro era suficiente para configurar o tipo penal. A maior rigidez conferida ao crime do aborto deu-se em razão das denúncias<sup>119</sup> realizadas pelas primeiras faculdades de medicina sobre o crescente

<sup>117</sup> BRASIL. Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: << <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496205>>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

<sup>118</sup> *Idem*.

<sup>119</sup> CASTELBAJAC, Matthieu de. CASTELBAJAC, Matthieu de. *Op. Cit.* P 43/44.

número de interrupções voluntárias da gravidez realizadas ilegalmente e por pessoas despreparadas em serviços de maternidade.<sup>120</sup>

Hoje em dia, o crime do aborto está tipificado no Código Penal de 1940<sup>121</sup>, no capítulo referente aos crimes contra a vida (artigos 124/128). O bem jurídico tutelado nos tipos que incriminam a interrupção voluntária da gravidez é a vida intrauterina, de sorte que a efetiva morte do embrião ou feto é imprescindível para a configuração e consumação do crime<sup>122</sup>. O delito somente é possível se praticado com dolo<sup>123</sup>, seja ele direto ou eventual, não sendo admitida a modalidade culposa<sup>124</sup>. Nesse sentido, caso um terceiro provoque o abortamento por imprudência, negligência ou imperícia, este irá responder pelo crime de lesão corporal culposa.<sup>125</sup> Desse modo, a legislação penal em vigor assim dispõe:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

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

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: 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 debil 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.

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

**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.<sup>126</sup>

<sup>120</sup> BRENES, Anayansi Correa. História da Parturição no Brasil, século XIX. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 148, 1991. P. 135/136.

<sup>121</sup> Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >>. Acesso em: 03 set. 2020.

<sup>122</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. v.2, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.123.

<sup>123</sup> SILVA, Edilson Freire da. Vida humana e o crime de abortamento. 2010. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. Orientador (a): Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Disponível em: << <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9015/1/Edilson%20Freire%20da%20Silva.pdf>>>. Acesso em: 03 set. 2020. P. 32.

<sup>124</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. v. II, Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 112.

<sup>125</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: 2007, p.69. v. 2.

<sup>126</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

O Código Penal vigente prevê a criminalização do aborto praticado pela própria gestante e por terceiro, com ou sem o consentimento da parturiente (artigos 124, 125 e 126). As penas cominadas nas hipóteses de interrupção da gravidez perpetrada por terceiro são aumentadas caso a mulher sofra lesão corporal grave ou venha a falecer em decorrência do procedimento abortivo (artigo 127). A qualificadora não se aplica ao autoaborto, já que o ordenamento jurídico penal brasileiro não pune a autolesão.

A legislação dispõe ainda sobre o aborto necessário e humanitário, realizados respectivamente quando há risco de vida para a gestante e quando a gravidez é resultante de violência sexual. Tais modalidades de interrupção voluntária da gestação gozam de excludente de ilicitude ou antijuridicidade, não havendo punição para a mulher nem para o médico (artigo 128, I e II).

Para uma parcela da doutrina, a exceção prevista para os casos de aborto necessário decorre do princípio constitucional da proporcionalidade, o qual pressupõe a devida ponderação entre os bens jurídicos vida intrauterina e vida extrauterina<sup>127</sup>. A inexistência de direitos absolutos e a ausência de hierarquia entre as garantias fundamentais fomentam o sopesamento dos interesses inerentes ao ser humano em desenvolvimento e ao indivíduo já formado, de modo que o aborto pode ser realizado em situações excepcionais.<sup>128</sup>

Além disso, entende-se que o aborto necessário está amparado pela excludente de ilicitude do estado de necessidade<sup>129</sup>, vez que o médico tem conhecimento da situação justificante e não a provocou voluntariamente, há ameaça ao direito da gestante, existe um perigo atual e inevitável com o prosseguimento da gravidez<sup>130</sup> e não se pode exigir o sacrifício do bem jurídico que se encontra ameaçado. Dessa forma, a abdicação do feto em formação é considerada menos gravosa que a morte da gestante, devendo o direito à vida da mãe prevalecer em detrimento do direito à vida do feto.

---

<sup>127</sup> SILVA, Edilson Freire da. *Op. Cit.* P. 38.

<sup>128</sup> Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo. Editora: RT, 2013. Pág. 128.

<sup>129</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 731.

<sup>130</sup> Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 271-2

O aborto humanitário, por sua vez, está amparado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Considera-se desarrazoado que o Estado obrigue a gestante a prosseguir com uma gestação que lhe foi imposta por um ato de violência sexual praticado contra ela. Através da referida excludente de ilicitude, o legislador tem como intuito a preservação da integridade física e psicológica da mulher, a qual não deve ser impelida a gerar uma criança que represente um elo eterno com seu agressor e torne o episódio traumático impossível de ser esquecido<sup>131</sup>.

As excludentes de ilicitude conferidas ao aborto necessário e humanitário representaram um avanço para a proteção do direito à vida, à autodeterminação, à integridade física, liberdade e segurança das mulheres gestantes. A compreensão do processo que levou à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez nas hipóteses de risco à vida da mãe e de gestação provocada por violência sexual está vinculada à análise da jurisprudência pátria. Dentre as decisões relativas ao aborto, a proferida pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 é de grande relevância para a formação de uma opinião sobre o tema.

### 3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 foi protocolada no STF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 17 de junho de 2004. Através da petição inicial, foi arguido que o tipo penal constante nos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal brasileiro não deveria incidir sobre a antecipação terapêutica do parto em caso de fetos portadores de anencefalia. Dessa forma, alegou-se que a configuração desse procedimento como crime de aborto representava uma violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como ao direito à saúde, todos previstos na Constituição Federal.

A Confederação dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) buscou evidenciar que a antecipação terapêutica do parto não configura o crime de aborto, vez que a patologia da anencefalia tornaria inviável a vida extrauterina.<sup>132</sup> Também fez menção

---

<sup>131</sup> *Ibidem*. P. 554.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Petição Inicial. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/06/Petic%CC%A7a%CC%83o-Inicial-ADPF-54.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020. P. 06/07.

à indubitosa pertinência temática da discussão, haja vista que a obrigatoriedade de prosseguir com uma gestação de feto anômalo pode causar danos à saúde e até risco de morte para a gestante.<sup>133</sup> No mesmo sentido, a referida interpretação sujeitava os profissionais de saúde, dentre os quais médicos e enfermeiros, à ação penal pública, tendo em vista o tipo aborto.<sup>134</sup>

Em sede de audiência pública, foram apresentados como argumentos contrários à antecipação terapêutica do parto a inalienabilidade do direito à vida do feto independentemente da má formação, a inafastabilidade de direitos e identidade motivada pela reduzida expectativa de vida e o caráter social do qual goza o bem jurídico vida<sup>135</sup>. Foi ressaltado que a Associação Médica Americana não permite a equivalência da anencefalia à morte encefálica, tendo vedado a retirada dos órgãos pertencentes aos fetos portadores da anomalia para a realização de transplantes.<sup>136</sup>

Do ponto de vista médico, argumentou-se que a neurociência demonstra que o feto anencéfalo possui substrato neural para gozar de consciência e para realizar funções vitais, o que contraindica a interrupção da gravidez e permite a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para fins de transplante.<sup>137</sup> Noutro ponto, foi defendido que a vida do anencéfalo é um direito fundamental inerente a ele, sobrepondo-se a todos os outros direitos em conflito. Além disso, alegou-se que o Estado brasileiro referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual impõe ao Brasil e à sociedade a obrigatoriedade de assegurar o direito a igualdade de oportunidades aos deficientes, dever este que se estenderia ao caso dos anencéfalos.<sup>138</sup>

Outros argumentos contrários à antecipação terapêutica do parto consistiram na ausência de profundidade dos estudos científicos referentes à matéria<sup>139</sup> e no descabimento do uso de conhecimentos médicos para violar a integridade física do feto anencéfalo.<sup>140</sup> Também foi alegado que os recém-nascidos vivos portadores de anencefalia possuem sinais clínicos de atividade cerebral e que o

---

<sup>133</sup> *Ibidem*. P. 07.

<sup>134</sup> *Ibidem*. P. 09/10.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <<  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>>. Acesso em: 17 nov. 2020. P. 20.

<sup>136</sup> *Ibidem*. P. 21.

<sup>137</sup> *Ibidem*. P. 22.

<sup>138</sup> *Ibidem*. P. 23.

<sup>139</sup> *Ibidem*. P. 24.

<sup>140</sup> *Ibidem*. P. 26.

protocolo para o diagnóstico de morte encefálica adotado pelo Conselho Federal de Medicina somente é válido para pacientes que tenham mais de sete dias de vida extrauterina, não sendo aplicável ao feto anencéfalo.<sup>141</sup> Por fim, foi sustentado que os problemas oriundos de uma gravidez dessa espécie são resolvidos de forma espontânea após o nascimento da criança, enquanto as consequências da antecipação do parto têm efeito permanente.<sup>142</sup>

Dentre os argumentos favoráveis à antecipação terapêutica do parto expostos ao longo das quatro sessões de audiência pública estão o livre arbítrio da mulher para escolher o que é melhor para si<sup>143</sup>, a laicidade do Estado brasileiro e a imprescindibilidade de que as leis reguladoras da sociedade não tenham interferência da doutrina religiosa.<sup>144</sup> Houve referência à chamada judicialização da medicina, a qual confere a um magistrado a resolução de conflitos em detrimento da autonomia das partes envolvidas<sup>145</sup>. No mesmo sentido, foi mencionada a demora para proferir as decisões relativas à interrupção da gravidez de feto anencéfalo e a recusa de profissionais de saúde em realizar o procedimento por receio de responsabilização penal.<sup>146</sup>

Foi apontado que as gestantes de feto anencéfalo têm maiores variações do líquido amniótico, diabetes e hipertensão, ao longo da gestação, além do aumento de complicações no parto e pós-parto e de graves sequelas psicológicas.<sup>147</sup> Ponderou-se que, em razão da impossibilidade de reversão do diagnóstico e de formação de massa encefálica, o feto portador de anencefalia pode ser tido como um natimorto neurológico.<sup>148</sup> De modo semelhante, foi arguido que a terminologia “aborto” não seria adequada para tratar da interrupção da gestação de anencéfalo, notadamente pela ausência de potencialidade de vida extrauterina.<sup>149</sup>

Também foi mencionado o fato de o embrião anencéfalo gozar somente de vida visceral, apta a promover batimentos cardíacos e respiração, sendo sua situação de natureza similar à de um morto cerebral.<sup>150</sup> Tal conjuntura gera um grande impacto

---

<sup>141</sup> *Ibidem*. P. 27.

<sup>142</sup> *Ibidem*. P. 28.

<sup>143</sup> *Ibidem*. P. 19/20.

<sup>144</sup> *Ibidem*. P. 20.

<sup>145</sup> *Ibidem*. P. 22.

<sup>146</sup> *Idem*.

<sup>147</sup> *Idem*.

<sup>148</sup> *Ibidem*. P. 24.

<sup>149</sup> *Idem*.

<sup>150</sup> *Idem*.



psicológico na gestante, a qual é obrigada a passar por uma experiência deveras aflitiva e dolorosa. Desse modo, foi feita alusão à necessidade de se compreender a decisão pela antecipação do parto como matéria de ética privada, cabendo à gestante o direito de escolha.<sup>151</sup>

Quanto à Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vigente no Brasil, foi ressaltado que a determinação de integrar os portadores de deficiência em sociedade não se aplica ao caso dos fetos anencéfalos.<sup>152</sup> Com efeito, as medidas de inclusão social, combate ao preconceito e melhoria da qualidade de vida dos deficientes constituem a finalidade da Convenção, a qual não se presta a garantir o nascimento de embriões sem potencialidade de vida.<sup>153</sup>

Foi feita alusão às conferências ocorridas no Brasil, envolvendo a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Conselho Nacional de Direitos da Mulher. Nelas, houve a participação de aproximadamente 190.000 (cento e noventa mil) pessoas do sexo feminino, cujas considerações voltaram-se para a formalização de um requerimento objetivando a reanálise da legislação nacional referente à interrupção da gravidez.<sup>154</sup> Por fim, foi defendida a autodeterminação da gestante para decidir sobre a antecipação terapêutica do parto, sobretudo em face do quadro psiquiátrico que a obrigação de levar a gestação a termo poderia causar.<sup>155</sup>

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria dos votos, julgou procedente o pleito formulado na ADPF nº54 para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo configura o crime de aborto.<sup>156</sup> A fundamentação dos votos presentes no Acórdão teve influência dos argumentos trazidos na audiência pública, sendo predominante o entendimento de que embriões portadores de anencefalia não possuem expectativa de vida, não havendo bem jurídico a ser tutelado pelo tipo penal.

---

<sup>151</sup> *Ibidem*. P. 24/25.

<sup>152</sup> *Ibidem*. P. 25/26.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> *Ibidem*. P. 29.

<sup>155</sup> *Idem*.

<sup>156</sup> Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper a gravidez. Disponível em: <<  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio, figurando como relator, fez alusão ao alto número de decisões proferidas por juízes e tribunais de justiça no sentido de autorizar a interrupção gestacional de feto anencéfalo.<sup>157</sup> Trouxe também a informação de que o Brasil é o quarto país, no mundo, com maior quantidade de casos de anencefalia fetal, o que justifica a pertinência da matéria.<sup>158</sup> O ministro suscitou que a questão trazida na ADPF nº 54 não deve ser analisada à luz de preceitos morais religiosos, notadamente em virtude da laicidade do Estado brasileiro.<sup>159</sup> Apontou que o embrião com anencefalia não possui expectativa de vida extrauterina, sendo a manutenção desse gênero de gravidez contrária ao princípio da proporcionalidade.<sup>160</sup> Considerou ainda que a integridade física do feto anencéfalo não deve ser priorizado em detrimento dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade sexual e da autonomia, garantidos constitucionalmente às mulheres.<sup>161</sup> Por fim, julgou procedente o pedido contido na inicial.<sup>162</sup>

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator no sentido de que a antecipação terapêutica da gestação de feto anencéfalo não caracteriza o crime de aborto. Nesse intuito, estruturou seus argumentos em três enfoques, quais sejam a atipicidade da antecipação terapêutica do parto, a vontade do legislador em afastar a anencefalia do rol das excludentes de ilicitude e a ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e o direito à vida do anencéfalo.<sup>163</sup> Valorou que a ausência de atividade cerebral desqualifica o feto com anencefalia enquanto ser humano dotado de capacidades físicas e psíquicas, de modo que o mesmo não pode ser objeto da tutela conferida pelo tipo penal.<sup>164</sup> Também mencionou a limitação do legislador de 1940, cujos conhecimentos, à época, não permitiram a inserção da anencefalia entre as excludentes de ilicitude.<sup>165</sup> Por fim, ressaltou que a autonomia da gestante para decidir pela interrupção da gestação de feto anencéfalo deve ser preservada.<sup>166</sup>

O ministro Joaquim Barbosa também julgou procedente o pleito da inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção

---

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Inteiro teor do Acórdão. *Op. Cit.* P. 32.

<sup>158</sup> *Idem.*

<sup>159</sup> *Ibidem.* P. 34/43.

<sup>160</sup> *Ibidem.* P. 44/54.

<sup>161</sup> *Ibidem.* P. 58/69.

<sup>162</sup> *Ibidem.* P. 86/87.

<sup>163</sup> *Ibidem.* P. 94.

<sup>164</sup> *Ibidem.* P. 94/112.

<sup>165</sup> *Ibidem.* P. 112/123.

<sup>166</sup> *Ibidem.* P. 134/136.

da gestação de feto anencéfalo configura aborto.<sup>167</sup> Como fundamentação, solicitou a juntada do seu voto relativo ao Habeas Corpus (HC) 84025, cujo conteúdo versa sobre a mesma matéria.<sup>168</sup> O ministro argumentou que, a partir do momento em que se comprova clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, a vida do feto deixa de ser digna da tutela penal, de modo que a antecipação do parto torna-se um fato atípico.<sup>169</sup>

Defendeu ainda a tese de que os dispositivos do Código Penal, datados de um período pouco avançado no que se refere à medicina fetal, devem ser interpretados em conformidade com a Constituição Federal.<sup>170</sup>

Em seu voto, o ministro Luiz Fux asseverou possuir três certezas, quais sejam a efêmera expectativa de vida extrauterina do feto anencéfalo, a existência de técnicas seguras de detecção da anencefalia durante a gravidez e a irreversibilidade da referida patologia nos dias de hoje.<sup>171</sup> Desse modo, criminalizar a interrupção da gestação de feto anencéfalo somente causa um sofrimento excessivo à mulher, além de problemas físicos e psicológicos decorrentes do prosseguimento da gravidez.<sup>172</sup>

Além disso, o ministro defendeu que a antecipação terapêutica do parto se enquadra no estado de necessidade, na antijuricidade e na inexigibilidade de conduta diversa.<sup>173</sup> Por fim, julgou procedente o pedido contido na inicial.<sup>174</sup>

A ministra Carmén Lúcia acompanhou o voto do relator, sendo favorável à possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.<sup>175</sup> Suscitou que a anencefalia é uma malformação irreversível e que a titularidade do direito à vida pressupõe a capacidade e potencialidade de viver.<sup>176</sup> Argumentou não ser razoável que o Estado imponha à gestante a obrigatoriedade de prosseguir com uma gestação que iminentemente culminará na morte do feto.<sup>177</sup> Defendeu ainda que a anencefalia não pode ser comparada à deficiência física ou mental, vez que invariavelmente

---

<sup>167</sup> *Ibidem*. P. 145/146.

<sup>168</sup> *Idem*.

<sup>169</sup> *Ibidem*. P. 148/152.

<sup>170</sup> *Ibidem*. P. 152.

<sup>171</sup> *Ibidem*. P. 162.

<sup>172</sup> *Ibidem*. P. 162/165.

<sup>173</sup> *Ibidem*. P. 170/171.

<sup>174</sup> *Ibidem*. P. 171.

<sup>175</sup> *Ibidem*. P. 236.

<sup>176</sup> *Ibidem*. P. 208/215.

<sup>177</sup> *Ibidem*. P. 188/191.

inviabiliza a vida humana extrauterina.<sup>178</sup> Por fim, considerou que o Código Penal deve estar apto à adaptação à medida em que a sociedade evolui.<sup>179</sup>

No primeiro voto contrário à interrupção da gestação de feto anencéfalo, o ministro Ricardo Lewandowski argumentou que o Congresso Nacional, detentor de legitimidade e poder para alterar a legislação em favor da soberania popular, optou conscientemente por não incluir o aborto eugênico dentre as taxativas hipóteses isentas de punibilidade.<sup>180</sup> Nesse sentido, afirmou não caber ao Supremo Tribunal Federal a competência para atuar como legislador positivo, sobretudo em face do postulado da independência e harmonia entre os poderes.<sup>181</sup> Considerou ainda que uma decisão favorável à interrupção da gravidez de feto anencéfalo abriria um precedente para tornar lícito o aborto de todo embrião que goze de pouca ou nenhuma potencialidade de vida extrauterina.<sup>182</sup>

O ministro Ayres Britto, por sua vez, votou favoravelmente à possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Em seu voto, referiu-se a três possíveis interpretações do conjunto normativo penal em foco, sendo a primeira a de que a antecipação terapêutica do parto de embrião com anencefalia é crime, a segunda a de que não há crime na interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral” e a terceira a de que a conduta caracteriza aborto, mas não configura prática penalmente cabível.<sup>183</sup> Ressaltou ainda o caráter opcional da interrupção da gestação, de modo que cabe à mulher, em face à sua autonomia, decidir pelo prosseguimento ou não da gravidez de feto anencéfalo.<sup>184</sup>

O ministro Gilmar Mendes votou pela procedência do pedido contido na inicial. Em seu voto, destacou a pertinência das manifestações e argumentos de entidades religiosas em audiências públicas enquanto representantes de parte da sociedade.<sup>185</sup> Também fez alusão ao Direito Comparado e mencionou o fato de que metade dos países membros da Organização das Nações Unidas permite a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo.<sup>186</sup> Suscitou ainda que a atipicidade do aborto de embrião com anencefalia e a prevalência do princípio

---

<sup>178</sup> *Ibidem*. P. 206.

<sup>179</sup> *Ibidem*. P. 215/222.

<sup>180</sup> *Ibidem*. P. 240/241.

<sup>181</sup> *Ibidem*. P. 245.

<sup>182</sup> *Ibidem*. P. 246/248.

<sup>183</sup> *Ibidem*. P. 256/263.

<sup>184</sup> *Ibidem*. P. 264.

<sup>185</sup> *Ibidem*. P. 271/276.

<sup>186</sup> *Ibidem*. P. 276/285.

constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde não configuram argumentos pertinentes em favor da interrupção.<sup>187</sup> Para o ministro, é a interpretação evolutiva do conjunto normativo que deve fundamentar a possibilidade de se realizar o aborto de feto anencéfalo, sobretudo pelo enquadramento da conduta como estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa.<sup>188</sup>

O ministro Celso de Melo votou igualmente pela declaração de inconstitucionalidade de qualquer interpretação que obste a interrupção voluntária da gestação de feto anencéfalo. Pontuou a importância do movimento feminista na efetivação das garantias fundamentais e direitos básicos das mulheres, os quais foram alçados ao patamar de prioridade na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993.<sup>189</sup> Defendeu a legitimidade do Poder Judiciário para promover e assegurar o exercício dos direitos previstos pela Constituição e pelas declarações internacionais.<sup>190</sup> Ressaltou ainda o caráter laico do Estado brasileiro e sustentou que a liberdade religiosa implica na ausência de interferência recíproca entre Estado e Igreja.<sup>191</sup> Por fim, considerou que a atividade cerebral, enquanto diretriz legal para constatar a existência da vida humana, pode funcionar como referência do seu início.<sup>192</sup> Nesse sentido, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não iria de encontro à inviolabilidade do direito à vida, tampouco poderia ser considerada crime, haja vista a absoluta impropriedade do objeto.<sup>193</sup>

Por último, o ministro Cezar Peluso votou pela improcedência da ADPF nº 54. Em seu voto, argumentou existir uma grande diferença entre o presente caso e o das células-tronco embrionárias, já que, diversamente do embrião excedente, o feto anencéfalo goza de processo vital.<sup>194</sup> Defendeu ser inconsistente a analogia segundo a qual o fato de a morte encefálica ocorrer com a parada funcional do cérebro em sua totalidade levaria à conclusão de que o marco inicial da vida é a existência de atividade cerebral.<sup>195</sup> Nesse sentido, considerou que a morte encefálica caracteriza-se pela interrupção definitiva do ciclo vital, enquanto a anencefalia integra, ainda que de forma

---

<sup>187</sup> *Ibidem*. P. 287/295.

<sup>188</sup> *Ibidem*. P. 290/295.

<sup>189</sup> *Ibidem*. P. 318/321.

<sup>190</sup> *Ibidem*. P. 325/326.

<sup>191</sup> *Ibidem*. P. 332/338.

<sup>192</sup> *Ibidem*. P. 349/350.

<sup>193</sup> *Ibidem*. P. 355/356.

<sup>194</sup> *Ibidem*. P. 376/379.

<sup>195</sup> *Ibidem*. P. 379/382.

efêmera, o processo conhecido como vida.<sup>196</sup> Pontuou que a conduta de eliminar intencionalmente a vida intrauterina, ainda que acometida de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto.<sup>197</sup> Mencionou ainda as dificuldades e divergências no diagnóstico da anencefalia, fatores que podem desencadear a interrupção da gravidez de fetos portadores de outras malformações.<sup>198</sup> Por fim, argumentou que o STF não tem propriedade para atuar como “legislador positivo”, de modo que a competência para regulamentar a situação é do Congresso Nacional.<sup>199</sup>

Após a exposição dos debates e argumentos que culminaram na procedência da ADPF nº 54, é importante prosseguir ao exame de outro julgado, em andamento, bastante relevante sobre a temática do aborto, qual seja o referente à ADPF nº 442.

### 3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: ADPF Nº 442

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 foi protocolada no STF pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL, em 2017, pleiteando a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940.<sup>200</sup> Através da petição inicial, foram indicados como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, além dos 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, todos da Constituição Federal (art. 1º , incisos I e II; art. 3º , inciso IV; art. 5º , *caput* e incisos I, III; art. 6º , *caput*; art. 196; art. 226, § 7º).<sup>201</sup>

O PSOL buscou demonstrar a inexistência de razoabilidade da criminalização do aborto como forma de tutelar a vida intrauterina constitucionalmente protegida.<sup>202</sup> Defendeu a tese proposta por Ronald Dworkin de que a controvérsia envolvendo a interrupção voluntária da gravidez deve ser solucionada juridicamente, conforme os princípios elencados na Constituição Federal e normas internacionais

---

<sup>196</sup> *Idem*.

<sup>197</sup> *Ibidem*. P. 382/387.

<sup>198</sup> *Ibidem*. P. 398/402.

<sup>199</sup> *Ibidem*. P. 411/413.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Petição Inicial. Consultor Jurídico- Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>201</sup> *Ibidem*. P. 01.

<sup>202</sup> *Ibidem*. P. 02.

relativas aos direitos humanos.<sup>203</sup> Sustentou que a referida solução deve basear-se em evidências científicas em detrimento de valores morais e apontou a ausência de legitimidade do Estado no que se refere ao exercício do seu poder coercitivo para coibir a prática abortiva.<sup>204</sup>

Como argumento favorável à não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição, a petição inicial traz dados percentuais relativos ao número de mulheres brasileiras que já realizaram a interrupção voluntária da gravidez de forma clandestina.<sup>205</sup> Com isso, ressalta-se que os efeitos penais do procedimento abortivo recaem predominantemente sobre gestantes negras, indígenas, de baixa renda e reduzido grau de escolaridade, o que fomenta a desigualdade racial e de classe.<sup>206</sup> Defende-se ainda que a criminalização do aborto promove a busca por métodos e procedimentos inseguros, os quais geram sequelas e mortes subnotificadas.<sup>207</sup>

A parte autora da arguição também sustentou que a análise constitucional do aborto no direito comparado aponta para a existência de decisões judiciais resultantes da evolução histórica e política do direito.<sup>208</sup> Nesse sentido, fez alusão aos principais julgamentos ocorridos nos Estados Unidos e na Alemanha, nos quais prevaleceram respectivamente o direito à privacidade e o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento do direito à vida intrauterina.<sup>209</sup> Pontuou ainda a configuração, na esfera internacional, das doze primeiras semanas de gestação como marco normativo da interrupção voluntária da gravidez, o que legitima a descriminalização do aborto nessa fase gestacional.

De modo a justificar descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação, o partido alegou que a presente ADPF deve ser interpretada como o resultado de um processo de enfrentamento da questão do aborto por parte do STF.<sup>210</sup> Nesse sentido, mencionou as decisões proferidas nos julgamentos da ADI nº 3.510, ADPF nº 54 e HC nº 124.306, as quais firmaram o entendimento de que não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico

---

<sup>203</sup> *Idem.*

<sup>204</sup> *Ibidem.* P. 03.

<sup>205</sup> *Ibidem.*

<sup>206</sup> *Ibidem.* P. 03/04.

<sup>207</sup> *Ibidem.* P. 04.

<sup>208</sup> *Ibidem.* P. 04/05.

<sup>209</sup> *Ibidem.* P. 13/20.

<sup>210</sup> *Ibidem.* P. 27/28.

brasileiro e de que a proteção legislativa conferida ao feto ou embrião deve ocorrer na medida do seu desenvolvimento, de forma gradual.<sup>211</sup>

Por derradeiro, alegou-se que a criminalização do aborto é incapaz de promover a não ocorrência ou redução do número de procedimentos do gênero realizados pela população feminina.<sup>212</sup> Dessa forma, o resultado obtido com a tutela penal do direito à vida do nascituro é insuficiente para justificar a restrição de garantias fundamentais constitucionalmente previstas inerentes às mulheres.<sup>213</sup> Ademais, destacou-se o caráter subsidiário do direito penal para a proteção de bens jurídicos, notadamente quando existem medidas menos gravosas e mais eficazes disponíveis, como políticas de saúde sexual e reprodutivas.<sup>214</sup>

Ao fundamento de que presentes os requisitos da probabilidade do direito e perigo de dano, o PSOL requereu a concessão de medida liminar para a suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que cogitem aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de aborto induzido e voluntário, realizado nas primeiras doze semanas de gestação.<sup>215</sup> Pleiteou ainda o reconhecimento do direito constitucional das mulheres de interromper a gravidez, bem como dos profissionais de saúde de realizar o procedimento.<sup>216</sup>

Em resposta à requisição da ministra Rosa Weber, relatora da presente ADPF, a Presidência da República alegou que a ausência de um consenso mínimo por parte da sociedade brasileira no que se refere aos embates morais, filosóficos e religiosos que permeiam a descriminalização do aborto promove um desacordo de caráter moral.<sup>217</sup> Por força desse conflito, sustentou a legitimidade do Poder Legislativo, enquanto representante da vontade popular, para proporcionar os debates e o processo de decisão acerca da legalidade da interrupção da gravidez até o primeiro semestre de gestação.<sup>218</sup>

---

<sup>211</sup> *Ibidem*. P. 21/27.

<sup>212</sup> *Ibidem*. P. 46/47.

<sup>213</sup> *Ibidem*. P. 49.

<sup>214</sup> *Ibidem*. P. 52.

<sup>215</sup> *Ibidem*. P. 58/60.

<sup>216</sup> *Ibidem*. P. 60/61.

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Decisão de Convocação de Audiência Pública. Migalhas- Uol. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2018/3/art20180327-01.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020. P. 03.

<sup>218</sup> *Ibidem*. P. 03/04.



Com relação à pertinência dos supostos precedentes, a Presidência da República destacou a dissonância entre as circunstâncias de fato e questões de direito que envolvem o contexto decisório da ADPF nº 442 e da ADPF nº 54.<sup>219</sup> Da mesma maneira, sustentou que a interpretação jurídica adotada no julgamento do HC 124.306 deu-se de modo incidental.<sup>220</sup> Por fim, alegou a impossibilidade referente à aplicação do precedente extraído da ADI 3510 ao caso em análise, vez que, no primeiro, foi assinalada a ausência de vinculação da controvérsia constitucional debatida com o aborto.<sup>221</sup>

Por seu turno, o Senado Federal pontuou que, de acordo com a Lei nº 7.209/1984, os artigos 124 e 126 do Código Penal não foram objeto da reforma legislativa empreendida no referido Diploma Legal.<sup>222</sup> Nesse sentido, sustentou a inexistência de ilegalidade em sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário brasileiro.<sup>223</sup> Alegou ainda que o Poder Legislativo aprovou o artigo 2º do Código Civil de 2002, o qual versa sobre a garantia de direitos ao feto viável.<sup>224</sup> Por fim, informou que o Parlamento está voltado à promoção de debates relevantes para a possível mudança do parâmetro legal.<sup>225</sup>

A Câmara dos Deputados sustentou que os dispositivos legais impugnados estão vigentes há mais de setenta anos, ao passo que a Lei 9.882/99, a qual instituiu e disciplinou a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi sancionada em 1999.<sup>226</sup> Desse modo, como os artigos 124 e 126 do Código Penal estavam previstos muito antes da possibilidade de se propor uma ADPF, não há que se falar em perigo da demora para a concessão de medida cautelar.<sup>227</sup> Asseverou ainda que as normas questionadas tutelam a vida humana intrauterina, direito constitucionalmente previsto e proporcionalmente prevalente quando em conflito com outras garantias no contexto da criminalização do aborto.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, manifestou-se favoravelmente à validade constitucional dos dispositivos impugnados. Preliminarmente, foi declarada a

---

<sup>219</sup> *Idem.*

<sup>220</sup> *Idem.*

<sup>221</sup> *Idem.*

<sup>222</sup> *Ibidem.* P. 04.

<sup>223</sup> *Idem.*

<sup>224</sup> *Idem.*

<sup>225</sup> *Idem.*

<sup>226</sup> *Idem.*

<sup>227</sup> *Idem.*

impossibilidade jurídica do pedido de atuação do STF como legislador positivo.<sup>228</sup> No mérito, sustentou-se que a interrupção voluntária da gravidez não foi expressamente prevista e regulada pela Constituição Federal, de modo que não se pode depreender do seu texto a existência de um direito constitucional ao aborto.<sup>229</sup> Argumentou ainda que a opção do legislador de priorizar o direito à vida do feto em detrimento do direito à liberdade de escolha da gestante possui respaldo em precedentes do STF, da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>230</sup>

Foi designada Audiência Pública com objetivo de dirimir a questão controversa relativa à interrupção voluntária da gravidez. O deferimento dos pedidos para participar da ADPF baseou-se em critérios referentes à área de atuação profissional, conhecimento técnico e envolvimento na matéria a ser discutida.<sup>231</sup> Dentre as instituições presentes na Audiência estavam o Ministério da Saúde, Academia Nacional de Medicina, Conselho Federal de Psicologia, Instituto de Bioética-ANIS, Conferência Nacional dos Bispos- CNBB, Católicas pelo direito de decidir, Instituto Brasileiro de Direito Civil, Clínica UERJ de Direitos e Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais.<sup>232</sup>

Foi apresentado como argumento contrário à descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação o maior risco de morte entre mulheres que realizam o procedimento em comparação com as que optam por prosseguir com a gravidez.<sup>233</sup> Além disso, foi alegado que o marco científico do início da vida é a concepção<sup>234</sup>, motivo pelo qual a vida do feto deve ser tutelada pelo direito penal. Desse modo, defendeu-se não ser razoável o sacrifício de um ser humano em formação, o qual titulariza garantias fundamentais previstas constitucionalmente, como forma de suprir a ausência de políticas públicas de proteção à saúde reprodutiva da mulher.<sup>235</sup> Dentre os fundamentos para a manutenção dos artigos impugnados na ADPF, figura ainda o

---

<sup>228</sup> *Ibidem*. P. 05/06.

<sup>229</sup> *Idem*.

<sup>230</sup> *Idem*.

<sup>231</sup> *Ibidem*. P. 07/08.

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Audiência Pública. Disponível em: <<  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>  
 >>. Acesso em: 23 set. 2020. P. 02/03.

<sup>233</sup> *Ibidem*. P. 75.

<sup>234</sup> *Ibidem*. P. 146/147.

<sup>235</sup> *Ibidem*. P. 305.

de que o STF não possui competência para legislar, sendo criticado o ativismo jurídico.<sup>236</sup>

Os argumentos favoráveis à descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, por sua vez, residiram no alto número de abortos inseguros realizados no Brasil<sup>237</sup>, cujos procedimentos levam a complicações na saúde das gestantes, aumentam a mortalidade de mulheres<sup>238</sup>, sobrecarregam os serviços de emergência obstétrica e geram custos humanos e financeiros.<sup>239</sup> Nesse sentido, foi defendida a tese de que a discussão política envolvendo a interrupção voluntária da gravidez não deve ser entendida como um tema moral, mas de saúde pública. Mencionou-se ainda a relação entre a descriminalização e o declínio das taxas de aborto provocado, bem como exemplos de experiências internacionais que obtiveram êxito com a legalização.<sup>240</sup>

---

<sup>236</sup> *Ibidem*. P. 309/310.

<sup>237</sup> *Ibidem*. P. 93.

<sup>238</sup> *Ibidem*. P. 95/97.

<sup>239</sup> *Ibidem*. P. 25.

<sup>240</sup> ADPF 442. P. 65/66.

## 4 OBJEÇÕES AOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO

A partir da análise dos julgamentos ocorridos no âmbito internacional, da ADPF nº 54 e da ADPF nº442, resta indubitável o caráter controverso que envolve a interrupção voluntária da gravidez. A divisão de opiniões perpassa por questões ideológicas, principiológicas, legais e interpretativas, o que demonstra a necessidade de se debater o tema.

O exame das informações e fundamentos trazidos pelos participantes das Audiências Públicas e pelos ministros da maior instância do poder judiciário brasileiro aponta a existência de dois argumentos substanciais contrários, respectivamente, à discussão sobre a lei penal vigente pelo STF e à descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez.

O primeiro argumento consiste na alegada ilegitimidade do STF para discutir a validade de dispositivos criados pelo legislador. O segundo, por sua vez, pressupõe a existência de proporcionalidade na criminalização do aborto, porquanto o direito à vida do feto deve ser penalmente tutelado.

Tais argumentos, contudo, são passíveis de objeção. Conforme destacado nas teses favoráveis à não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal e consequente legalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez, a atuação do STF encontra respaldo na Constituição e a máxima da proporcionalidade é obstada pela tutela criminal.

### 4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ADPF

O movimento constitucionalista moderno surge no século XVIII e traz a ideia da normatização de regras jurídicas hierarquicamente superiores concentradas numa Constituição, com o objetivo de limitar o poder do Estado sobre a população, bem como garantir a liberdade e igualdade enquanto direitos subjetivos públicos.<sup>241</sup> Como forma de efetivar a repressão da interferência estatal, as Constituições previram

---

<sup>241</sup> CROSETTA, Pedro Antonio. Entre constitucionalismo e democracia. Periódicos UNESC. ISSN 2675-2808. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5791/5205>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

o dogma da separação de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais seriam independentes entre si.<sup>242</sup>

O rigor relativo à separação de poderes constituiu um óbice à efetivação do pleno controle de atuação do Legislativo e Executivo pelo Judiciário e, conseqüentemente, à tutela de normas e preceitos constitucionais.<sup>243</sup> A legitimidade do Poder Judiciário para decidir acerca de questões que envolvem a legislação foi alvo de controvérsias e culminou na decisão do caso *Marbury vs. Madison*<sup>244</sup>. No referido julgamento, a Suprema Corte Norte-americana firmou o entendimento de que a Constituição goza de superioridade normativa e deve prevalecer diante de conflito com leis contrárias às suas diretrizes. Como consequência, normas incompatíveis com a Carta Magna devem ser retiradas do sistema jurídico<sup>245</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal goza de competência para aferir a conformidade das leis e dos atos normativos com os preceitos da Constituição Federal.<sup>246</sup> A verticalização de normas, a rigidez e a supremacia da Carta Magna sobre todo o ordenamento jurídico tornam necessária a realização de um controle de constitucionalidade.<sup>247</sup> Para cumprir com a referida atribuição, a Suprema Corte dispõe de um sistema híbrido inspirado nos modelos anglo-saxão e europeu-continental<sup>248</sup>. Através dele, a Constituição submete determinadas categorias de leis ao controle

<sup>242</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. Cadernos Jurídicos- TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>>. Acesso em: 22 nov. 2020. P. 68/69.

<sup>243</sup> SANTOS, Marcos André Couto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: limites e finalidades do instituto no direito constitucional brasileiro. 2003. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco- UFPE, Recife. Orientador: Professor Doutor Raymundo Juliano Rêgo Feitosa. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4854/1/arquivo7214\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4854/1/arquivo7214_1.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2020. P. 159

<sup>244</sup> CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Separação dos poderes: tendências e desafios. Publicações- TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/10-30%20anos.pdf?d=637014768465844893>>. Acesso em: 22 nov. 2020. P. 181.

<sup>245</sup> STERN, Ana Luiza Saramago. O caso *Marbury v. Madison*: o nascimento do judicial review como artifício político. ISSN. Eletrônico: 2177-1758. Disponível em: <<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf)>>. Acesso em: 25 set. 2020. P. 206/210.

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Op. Cit.*

<sup>247</sup> DUTRA, Carlos Alberto de Alckmin. O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 13-31. Disponível em: <<[https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/control\\_preventivo\\_de\\_constitucionalidade.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/control_preventivo_de_constitucionalidade.pdf)>>. Acesso em: 22 nov. 2020. P. 01.

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Op. Cit.*

político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre em Portugal desde a revisão constitucional de 1982<sup>249</sup>.

Criado por Kelsen, o sistema de controle concentrado confere a reserva da competência para julgar de forma definitiva acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo a um único órgão.<sup>250</sup> Tal órgão pode ser de jurisdição ordinária ou criado especialmente para o fim de controle constitucional.<sup>251</sup> No sistema concentrado, o qual é adotado pelo BVerfG alemão<sup>252</sup>, a inconstitucionalidade e invalidade de uma lei não pode ser declarada por juízes comuns, notadamente diante da incompetência a eles inerente.<sup>253</sup> Ainda, o sistema concentrado associa-se ao controle abstrato, o qual visa a garantia da legalidade democrática através da supressão de atos normativos contrários à Constituição.<sup>254</sup>

Dentre os mecanismos de controle abstrato previstos na Constituição Federal de 1988 está a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Designada para promover a tutela dos preceitos fundamentais em relação a possíveis lesões resultantes de atos do Poder Público<sup>255</sup>, a referida ação está prevista no artigo 102, §1º da Carta Magna e regulamentada pela Lei nº 9.882/1999. O pressuposto intrínseco ao ajuizamento da ADPF é a violação de “preceito fundamental”, termo indeterminado cuja definição pode ser extraída da doutrina e da jurisprudência pátria.<sup>256</sup> Para Alexandre de Moraes, “os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais”.<sup>257</sup>

---

<sup>249</sup> VIEIRA, Iacyr de Aguiar. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan. /mar. 1999. Disponível em: <<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>>. Acesso em: 24 set. 2020. P. 49/50.

<sup>250</sup> *Ibidem* P. 47.

<sup>251</sup> *Idem*.

<sup>252</sup> *Idem*.

<sup>253</sup> *Idem*.

<sup>254</sup> *Idem*.

<sup>255</sup> BRASIL. Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Artigo 1º. Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>>. Acesso em: 24 set. 2020.

<sup>256</sup> SANTOS, Marcos André Couto. *Op. Cit.* P. 113.

<sup>257</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, abril de 2017. Disponível em: <<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/10/edicao-1/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

De acordo com o artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99, a ADPF possui como característica o princípio da subsidiariedade<sup>258</sup>, de modo que sua admissão está condicionada à inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.<sup>259</sup> Além disso, a decisão da controvérsia constitucional discutida na Arguição goza de efeito vinculante, de modo que a coisa julgada valerá não somente para o caso concreto que a provocou, mas também para todos os outros que versarem sobre a mesma questão.<sup>260</sup>

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, além de atuar na tutela de preceitos fundamentais, também pode ser manejada para realizar um controle de constitucionalidade concentrado no STF no que concerne a controvérsias constitucionais resultantes da aplicação de leis ou atos normativos municipais, estaduais e federais.<sup>261</sup> Nesse sentido, diante do caráter inegavelmente controverso dos dispositivos penais que criminalizam o aborto, tanto pela violação a princípios constitucionais, quanto pela contrariedade em relação a precedentes da maior instância do poder judiciário brasileiro e ao direito comparado, resta configurada a legitimidade do STF para tratar do tema.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem poderes para decidir sobre a constitucionalidade de normas jurídicas cujas aprovações ocorreram antes da entrada em vigor da Constituição de 1988.<sup>262</sup> Trata-se do controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais, cuja matéria foi pacificada pela Lei nº 9.882/1999. O mecanismo foi consagrado em virtude do reconhecimento de que o sistema da revogação da lei anterior pela posterior não deve ser aplicado a normas de diferentes “densidades normativas”.<sup>263</sup> Nesse sentido, firmou-se o entendimento da supremacia das normas constitucionais e legitimou-se o controle abstrato de matéria legislativa precedente.

No caso do pleito pela não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal para descriminalizar o aborto realizado no primeiro trimestre de

<sup>258</sup> SANTOS, Marcos André Couto. *Op. Cit.* P. 26.

<sup>259</sup> BRASIL. Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999. *Op. Cit.*

<sup>260</sup> SANTOS, Marcos André Couto. *Op. Cit.* P. 19.

<sup>261</sup> *Ibidem.* P. 20.

<sup>262</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade de normas pré-constitucionais. Disponível em: <<  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas\\_Venice\\_Forum/8Port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/8Port.pdf)>>. Acesso em: 24 set. 2020. P. 01.

<sup>263</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. Os Direitos Individuais e a revisão do direito pré-constitucional brasileiro em sede de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista da Faculdade de Direito-UFPR, Curitiba*, vol. 59, n. 3, p. 37-54, 2014.

gestação, trata-se de norma de direito federal editada em 1940, anterior, por conseguinte, à Constituição Federal de 1988. De acordo com a petição inicial da ADPF nº 442, os dispositivos impugnados tornaram-se incompatíveis com a Carta Magna por motivo de violação aos preceitos fundamentais consistentes no princípio da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como nos 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.<sup>264</sup>

A controvérsia que envolve a descriminalização do aborto praticado no primeiro trimestre de gestação reside no antagonismo existente entre valores fundamentais tutelados pela ordem constitucional brasileira. Tem-se, por um lado, o direito à vida na perspectiva intrauterina e, por outro, os direitos à saúde, à liberdade e à dignidade, titularizados pelas gestantes. A relevância constitucional da matéria, portanto, permite o ajuizamento da ADPF para exercer controle de constitucionalidade e afastar dispositivos contrários aos preceitos da Carta Magna.

A eficácia da supremacia constitucional pressupõe a consagração pelo ordenamento jurídico pátrio de meios práticos efetivos destinados a coibir as transgressões aos preceitos da Constituição, independentemente de sua posição hierárquica no plano lógico-jurídico.<sup>265</sup> A consagração unicamente política do princípio da supremacia constitucional através da distinção e da sujeição formal e material entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais é insuficiente para garantir sua concreta aplicação.<sup>266</sup> Dessa forma, enquanto instrumento de realização prática da superioridade da Carta Magna<sup>267</sup>, a ADPF proposta no STF constitui meio legítimo para discussão sobre a não recepção parcial dos dispositivos que criminalizam o aborto praticado no primeiro trimestre de gravidez.

#### 4.2A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Robert Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, quais sejam as regras e os princípios. As regras possuem caráter absoluto, impõem deveres

---

<sup>264</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Petição Inicial. *Op. Cit.* P. 01.

<sup>265</sup> SANTOS, Marcos André Couto. *Op. Cit.* P. 164/165.

<sup>266</sup> *Idem.*

<sup>267</sup> *Ibidem.* P. 166.



definitivos e são aplicadas categoricamente por meio da subsunção.<sup>268</sup> Por outro lado, os princípios expressam deveres *prima facie* e consistem em “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.<sup>269</sup> Os princípios não são absolutos e, em razão disso, podem coexistir num mesmo sistema jurídico. A ausência de hierarquia entre eles faz com que sejam ponderados diante do caso concreto no intuito de equilibrar e maximizar a garantia dos direitos em conflito.<sup>270</sup>

Em face de tal distinção, a máxima da proporcionalidade não pode ser classificada como um princípio, porquanto não produz efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante e invariável. Ademais, Alexy afirma que a proporcionalidade e seus subelementos devem ser aplicados por meio da subsunção, mecanismo reservado às regras de acordo com sua teoria.<sup>271</sup>

No tocante à referida classificação, Virgílio Afonso da Silva ressalta que a expressão “princípio da proporcionalidade” não possui o mesmo significado do termo “princípio” na distinção entre regras e princípios segundo a teoria de Robert Alexy, sendo seu emprego tecnicamente incorreto. O primeiro faz referência à importância conferida ao conceito, isto é, à exigência da proporcionalidade. O segundo, por sua vez, diz respeito ao termo técnico utilizado como contraposto à regra jurídica.<sup>272</sup>

A regra da proporcionalidade presta-se a reprimir a intervenção estatal excessiva e, ao mesmo tempo, a coibir a omissão e a ação insuficiente dos poderes estatais.<sup>273</sup> De acordo com Robert Alexy, a proporcionalidade subdivide-se em três sub-regras independentes, quais sejam a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito. Conforme entendimento partilhado por Virgílio Afonso da Silva, a regra deve ser aplicada na referida ordem, porquanto tais subelementos relacionam-se de forma subsidiária entre si.<sup>274</sup>

Nesse sentido, a conformidade de determinada ação estatal à sub-regra da adequação é verificada quando a sua realização possibilita ou fomenta o alcance do

---

<sup>268</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 798, 2002: 23-50. P. 24/25. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

<sup>269</sup> *Idem*.

<sup>270</sup> AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. Brasília a. 42 n. 165 jan. /mar. 2005. P. 127. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2020.

<sup>271</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.* P. 24/25.

<sup>272</sup> *Idem*.

<sup>273</sup> *Ibidem*. P. 26/27.

<sup>274</sup> *Ibidem*. P. 33/34.

objetivo legítimo pretendido.<sup>275</sup> Com relação à necessidade, considera-se que uma medida estatal é necessária quando a contemplação da finalidade almejada não pode ocorrer, com igual intensidade, através de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental lesionado.<sup>276</sup> Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito implica no sopesamento entre o nível de restrição ao direito fundamental atingido e a importância da efetivação do direito fundamental que com ele colide e justifica a medida limitante.<sup>277</sup>

O entendimento de que o termo “princípio da proporcionalidade” é tecnicamente incorreto, contudo, não é partilhado por autores como Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes, os quais defendem que o referido princípio tem plena aplicação.<sup>278</sup> De modo semelhante, Suzana de Toledo Barros afirma não serem raras as decisões, exaradas por diferentes órgãos jurisdicionais, que poderiam ser consideradas manifestações do reconhecimento do princípio da proporcionalidade.<sup>279</sup>

No entendimento de Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade tem como objetivo o estabelecimento de uma relação entre o fim e o meio de determinada medida, de modo a contrapor a finalidade e a justificativa de uma intervenção com as consequências de sua realização.<sup>280</sup> Para o doutrinador, o mecanismo torna possível o controle do excesso e permite a compatibilização de realidades não compreendidas ou marginalizadas pelo formalismo jurídico com a necessidade de atualização do Direito Constitucional. Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade promove a projeção do referido ramo do direito sobre situações concretas, no maior nível de incidência, destituindo-o do caráter exclusivamente teórico, formal e abstrato.<sup>281</sup>

Maria Rosynete Oliveira Lima, por sua vez, posiciona-se no sentido de que o princípio da proporcionalidade suscita a busca por um equilíbrio entre o exercício do poder de intervenção estatal e a tutela dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e inerentes aos cidadãos.<sup>282</sup> Em conformidade à referida tese, Gilmar

---

<sup>275</sup> *Ibidem* P. 35/36.

<sup>276</sup> *Ibidem* P. 38.

<sup>277</sup> *Ibidem* P. 40/41.

<sup>278</sup> *Ibidem* P. 33.

<sup>279</sup> *Idem*.

<sup>280</sup> NETTO, José Manoel Arruda Alvim. O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea- análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. Doutrina do STJ- Edição Comemorativa- 15 anos. Disponível em: <<<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout15anos/article/download/3681/3771>>>. P. 372.

<sup>281</sup> *Idem*.

<sup>282</sup> NETTO, José Manoel Arruda Alvim. *Op. Cit.* P.373.

Mendes defende a existência da inequívoca possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei na hipótese de sua dispensabilidade, inadequação ou ausência de razoabilidade em sentido estrito.<sup>283</sup> Desse modo, a inexigibilidade de determinado ato normativo, aliado à falta de pertinência para o alcance do fim pretendido e à desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus conferido ao bem jurídico atingido tornam imperativa a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.<sup>284</sup>

No que se refere à criminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez, a lei penal que limita os direitos fundamentais das mulheres deve estar de acordo com a regra da proporcionalidade. Nesse sentido, diante do confronto entre o direito à vida no âmbito intrauterino e o direito à liberdade da mulher gestante, é imperioso verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da norma que tipifica a interrupção voluntária da gestação.

#### **4.2.1 A análise da adequação**

A análise da adequação implica no exame relativo à legitimidade constitucional do objetivo ao qual as normas que criminalizam o aborto se propõem. A principal finalidade do tipo penal previsto nos artigos 124 e 126 do Código Penal é a tutela do bem jurídico vida intrauterina, sendo o feto considerado um ser humano em potencial. Depreende-se da análise da ADPF nº 54 que o referido argumento não é válido para embriões portadores de anencefalia, o que, por si só, fragiliza a legitimidade da norma incriminadora.

Outro fator que contraria o objetivo das normas que criminalizam o aborto de tutelar a vida intrauterina é a chamada tese neurológica do início da vida.<sup>285</sup> De acordo com a teoria, ao conceituar a vida como o oposto de morte, tem-se como consequência lógica que aquela se inicia com o surgimento dos sinais neurológicos do feto, porquanto a morte jurídica ocorre mediante a cessação da atividade

---

<sup>283</sup> *Ibidem*. P.373/374.

<sup>284</sup> *Idem*.

<sup>285</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Voto do Ministro Celso de Mello. Relator: min. Marco Aurélio Mello. 12 abril 2012. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>>>. Acesso em: 24 nov. 2020. P. 28/30

cerebral.<sup>286</sup> Não há consenso entre os pesquisadores com relação ao período da gestação no qual as estruturas nervosas do feto começam a se desenvolver, surgindo dois entendimentos acerca do tema. O primeiro defende que, a partir da 8ª semana de gravidez já existem sinais cerebrais, enquanto o segundo aponta sua ocorrência na 20ª semana.<sup>287</sup>

Destarte, mesmo que seja estabelecida a 8ª semana de gestação como marco inicial das atividades cerebrais do feto, grande parte dos abortos realizados não interromperiam vidas, já que, nos termos da visão neurológica, a vida humana só se inicia com o aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central.<sup>288</sup> Assim sendo, a legitimidade da norma incriminadora torna-se ainda mais duvidosa com a possibilidade de inexistir vida a ser tutelada.

Igualmente inexistente a legitimidade da lei penal que criminaliza a interrupção voluntária da gravidez quando esta se presta a imposição de uma doutrina moral e religiosa. Conforme se depreende do voto do ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF nº 54, a laicidade do Estado brasileiro implica na impossibilidade relativa à determinação do conteúdo de atos estatais por parte de dogmas de fé<sup>289</sup>. Da mesma maneira, a liberdade religiosa impede que as religiões guiem o tratamento dispensado a outros direitos fundamentais, como o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade e o direito à liberdade no campo da reprodução.<sup>290</sup> Desse modo, o objetivo da norma penal de garantir a conformidade entre os atos da mulher gestante e os preceitos religiosos vai de encontro à sub-regra da adequação.

Muito embora existam diferentes interpretações e casos concretos nos quais a finalidade da tutela penal carece de legitimidade, os tribunais pátrios reconhecem a proteção do direito à vida inerente ao feto como um objetivo legítimo das normas que versam sobre o aborto.<sup>291</sup> Desse modo, a não incidência do tipo em caso de fetos anencéfalos, a teoria da bioética que defende o início da vida a partir da 8ª semana de gestação e o viés eminentemente religioso dos artigos que tratam da

---

<sup>286</sup> *Idem.*

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Voto do Ministro Celso de Mello. *Op. Cit.*

<sup>288</sup> *Idem.*

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Voto do Ministro Celso de Mello. *Op. Cit.*

<sup>290</sup> *Idem.*

<sup>291</sup> *Idem.*

interrupção voluntária da gravidez não são plenamente suficientes para caracterizar uma violação à regra da proporcionalidade.

Um segundo critério estabelecido pelo exame da adequação é a análise da efetividade prática da norma incriminadora no que se refere ao alcance dos objetivos por ela pretendidos.<sup>292</sup> Assim, tem-se que a finalidade primordial dos artigos que criminalizam o aborto é a tutela do direito à vida intrauterina<sup>293</sup>, e que a forma através da qual tais normas buscam atingir seu objetivo é a dissuasão das mulheres que desejam abortar. Em consequência disso, para que os artigos 124 e 126 do Código Penal sejam considerados efetivos, eles devem promover a redução do número de interrupções voluntárias da gravidez realizadas no país.

Conforme dados constantes na Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) realizada em 2010 no Brasil urbano, mais de uma em cada cinco mulheres já realizou um aborto ao final da vida reprodutiva.<sup>294</sup> O levantamento foi feito por amostragem aleatória de domicílios cuja cobertura abrangeu mulheres com idades entre 18 e 39 anos.<sup>295</sup> A metodologia empregada envolveu a técnica de urna e questionários respondidos pelas participantes<sup>296</sup>. Seis anos após a primeira edição, uma nova pesquisa trouxe a informação de que, em 2016, quase uma em cada cinco mulheres, aos quarenta anos, já realizou, pelo menos, um aborto.<sup>297</sup> Além disso, revelou que, em 2015, aproximadamente 503 mil mulheres realizaram o procedimento no Brasil<sup>298</sup>.

Além disso, na Audiência Pública realizada em face da ADPF nº 442, representantes do Ministério da Saúde afirmaram que o órgão estima a ocorrência de aproximadamente um milhão de abortos induzidos por ano no país, independentemente de classe social.<sup>299</sup> Ressaltaram ainda a relação existente entre a

<sup>292</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.* P. 36/37.

<sup>293</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Rio de Janeiro, 09 ago. 2016. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>>. Acesso em: 24 nov. 2020. P. 13/14.

<sup>294</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020. P. 959.

<sup>295</sup> *Idem.*

<sup>296</sup> *Idem.*

<sup>297</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. P. 653. Disponível em: <<[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO\\_PesquisaNacionalAborto2016.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO_PesquisaNacionalAborto2016.pdf)>>. Acesso em: 24 nov. 2020

<sup>298</sup> *Ibidem.* P.656.

<sup>299</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Audiência Pública. *Op. Cit.* P. 25.

criminalização da interrupção voluntária da gravidez com o alto índice de mortalidade materna, especialmente de mulheres socialmente mais vulneráveis como as negras, jovens, solteiras e com baixo grau de escolaridade.<sup>300</sup>

Os resultados das pesquisas aliados às informações trazidas pelos representantes do Ministério da Saúde demonstram que a norma penal que criminaliza o aborto não constitui meio idôneo para tutelar a vida intrauterina, porquanto não possui efetividade prática para fomentar a redução do número de procedimentos ilegais ocorridos no Brasil. Desse modo, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não só não se justifica como estratégia legislativa apta a alcançar o resultado pretendido, como também enseja a alta taxa de mortalidade materna decorrente de abortos clandestinos.

De modo semelhante, em sede do Acórdão 75/2010<sup>301</sup>, o Tribunal Constitucional Português reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 16/2007<sup>302</sup>, a qual determinou a descriminalização do aborto nas dez primeiras semanas de gestação<sup>303</sup>. A decisão proferida ressaltou a inexistência de efetividade prática no que se refere à repressão penal da interrupção voluntária da gravidez por ausência de reação das instâncias sociais de controle.<sup>304</sup> Desse modo, o Tribunal manifestou-se no sentido de que a criminalização do aborto somente se justifica se for proporcionada e, para tanto, precisa ter eficácia. Diante da ausência desta, defendeu ser mais adequado o uso de meios de proteção mais apropriados e menos gravosos.<sup>305</sup>

Conclui-se que a criminalização do aborto enquanto medida de intervenção estatal na liberdade das mulheres não se caracteriza como um ato proporcional nos termos do critério da adequação. A não aplicabilidade em casos de fetos anencéfalos, a tese de que a vida intrauterina só se inicia entre a 8ª e a 20ª semana de gestação e o caráter religioso dos artigos 124 e 126 do Código Penal fragilizam a legitimidade do objetivo por eles buscado. No mesmo sentido, a ausência de efetividade prática da norma incriminadora no alcance da finalidade pretendida torna o meio inidôneo.

Embora a ausência de proporcionalidade da lei penal que criminaliza o aborto já esteja devidamente fundamentada a partir da análise da adequação, o

---

<sup>300</sup> *Idem.*

<sup>301</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.*

<sup>302</sup> PORTUGAL. Lei nº 16/2007. *Op. Cit.*

<sup>303</sup> PORTUGAL. Lei nº 16/2007. *Op. Cit.* p. 2417.

<sup>304</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.* P. 15580.

<sup>305</sup> *Idem.*

exame de sua conformidade com o critério da necessidade é igualmente importante para se chegar a um juízo de certeza.

#### 4.2.2 A análise da necessidade

A análise da necessidade pressupõe um estudo comparativo através do qual deve-se verificar se determinada medida estatal é considerada a melhor opção disponível para a realização de um objetivo específico.<sup>306</sup> Desse modo, um ato interventivo somente é considerado necessário caso o alcance da finalidade pretendida não possa ser promovido, com igual intensidade, através de outra ação que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.<sup>307</sup>

A necessidade da criminalização do aborto no que se refere à tutela do direito à vida intrauterina está diretamente associada ao princípio da intervenção mínima e, conseqüentemente, à noção de *ultima ratio* do Direito Penal<sup>308</sup>. Os referidos mandamentos definem respectivamente que o Direito Penal só deve intervir em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes<sup>309</sup> e que a aplicação de normas incriminadoras deve ser o último recurso manejado pelo legislador para alcançar determinado objetivo.<sup>310</sup> Desse modo, a natureza subsidiária do Direito Penal implica na verificação da existência de outras medidas menos gravosas que possam promover a eficácia da proteção à vida fetal.<sup>311</sup>

Em sede da ADPF nº 54, a ministra Rosa Weber asseverou ser difícil justificar a criminalização da prática abortiva realizada pela gestante de feto anencéfalo sob o argumento de proteção ao bem jurídico vida intrauterina.<sup>312</sup> Nesse contexto, considerou a existência de controvérsias sobre a obrigatoriedade da manutenção da gravidez e reprovabilidade da conduta, bem como destacou o caráter

---

<sup>306</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.* P. 38.

<sup>307</sup> *Idem.*

<sup>308</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.* P. 15580.

<sup>309</sup> CARRARD, Liliana. O Princípio da Insignificância e a Mínima Intervenção Penal. 2013. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo- USP, São Paulo. Orientadora: Profa. Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Disponível em: << [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/publico/dissertacao\\_Liliana\\_Carrard\\_versao\\_final.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/publico/dissertacao_Liliana_Carrard_versao_final.pdf)>>. Acesso em: 28 set. 2020. P. 17/18.

<sup>310</sup> *Ibidem.* P. 19/20.

<sup>311</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.* P. 15580.

<sup>312</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Inteiro teor do Acórdão. *Op. Cit.* P. 134.

de *ultima ratio* do Direito Penal moderno<sup>313</sup>. De acordo com o voto da ministra, a esfera criminal deve intervir de forma mínima nas relações sociais, notadamente diante da sua ineficácia enquanto reguladora de condutas e do ônus social e econômico que gera para o Estado e seus cidadãos.<sup>314</sup>

A ideia de que a norma penal não constitui meio necessário à repressão da prática abortiva, sobretudo nas primeiras semanas de gestação, foi defendida na decisão referente ao julgamento alemão denominado “Aborto II”. Como já explanado, a Corte Constitucional Alemã considerou inconstitucional a legalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez, salvo em casos especiais.<sup>315</sup> Contudo, firmou o entendimento de que a tutela da vida intrauterina não precisa ser realizada por meio de medidas repressivas inerentes ao Direito Penal<sup>316</sup>, mas deve ser obtida através de atos assistenciais e administrativos em conformidade com a relação de “dualidade na unidade” existente entre a mãe e o feto.<sup>317</sup> Desse modo, o Tribunal reconheceu a desnecessidade relativa à instituição de normas penais como meio primário de proteção legal e defendeu a aplicação de medidas alternativas.<sup>318</sup>

Entendimento similar foi firmado pelo Tribunal Constitucional Português no julgamento que declarou a constitucionalidade da Lei 16/2007, cujo conteúdo descriminalizou o aborto realizado nas dez primeiras semanas de gravidez.<sup>319</sup> Segundo consta no Acórdão, foi defendido que, independentemente da tutela dispensada ao bem jurídico vida intrauterina, a Constituição não determina que tal proteção seja efetivada, sempre e em quaisquer circunstâncias, através de meios penais.<sup>320</sup> Assim sendo, em atenção ao princípio da subsidiariedade, defendeu-se a possibilidade de a lei não recorrer à criminalização quando esta se mostrar desnecessária, inadequada e desproporcional, ou quando existirem outras medidas extrapenais aptas a promover o alcance do resultado pretendido.<sup>321</sup>

Um segundo critério definido pelo exame da necessidade consiste em verificar a existência de meios menos restritivos de direitos fundamentais inerentes às

---

<sup>313</sup> *Idem.*

<sup>314</sup> *Idem.*

<sup>315</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 13/14.

<sup>316</sup> *Idem.*

<sup>317</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.* P. 15579.

<sup>318</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P. 13/14.

<sup>319</sup> PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010. *Op. Cit.*

<sup>320</sup> *Idem.*

<sup>321</sup> *Idem.*



mulheres quando comparados à norma penal.<sup>322</sup> É certo que existem outras políticas eficazes que se prestam a tutelar o direito à vida no âmbito intrauterino sem produzir o efeito adverso de violar a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos das gestantes. Nesse contexto, uma medida alternativa à incidência da norma penal ao aborto instituída em grande parte dos países desenvolvidos é a descriminalização da prática abortiva realizada no estágio inicial da gestação, mediante o cumprimento de determinados requisitos prévios que promovam a reflexão da gestante.<sup>323</sup>

A legislação editada, em 1995, pelo parlamento alemão regulamenta a incidência de meios extrapenais de proteção à vida intrauterina em casos de aborto.<sup>324</sup> Em conformidade com a decisão da BVerfG no julgamento denominado “Aborto II”, a referida norma autorizou as interrupções voluntárias da gravidez realizadas nas primeiras doze semanas de gestação desde que as mulheres interessadas compareçam previamente a agências de aconselhamento profissional.<sup>325</sup> O diploma legislativo alinha-se à ideia do Direito Penal como *ultima ratio* e fomenta medidas assistencialistas mais eficazes na tutela dos direitos do feto em formação.

A Lei nº 16/2007 do ordenamento jurídico português igualmente prevê a obrigatoriedade do aconselhamento prévio à realização do aborto, o qual pode ser praticado nas dez primeiras semanas de gestação.<sup>326</sup> A norma determina que o estabelecimento de saúde oficial destinado a sediar a interrupção voluntária da gravidez deve garantir a ocorrência de uma consulta preliminar compulsória, bem como o cumprimento do período de reflexão de três dias entre o aconselhamento e o procedimento abortivo.<sup>327</sup> Desse modo, a intervenção estatal para tutelar a vida intrauterina ocorre através de medidas dissuasivas menos drásticas e mais eficientes que a criminalização do aborto.

Nos Estados Unidos, a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* defendeu ser constitucional a determinação do aconselhamento compulsório e do tempo de espera entre a consulta e a realização do aborto.<sup>328</sup> Em sede do referido julgamento, foi

---

<sup>322</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.* P. 38.

<sup>323</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit.* P. 14/15.

<sup>324</sup> HILGENDORF, Eric. *Op. Cit.* P. 108.

<sup>325</sup> *Idem.*

<sup>326</sup> PORTUGAL. Lei nº 16/2007. *Op. Cit.*

<sup>327</sup> *Idem.*

<sup>328</sup> 505. U.S. 833 (1992). *Op. Cit.* Item 05.

destacado que a exigência governamental quanto ao fornecimento de informações relativas à natureza do procedimento, aos riscos à saúde e à provável idade gestacional do feto não constitui um obstáculo indevido ao direito de abortar.<sup>329</sup> Tais medidas extrapenais permitem a efetiva proteção da vida intrauterina através da dissuasão das gestantes, sem impedi-las de tomar suas próprias decisões.

O aconselhamento compulsório é bastante criticado em virtude do caráter tendencioso das informações fornecidas às gestantes<sup>330</sup>, bem como dos inúmeros requisitos exigidos das mulheres e dos serviços de saúde especializados.<sup>331</sup> Considerado um meio político de restrição ao aborto, o referido procedimento, por vezes, enseja a interpretação distorcida de fatos médicos<sup>332</sup> e desconsidera a autonomia decisória das gestantes.<sup>333</sup> Ainda assim, é um meio alternativo menos gravoso que a criminalização e alcança eficazmente a finalidade de desestimular a interrupção voluntária da gravidez.

A criminalização do aborto também não configura uma medida estatal condizente com a regra da proporcionalidade, porquanto não se mostra necessária à tutela da vida intrauterina. O princípio da intervenção mínima do Direito Penal e seu caráter de *ultima ratio* deslegitimam a sua incidência como meio primário de repressão à prática abortiva. No mesmo sentido, a existência de medidas alternativas eficientes para a proteção da vida fetal e aplicadas de modo significativo no Direito Comparado torna prescindível a tutela por meio de normas incriminadoras.

De modo similar à precedida análise da adequação, a criminalização do aborto mostra-se desproporcional sob o aspecto da necessidade. Contudo, o exame da proporcionalidade em sentido estrito é indispensável para demonstrar a incompatibilidade existente entre a aludida intervenção estatal e os preceitos fundamentais.

#### **4.2.3 A análise da proporcionalidade em sentido estrito**

---

<sup>329</sup> *Idem*.

<sup>330</sup> VANDEWALKER, Ian. Abortion and Informed Consent: How Biased Counseling Laws Mandate Violations of Medical Ethics. Michigan Journal of Gender & Law. 2012, Volume 19, Issue 1. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=mjgl>>. Acesso em: 26 nov. 2020. P. 19/22.

<sup>331</sup> *Ibidem*. P. 06/07.

<sup>332</sup> *Ibidem*. P. 13/19.

<sup>333</sup> *Ibidem*. P. 07/10.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito visa determinar se a finalidade legítima de determinado ato normativo compensa a lesão a direitos constitucionais conflitantes.<sup>334</sup> Conforme explanado na petição inicial da ADPF nº 442, trata-se de um sopesamento entre os benefícios e malefícios gerados pela medida imposta, no intuito de avaliar a sua pertinência enquanto norma reguladora da sociedade.<sup>335</sup> Busca-se, portanto, verificar o impacto concreto da intervenção estatal nas liberdades dos cidadãos.

A proporcionalidade em sentido estrito da lei penal que criminaliza o aborto somente pode ser declarada se as vantagens inerentes à proteção da vida intrauterina forem mais significativas que as restrições impostas aos direitos fundamentais das gestantes.<sup>336</sup> Conforme já demonstrado na análise da necessidade, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não constitui uma medida eficaz na tutela da vida fetal, notadamente por não lograr êxito em dissuadir as mulheres interessadas em abortar.<sup>337</sup> Por outro lado, a violação dos direitos à liberdade, à igualdade, à saúde e ao planejamento familiar, garantidos constitucionalmente à população feminina e atingidos pela norma incriminadora, constitui um ônus descabido.<sup>338</sup>

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, aproximadamente 47.000 mortes relacionadas com a gravidez, por ano, são ocasionadas por complicações oriundas de um aborto inseguro cuja realização carece das devidas precauções sanitárias e médicas.<sup>339</sup> Além disso, estima-se que cerca de cinco milhões de gestantes são acometidas por disfunções físicas e mentais decorrentes de problemas relacionados a procedimentos abortivos clandestinos.<sup>340</sup> A mesma pesquisa apontou que 98% dos abortos inseguros praticados anualmente são perpetrados em países em desenvolvimento.<sup>341</sup> Na medida em que fomenta a

---

<sup>334</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.* P. 40/41.

<sup>335</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Petição Inicial. *Op. Cit.* P. 53.

<sup>336</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit.* P. 25/26.

<sup>337</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Op. Cit.*

<sup>338</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Petição Inicial. *Op. Cit.* P. 01.

<sup>339</sup> Organização Mundial da Saúde (OMS). Abortamento seguro: orientação técnica e de política para sistemas de saúde. Segunda edição. Biblioteca da OMS. 2013. ISBN 978 92 4 854843 7. Disponível em:

<[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437\\_por.pdf;jsessionid=8006872E2E72D711521280A2BE4B2E59?sequence=7](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf;jsessionid=8006872E2E72D711521280A2BE4B2E59?sequence=7)>. Acesso em: 26 nov. 2020. P. 17.

<sup>340</sup> *Idem.*

<sup>341</sup> *Ibidem.*

ocorrência de métodos abortivos arriscados, a criminalização do aborto gera maior violação aos direitos fundamentais das mulheres do que proteção à vida intrauterina.

Na Audiência Pública realizada em face da ADPF Nº 442, representantes do Conselho Federal de Psicologia fizeram referência à alta carga emocional que a criminalização do aborto gera para as mulheres.<sup>342</sup> Pontuou-se que o processo de escolha pela interrupção voluntária da gestação é marcado por conflitos internos, envolvendo a questão identitária sobre o feminino maternal inerente; a estigmatização conferida às gestantes que abortam e o escárnio social, moral e religioso ensejados pela prática.<sup>343</sup> Diante de tais argumentos, constata-se que o ônus da lei penal referente ao aborto envolve diretamente a saúde psicológica das mulheres, cujo sacrifício em prol da vida intrauterina não é razoável exigir-se.

No julgamento do caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte norte-americana firmou o entendimento de que a criminalização do aborto, enquanto impedimento à liberdade decisória da gestante constitui um óbice ao exercício do direito à privacidade.<sup>344</sup> Conforme arguido na decisão, leis penais estaduais que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez e excepcionam apenas o caso de risco à vida da gestante, sem considerar o estágio da gestação e outras circunstâncias envolvidas, violam a 14ª Emenda Constitucional estadunidense.<sup>345</sup> Destarte, o referido precedente demonstra que a tutela da vida intrauterina exercida por meios repressivos traz maiores danos aos direitos fundamentais das mulheres do que resultados benéficos.

No mesmo sentido, a decisão proferida no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* estabeleceu como parâmetro para a prática do aborto a vedação aos obstáculos indevidos ao direito de realizar o procedimento.<sup>346</sup> A Suprema Corte determinou que Leis Estaduais não podem estabelecer barreiras desnecessárias à efetivação da prática abortiva, sobretudo por ensejarem a dificuldade de acesso ao procedimento e representarem um ônus excessivo para as mulheres que desejam abortar.<sup>347</sup> Dessarte, o precedente norte-americano revela que

---

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Audiência Pública. *Op. Cit.* P. 122/123.

<sup>343</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Audiência Pública. *Op. Cit.* P. 124/125.

<sup>344</sup> Legal Information Institute (LII), Cornell Law School, Abortion. Disponível em: << <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/section-1/abortion>>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

<sup>345</sup> 410 U.S 113, 93 S.Ct. 705 (1973). *Op. Cit.* p.152/153.

<sup>346</sup> 505. U.S. 833 (1992). *Op. Cit.* Letra b.

<sup>347</sup> *Ibidem.* Letra a.

a criminalização ou impedimento à interrupção voluntária da gravidez cria um ônus desarrazoado para as gestantes.

Conforme se depreende de informações fornecidas por profissionais especializados, de decisões precedentes relativas ao tema e de julgamentos extraídos do Direito Comparado, resta comprovado que a criminalização do aborto promove consequências danosas em maior grau de intensidade do que fomenta o alcance de seus objetivos. A proteção da vida intrauterina não pode justificar uma intervenção estatal que enseja a violação dos direitos relativos à saúde física e psicológica, à privacidade, à autonomia e à liberdade reprodutiva inerentes às mulheres. Desse modo, a lei penal referente à interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação não está de acordo com a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

Diante do exposto, verifica-se que a criminalização do aborto, sobretudo quando realizado no período inicial da gestação não possui respaldo na regra da proporcionalidade. A intervenção estatal é inadequada pela ilegitimidade do objetivo pretendido e pela inidoneidade do meio empregado para alcançar a finalidade desejada. A medida é igualmente desnecessária por ir de encontro ao conceito de *ultima ratio* do Direito Penal e ser plenamente substituível por políticas alternativas, a exemplo do aconselhamento compulsório e do intervalo temporal entre a consulta e o procedimento abortivo. Por fim, as normas incriminadoras que *includem* sobre o aborto são desproporcionais em sentido estrito por causarem mais prejuízos às mulheres do que benefícios efetivos na proteção da vida do nascituro.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme amplamente debatido, a controvérsia inerente à criminalização do aborto materializa-se no embate entre a tutela da vida em seu âmbito intrauterino e a preservação dos direitos fundamentais das mulheres que desejam abortar. Nesse sentido, as teses favoráveis à tipificação penal da conduta consistem na prevalência do direito à vida, ainda que em processo de formação, em detrimento do direito à liberdade reprodutiva da gestante. As teses contrárias, por sua vez, implicam na primazia das garantias constitucionais conferidas ao ser humano já formado, quando em conflito de interesses com os direitos do feto em desenvolvimento.

O presente trabalho objetivou demonstrar a necessidade de descriminalização do aborto realizado nas doze primeiras semanas de gestação, sobretudo pela inconformidade existente entre a referida intervenção estatal e os preceitos constitucionais brasileiros. Para tanto, propôs-se a analisar julgamentos estrangeiros, precedentes judiciais, controvérsias, discussões e argumentos que envolvem o tema, solidificando o entendimento contrário à incidência do tipo penal na interrupção voluntária da gravidez praticada no primeiro trimestre de gestação.

O exame das principais decisões relativas às matérias proferidas pelas cortes constitucionais da Alemanha, dos Estados Unidos e de Portugal, coaduna com a tese defendida neste estudo. Com efeito, as legislações vigentes nos respectivos países não criminalizam o aborto realizado no primeiro trimestre de gestação e se utilizam de medidas extrapenais para tutelar a vida intrauterina. Desse modo, a partir de políticas como o aconselhamento compulsório e o tempo de espera entre a consulta e o procedimento abortivo, confere-se alguma proteção à vida do feto sem violar gravemente os direitos fundamentais das gestantes.

A análise da ADPF nº 54, enquanto precedente jurisprudencial, permitiu o conhecimento de argumentos e posições válidas tanto para a discussão sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos quanto para o debate relativo à descriminalização do aborto praticado nas doze primeiras semanas de gestação. Os fundamentos trazidos pelos ministros do STF, cujos votos foram favoráveis à não incidência do tipo penal aborto sobre a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo, envolvem a restrição de direitos inerentes às mulheres e a existência de diferentes teses sobre o início da vida.

Por sua vez, a apreciação do pleito e das alegações contidas no bojo da ADPF nº 442 funcionou como referência para a conclusão obtida através do presente estudo. Com efeito, os argumentos relativos à incompatibilidade entre a criminalização do aborto praticado nas doze primeiras semanas de gravidez e os preceitos constitucionais norteiam a análise proposta neste trabalho. A violação dos direitos fundamentais das mulheres e o descompasso entre a legislação brasileira e estrangeira no que se refere à descriminalização do aborto são pontos de grande pertinência trazidos pelos participantes da Audiência Pública e mencionados na petição inicial.

Além da discussão meritória acerca do aborto, foi necessário versar sobre a legitimidade do STF para realização do controle abstrato de constitucionalidade. Nesse contexto, foi ressaltada a pertinência da propositura de uma ADPF, enquanto mecanismo de controle para arguir a violação de preceitos constitucionais por parte dos artigos 124 e 126 do Código Penal, em sede da ADPF nº 442.

Por fim, buscou-se analisar a criminalização do aborto praticado no primeiro trimestre de gravidez sob a ótica da regra da proporcionalidade. Diante da ausência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da intervenção estatal em comento, concluiu-se que esta não pode ser considerada proporcional. Dessa maneira, a ineficácia da tutela penal conferida à vida intrauterina, a existência de medidas alternativas que se prestam para a mesma finalidade da norma incriminadora e a restrição desarrazoada dos direitos fundamentais inerentes às mulheres apontam para a desproporcionalidade da criminalização.

Em face de todas as informações expostas, o presente trabalho concluiu pela imprescindibilidade da descriminalização do aborto realizado nas doze primeiras semanas de gravidez, bem como pela legitimidade do STF no exercício do controle de constitucionalidade. Conforme defendido na ADPF nº 442, os artigos 124 e 126 do Código Penal não são recepcionados pela Constituição, notadamente por violarem os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como 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. Tal entendimento coaduna-se com precedentes brasileiros e com decisões proferidas em países desenvolvidos.

## REFERÊNCIAS

- 14ª Emenda Constitucional Americana**, Section 1. Disponível em: << <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=015/llsl015.db&recNum=739> >>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- 410 U.S 113, 93 S.Ct. 705 (1973). **Roe v. Wade**. Disponível em: << <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>>>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- 410 U.S. 179 (1973). **Doe v. Bolton**. Disponível em: <[https://law2.wlu.edu/deptimages/powell%20archives/70-40\\_DoeBolton.pdf](https://law2.wlu.edu/deptimages/powell%20archives/70-40_DoeBolton.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- 428 U.S.52. (1976). **Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth**, item **número 04**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- 448 U.S. 297 (1980). **Harris v. McRae**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/297/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
505. U.S. 833 (1992). **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- 530 U.S. 914 (2000). **Stenberg v. Carhart**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/99-830P.ZS>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- 550 U.S. 124 (2007), **Gonzales v. Carhar**. Disponível em: << <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/05-380>>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- 579 U.S. (2016), **Whole Woman's Health v. Hellerstedt**. Disponível em: << [https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274\\_new\\_e18f.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274_new_e18f.pdf)>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**: Esboço e críticas. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>>. Acesso em: 02 set. 2020.
- BRASIL. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: << <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496205>>>. Acesso em: 16 nov. 2020.



BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Artigo 1º. Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 442, Petição inicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Petição Inicial**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/06/Petic%CC%A7a%CC%83o-Inicial-ADPF-54.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Inteiro teor do Acórdão**. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Petição Inicial**. Consultor Jurídico- Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Decisão de Convocação de Audiência Pública**. Migalhas-Uol. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2018/3/art20180327-01.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Audiência Pública**. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntr iadagravidez.pdf>>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Controle de Constitucionalidade de normas pré-constitucionais**. Disponível em: <<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas\\_Venice\\_Forum/8Port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/8Port.pdf)>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Rio de Janeiro, 09 ago. 2016. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRENES, Anayansi Correa. **História da Parturição no Brasil, século XIX**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 148, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. II, Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a Mínima Intervenção Penal**. 2013. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo-USP, São Paulo. Orientadora: Profa. Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Disponível em: << [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/publico/dissertacao\\_Liliana\\_Carrard\\_versao\\_final.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/publico/dissertacao_Liliana_Carrard_versao_final.pdf)>>. Acesso em: 28 set. 2020.

CASTELBAJAC, Matthieu de. **Aborto Legal: Elementos Sociohistóricos para o Estudo do Aborto Previsto por Lei no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 10, n. 3 p. 39-72 Nov. 2009/Fev. 2010. Disponível em: << <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/90042/92823>>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. **Separação dos poderes: tendências e desafios**. Publicações- TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/10-30%20anos.pdf?d=637014768465844893>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CROCETTA, Pedro Antonio. **Entre constitucionalismo e democracia**. Periódicos UNESC. ISSN 2675-2808. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5791/5205>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – **Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo I**. 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2061-2.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2.<sup>a</sup> Edição, 2007, ISBN 978-972-32-1523-6

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto, 2016**. Disponível em: <<[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO\\_PesquisaNacionalAborto2016.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO_PesquisaNacionalAborto2016.pdf)>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

DUTRA, Carlos Alberto de Alckmin. **O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 13-31. Disponível em: <<

[https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/control\\_preventivo\\_de\\_constitucionalidade.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/control_preventivo_de_constitucionalidade.pdf)>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/10/edicao-1/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. Cadernos Jurídicos- TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

FREIRE, André. **Os referendos de 1998: ensinamentos para a próxima consulta popular**. Le Monde Diplomatique. Disponível em: <<<https://pt.mondediplo.com/spip.php?article400>>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

**GERMAN CRIMINAL CODE, Section 2018, Abortion**. Disponível em: <<[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1957](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1957)>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

HARVARD LAW REVIEW. **Whole Woman's Health v. Hellerstedt**, Disponível em: <<[https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/397-406\\_Online.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/397-406_Online.pdf)>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo. Editora: Marcial Pons, 2019

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v.2, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

KUAN, Ngai In. **A interrupção da gravidez: motivação da República Portuguesa e da República Popular da China**. 2014. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa- UAL, Lisboa. Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário. Disponível em: <<<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/736/1/Disserta%3%a7%3%a3o%20-%20A%20interrup%3%a7%3%a3o%20da%20gravidez-Motiva%3%a7%3%a3o%20da%20Rep%3%bablica%20Portuguesa%20e%20da%20Rep%3%bablica%20Popular%20.pdf>>>. Acesso em: 24 ago. 2020. p. 24.

LEGAL INFORMATION Institute (LII), **Cornell Law School, Abortion**. Disponível em: <<<https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/section-1/abortion>>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Mapa Oficial nº 01/2007**. 23 de fevereiro de 2007. Resultados do referendo nacional de 11 de fevereiro de 2007. Diário da República, 1.a série — Nº 43 — 01 de março de 2007. Disponível em: <<[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/resultados\\_rn\\_1\\_2007.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/resultados_rn_1_2007.pdf) >>. Acesso em: 26 ago. 2020

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: 2007, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo. Editora: RT, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Abortamento seguro: orientação técnica e de política para sistemas de saúde**. Segunda edição. Biblioteca da OMS. 2013. ISBN 978 92 4 854843 7. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437\\_por.pdf;jsessionid=8006872E2E72D711521280A2BE4B2E59?sequence=7](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf;jsessionid=8006872E2E72D711521280A2BE4B2E59?sequence=7)>. Acesso em: 26 nov. 2020.

**PARTIAL-BIRTH ABORTION BAN ACT OF 2003**. Disponível em: <<<https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/3> >>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Os Direitos Individuais e a revisão do direito pré-constitucional brasileiro em sede de controle concentrado de constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito- UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 3, 2014.

PLANNED PARENTHOOD FEDERATION OF AMERICA (PPFA). **Parental Consent and Notification Laws**. Disponível em: <<<https://www.plannedparenthood.org/learn/teens/stds-birth-control-pregnancy/parental-consent-and-notification-laws> >>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PORTUGAL. **Acórdão 288/98**. Diário da República n.º 91/1998, 1º Suplemento, Série I-A de 1998-04-18. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/conteudo/666482> >>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PORTUGAL. **Acórdão nº 75/2010**. Diário da República n.º 60/2010, Série II de 2010-03-26. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/conteudo/2670436>>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PORTUGAL. **Lei nº 16/2007**. Diário da República n.º 75/2007, Série I de 2007-04-17. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/conteudo/519464> >>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PORTUGAL. **Lei nº 6/84**. Diário da República n.º 109/1984, Série I de 1984-05-11. Disponível em: <<<https://dre.pt/pesquisa/-/search/385266/details/normal?jp=true%2Fen> >>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PORTUGAL. **Lei nº 90/97**. Diário da República n.º 174/1997, Série I-A de 1997-07-30. Disponível em: << <https://dre.pt/application/conteudo/144792>>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PORTUGAL. **Portaria nº 189/98**. Diário da República n.º 68/1998, Série I-B de 1998-03-21. Disponível em: << <https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/interruptao-voluntaria-da-gravidez/portaria-n-18998-publicado-a-21-de-marco-pdf.aspx>>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Acórdão nº 25/84**. Diário da República n.º 80/1984, Série II de 1984-04-04. Disponível em: <<<https://dre.pt/application/file/67604599>>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Acórdão**. Disponível em: <<[https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/reprohealth/portugal\\_1985\\_acordao\\_85.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/portugal_1985_acordao_85.pdf)>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 167/168

RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, mai. 2017. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68946/66544>>. Acesso em: 15 Nov. 2020.

SANTOS, Marcos André Couto. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: limites e finalidades do instituto no direito constitucional brasileiro**. 2003. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco- UFPE, Recife. Orientador: Professor Doutor Raymundo Juliano Rêgo Feitosa. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4854/1/arquivo7214\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4854/1/arquivo7214_1.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Mundo Jurídico, Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao\\_do\\_aborto\\_e\\_constituicao\\_daniel\\_sarmento.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2020.

SIEGEL, Reva B. **The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions**. 2007, Disponível em: <<[https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=fss_papers)>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SILVA, Edilson Freire da. **Vida humana e o crime de abortamento**. 2010. Tese. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. Orientador (a): Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Disponível em: <<<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9015/1/Edilson%20Freire%20da%20Silva.pdf>>>. Acesso em: 03 set. 2020.

SILVA, Fernando. **Direito penal especial crimes contra as pessoas**, 3.<sup>a</sup> edição (revista e atualizada). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011, ISBN 978-972-724-563-5

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 798, 2002: 23-50. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político**. ISSN Eletrônico: 2177-1758. Disponível em:

<<

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.18\\_n.03.06.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf)>>. Acesso em: 25 set. 2020. P. 206/210.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper a gravidez**. Disponível em: <<

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>>.

Acesso em: 17 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência internacional**. 2019, Disponível em:

<<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa1Abortoatualizada18022019.pdf>>> . Acesso em: 19 ago. 2020

VANDEWALKER, Ian. **Abortion and Informed Consent: How Biased Counseling Laws Mandate Violations of Medical Ethics**. Michigan Journal of Gender & Law. 2012, Volume 19, Issue 1. Disponível em:

<<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=mjgl>>.

Acesso em: 26 nov. 2020.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan. /mar. 1999.

Disponível em:<<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>>. Acesso em: 24 set. 2020.