

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

LORHANNE CLAUDINE MENDES NETO

INCONSTITUCIONALIDADE DA ADPF 442: ativismo judicial e a descriminalização do  
aborto até a 12ª semana de gravidez

GOIÂNIA

2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
FACULDADE DE DIREITO

## **TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG**

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

### **1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)**

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): Lorhane Claudine Mendes Neto

Título do trabalho: "Inconstitucionalidade da ADPF 442: ativismo judicial e a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez"

### **2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento**

[ X ] SIM [ ] NÃO<sup>1</sup>

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

### **Casos de embargo:**

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

**Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.**



Documento assinado eletronicamente por **Denise Fonseca Félix De Sousa, Professora do Magistério Superior**, em 28/08/2023, às 17:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Lorhane Claudine Mendes Neto, Discente**, em 28/08/2023, às 18:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://sei.ufg.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **4000059** e o código CRC **CE9A0482**.

---

**Referência:** Processo nº 23070.048901/2023-59

SEI nº 4000059

LORHANNE CLAUDINE MENDES NETO

INCONSTITUCIONALIDADE DA ADPF 442: ativismo judicial e a descriminalização do  
aborto até a 12ª semana de gravidez

Trabalho de Curso apresentado à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal de Goiás, como  
requisito para obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

Orientadora: Dra. Denise Fonseca Felix de Sousa

GOIÂNIA

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Neto , Lorhanne Claudine Mendes  
INCONSTITUCIONALIDADE DA ADPF 442 [manuscrito] : ativismo judicial e a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez / Lorhanne Claudine Mendes Neto . - 2023.  
XXV, 25 f.

Orientador: Prof. Denise Fonseca Felix de Sousa.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Direito, Goiânia, 2023.  
Bibliografia.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Aborto. 3. ADPF 442. 4. Ativismo judicial. 5. Casos difíceis. I. Sousa, Denise Fonseca Felix de, orient. II. Título.

CDU 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
FACULDADE DE DIREITO

## ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao(s) vinte e dois dia(s) do mês de agosto do ano de 2023 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “Inconstitucionalidade da ADPF 442: ativismo judicial e a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez”, de autoria de Lorhane Claudine Mendes Neto, do curso de Direito, do(a) Faculdade de Direito da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Professora Dra. Denise Fonseca Félix de Sousa com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Professora Mestre Andrea Tavares Ferreira de Assis. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do(a) estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final 10,0, tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Denise Fonseca Félix De Sousa, Professora do Magistério Superior**, em 28/08/2023, às 17:34, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Andrea Tavares Ferreira De Assis, Professor do Magistério Superior**, em 29/08/2023, às 11:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://sei.ufg.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **4000043** e o código CRC **3EC069D9**.

Referência: Processo nº 23070.048901/2023-59

SEI nº 4000043

**Minhas mãos ainda estão molhadas do azul das  
ondas entreabertas, e a cor que escorre de meus  
dedos colore as areias desertas.**

**(Cecília Meireles, Antologia Poética)**

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus pela vida e suas infinitas bênçãos. A Ti, agradeço pela existência dos meus pais, **Claudino e Ivone**, que me legaram valores e confiaram em meu potencial. Mãe, a minha grande incentivadora e conselheira, agradeço por cada palavra e ato de amor, por doar pedaços do seu doce e compassivo coração, servindo com esse “dom de si” precioso. Com você, aprendi a enxergar a dor do outro com desconforto. Pai, muito obrigada por contribuir com a minha formação pessoal e intelectual. Espero sempre honrá-los. Agradeço à minha irmã, referência ao longo de toda a minha trajetória estudantil e acadêmica. **Rhayanne**, é por seguir seu exemplo de bondade, competência e dedicação, que pretendo me tornar uma profissional mais humana. Agradeço ao meu irmão, o “cara” mais sábio que conheço, de uma maturidade inigualável. **Júnior**, como te admiro! As realizações adiante serão apenas reflexo do seu nobre caráter. Agradeço à minha família: aos meus sobrinhos, **Gabriel e Miguel**, pelo carinho, encanto e por abrilhantarem os meus dias... vocês me fazem a “titia” mais feliz desse mundo. Ao meu padasto, **José Carlos**, por todo apoio. À minha avó, **Dalva** (*in memoriam*), gostaria de agradecer pelos ensinamentos de vida, cujo brilhantismo, singularidade e bravura me moldaram. Jamais me esqueceria daquela que assumiu os meus primeiros cuidados e testemunhou os meus primeiros passos, cirurgicamente, apontando o caminho, tal qual seu “rasgar-se” e “remendar-se”. À minha madrinha, **Nena**, alma de imensa luz, obrigada pela inspiração, fortaleza e por me encorajar a seguir os meus sonhos. Amo cada um de vocês, eternamente. Registro o meu profundo agradecimento pela vivência que tive nesses cinco anos de UFG. Na universidade consegui me emancipar e vislumbrar uma operação do Direito enquanto agente de transformação social. Agradeço a todos os meus amigos, em especial, às minhas caras amigas, **Sofia e Karen**, presentes da graduação. Gostaria de agradecer à minha orientadora, **Dra. Denise Fonseca Felix de Sousa**, pela gentileza em aceitar o convite e pelas considerações prestadas. Nesse passo, agradeço à **Ma. Andrea Tavares Ferreira de Assis**, por disponibilizar de seu tempo para avaliar o presente estudo. Sigo, agora, rumo a novos horizontes, com a certeza de que todos os capítulos vividos na FD estarão sempre na memória.

## Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade de deferimento do pedido veiculado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ponderando os limites de atuação da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte brasileira em um Estado Democrático de Direito. Primeiro, questiona-se se o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de admitir a realização do aborto até o terceiro mês de gestação, estará agindo como legislador positivo, ou julgando o caso em conformidade com as normas constitucionais. Em seguida, tratando-se de um caso difícil, será examinada a proposta de Ronald Dworkin, para solucionar os chamados *hard cases*. O tema, amplamente controverso no debate público, reporta ao início e término da vida, e a sua interrupção prematura. Do exposto, defende-se a tese de que não é cabível na via do controle concentrado de constitucionalidade a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez, por constituir deliberação reservada às competências constitucionais, às capacidades institucionais e à legitimidade democrática do Poder Legislativo. Logo, o pedido submetido à apreciação do Supremo, para ser acolhido, exige o exercício de funções legislativas que não foram conferidas ao Poder Judiciário, o qual é, por natureza, limitado, não autorizando a reformulação da Constituição com a abrangência que se lhe vem emprestando.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Aborto. ADPF 442. 12ª semana de gravidez. Ativismo judicial. Casos difíceis.

## Abstract

The objective of this article is to analyze the possibility of granting the request conveyed in the Argumentation of Non-compliance with Fundamental Precept 442, considering the limits of the constitutional jurisdiction exercised by the Brazilian Supreme Court in a Democratic State of Law. First, it is questioned whether the Federal Supreme Court, in the event of admitting the performance of abortion until the third month of pregnancy, will be acting as a positive legislator, or judging the case in accordance with constitutional norms. Then, as it is a difficult case, Ronald Dworkin's proposal will be examined to solve the so-called hard cases. The theme, widely controversial in the public debate, relates to the beginning and end of life, and its premature interruption. Based on the foregoing, the thesis is defended that the decriminalization of abortion up to the 12th week of pregnancy is not appropriate in the path of concentrated constitutionality control, as it constitutes a deliberation reserved for the

constitutional competences, institutional capacities and democratic legitimacy of the Legislative Power. Therefore, the request submitted to the Supreme Court, in order to be accepted, requires the exercise of legislative functions that were not conferred on the Judiciary, which is, by nature, limited, not authorizing the reformulation of the Constitution with the scope that has been lending it.

**Keywords:** Constitutionality Control. Abortion. ADPF 442. 12th week of pregnancy. Judicial activism. Hard cases.

## SUMÁRIO

**RESUMO**

***ABSTRACT***

**INTRODUÇÃO**

**1 FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**1.1 Supremo Tribunal Federal enquanto legislador positivo e as decisões aditivas**

**1.2 Competência decisória do legislador democraticamente legitimado e a postura de autocontenção da Suprema Corte**

**2 CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE RONALD DWORKIN PARA SOLUCIONAR CASOS DIFÍCEIS: O ARGUMENTO DE PRINCÍPIO E O ARGUMENTO DE POLÍTICA**

**2.1 Perspectiva para o julgamento da ADPF 442 à luz da teoria dworkiniana**

**CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

## Introdução

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), objetiva que seja declarada a não recepção parcial, pela Constituição Federal, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, dispositivos que tipificam como crime contra a vida as condutas de “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” e de “provocar aborto com o consentimento da gestante”.

No ponto, pretende-se o afastamento do âmbito de incidência dos aludidos tipos penais da interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas doze primeiras semanas, sob a alegação de incorrerem em ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, assim como aos 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, inscritos nos artigos 1º, I e II, 3º, IV, 5º, *caput* e I e III, 6º, *caput*, 196 e 226, § 7º, da Constituição Federal.

O debate abrange a interpretação do princípio da separação de Poderes e a discussão a respeito das funções a serem desempenhadas pelos Poderes Judiciário e Legislativo na resolução de demandas intrincadas objeto de dissídios e discordâncias que sobrelevam o âmbito jurídico, perpassando a alçada dos consensos sociais de caráter político, filosófico, científico, moral, ético e religioso.

No que compete ao fenômeno do ativismo judicial, analisaremos se o pedido apresentado para que o Supremo Tribunal Federal atue como legislador positivo deve ou não ser admitido à luz da ordem jurídica constitucional. Em outras palavras, se a controvérsia afeta à descriminalização do aborto impõe a Suprema Corte um comportamento de autocontenção e deferência ao papel constitucionalmente atribuído ao Parlamento, com vistas a manter a harmonia e a independência entre os Poderes.

Por fim, faremos um ensaio em torno da perspectiva para o julgamento da ADPF com amparo na contribuição de Ronald Dworkin para os chamados casos difíceis (*hard cases*) que devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, levando em consideração a alteridade entre argumento de princípio e argumento de política.

A propósito da legitimação do controle de constitucionalidade, um enunciado se faz necessário. Em que pese no plano de dissensos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais devem ser jurídicos, premissa esta que constitui o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com isso em mente, a delimitação do tema decorre de se aferir se é prudente judiciousa contenção da Corte, pois a atuação fora dos contornos circunstanciais do caso pode presidir intervenções judiciais desproporcionais. Assim, será possível investigar se, dentro de um sistema de direitos e garantias com eixos já estabelecidos, se autorizaria a um tribunal vedar terminantemente certos raciocínios jurídicos para a defesa da liberdade, mas deferi-los contra a vida.

## **1 Fenômeno do ativismo judicial e a violação ao princípio da separação dos Poderes**

O ativismo judicial trata-se de corolário do reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, que passou a exigir dos intérpretes uma nova postura, alijando a concepção formalista do método da subsunção. Nesses termos, consiste em uma opção de comportamento a ser adotado pelo magistrado além dos limites admitidos constitucionalmente, pelo que ao buscar o sentido e o alcance do texto de forma mais expansiva, o Poder Judiciário exerce uma invasão na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (RIBEIRO; ROCHA, 2014).

Para Hesse (1991), os limites do texto devem ser observados. Quando o texto constitucional organiza os poderes delimitando as suas funções, as últimas devem ser aplicadas dentro dos limites impostos. Não há permissão para o exercício do ativismo judicial quando se tem como baliza o sentido da proposição normativa e nesta se determina o respeito ao princípio da separação de Poderes. Com o exercício do ativismo judicial, a Constituição perde sua força normativa, em razão da sua desestabilização (DIAS; SÁ, 2020, p. 177).

Ainda segundo o autor, não há que se falar em autorização para o ativismo judicial, ao passo que é inconcebível uma interpretação que viole outra norma constitucional, como a que assegura a separação dos Poderes; restando ao legislador democraticamente eleito a primazia na concretização da Constituição e na harmonização de bens e direitos. A propósito, poderá o Judiciário, eventualmente, apurar se houve abusos em tal atividade, mantendo-se no exercício das funções a ele atribuídas, e em observância à divisão de atribuições assente.

Fernandes (2018, p. 16) no tocante às decisões manipulativas do Supremo Tribunal Federal, conclui:

O crescente emprego de decisões manipulativas pelo STF tende a transformá-las em decisões típicas. Essa profusão de decisões manipulativas oriundas do STF patenteia uma tendência irreversível da Corte de gradativo abandono do paradigma kelseniano do legislador meramente negativo e à assunção do papel de legislador positivo, eventualmente modificando informalmente a própria Constituição, passando, dessarte, de intérprete e guardião para ‘construtor’ da Constituição.

Contextua o autor essa propensão do STF em um quadro internacional de alargamento e de politização da “jurisdição constitucional”. E sobressalta a indispensabilidade de observação de “limites e parâmetros” a essa atividade a fim de refrear seu agravo em “puro decisionismo e arbítrio judicial”, o que é extremamente “deletério à democracia, ao equilíbrio entre os Poderes e à governança” (FERNANDES, 2018, p. 16).

No que diz respeito aos limites da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte, o Ministro Luiz Fux expôs, em pronunciamento:

A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípua de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais.

Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988. Trata-se de olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador. Afinal, como afirma o professor Daryl Levinson, a legitimidade da jurisdição constitucional assenta-se, entre outros fatores, na capacidade de os juízes produzirem decisões qualitativamente diferentes daquelas produzidas pelos agentes políticos dos demais poderes.

O pressuposto das cláusulas de independência e de harmonia entre os poderes consiste precisamente no fato de que cada um deles desenvolveu, ao longo do tempo, distintas capacidades institucionais. Não fossem distintas as habilidades de cada um dos poderes, não haveria necessidade prática de haver separação entre eles.

Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos e que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação. (...) (ADI 6.298-MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.2.2020)

Nesse contexto, não é viável que o STF, no exercício da jurisdição constitucional que lhe foi atribuída pela Carta Magna, empreenda juízos eminentemente políticos de incumbência do Poder Legislativo. Em outras palavras, na análise da constitucionalidade de leis e atos normativos, os parâmetros de controles não de ser os estritos termos do que preceituado na Lei da República.

Apesar da alegada ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem assim, aos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, não se vislumbra que esses preceitos apontem à única, precisa e inarredável interpretação juridicamente válida de que os tipos penais previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal

não teriam sido recepcionados se incidentes durante as doze primeiras semanas de gestação, e de que só seriam com eles compatíveis caso aplicados após o referido período de gravidez.

De acordo com parecer do douto representante do Ministério Público Federal (2020, p. 18) nos autos da ADPF 442, os princípios constitucionais em referência deferem ao Poder Legislativo razoável margem de conformação para, no exercício da competência concedida pelo artigo 5º, XXXIX<sup>1</sup>, da Constituição, definir quais condutas merecem ser tipificadas como crime contra a vida, para estabelecer marcos temporais sobre o momento a partir do qual o bem jurídico vida há de ser juridicamente protegido, bem como para cominar as respectivas penas, observadas as demais balizas constitucionais e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em comentários ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre atos do Legislativo, Marcelo Neves (2014, p. 26) alerta que o excesso de atividade jurisdicional em questões eminentemente políticas constituiria fator decisivo para instituir uma crise de funcionamento e de legitimação no Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, o foro constitucional e democraticamente legítimo para definir o marco temporal a partir do qual a interrupção da gravidez merece ser tipificada como crime há de ser o Congresso Nacional, considerando sobretudo:

(i) a complexidade e as distintas possibilidades de disciplina legislativa da temática da descriminalização do aborto; (ii) a existência de argumentos irreconciliáveis e antagônicos, embora consistentes e aptos a serem considerados compatíveis com a Constituição Federal, defensores de teses favoráveis e contrárias à criminalização do aborto; (iii) a multiplicidade de posicionamentos sobre o tema, fundados em razões jurídicas, políticas, científicas, éticas, morais e religiosas; (iv) a elevada quantidade de pessoas atingidas pela determinação do Estado a respeito da matéria; (v) a ausência de dispositivo expresso da Constituição Federal que institua o denominado direito ao aborto e; (vi) as competências concedidas pela Carta da República aos poderes Legislativo e Judiciário (Parecer Ajconst/nº 142513/2020, p. 23-24).

Em caso semelhante, relativo à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, advertiu o Ministro Edson Fachin que, em face de um tema de natureza penal, é presciente judiciousa contenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, tanto à luz do regime das liberdades, quanto da proteção social insuficiente (RE 635.659-RG<sup>2</sup>, Rel. Min. Gilmar Mendes).

---

<sup>1</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>2</sup> Julgamento pendente de conclusão.

Na discussão teórica a respeito dos limites de atuação da Suprema Corte no enfrentamento de questões constitucionais politicamente sensíveis, diferentemente de compreensões idealistas que pretendam conferir aos magistrados aptidão para conceder a melhor solução e interpretação jurídica possível nos casos concretos a eles submetidos, frisa-se que os juízes têm capacidades institucionais limitadas (DWORKIN, 2003, p. 286).

### **1.1 Supremo Tribunal Federal enquanto legislador positivo e as decisões aditivas**

A figura do legislador positivo cria, dentro do próprio ordenamento jurídico, as situações necessárias que respondam à inércia imotivada do Poder Legislativo. Nesse diapasão, quando o Poder Legislativo deixa de atuar ou agir adequadamente, sem motivos plausíveis e em tempo incompatível, o Poder Judiciário se legitima a resguardar a Constituição Federal. Na atuação enquanto legislador positivo, o STF estende a sua jurisdição para preencher lacunas técnicas de normas inconstitucionais omissas, a partir de outra norma analógica com afinidade ao tema tratado (NETO, 2021, p. 87-88).

Segundo Benedito Torres Neto (2020), trata-se estado de omissão inconstitucional (lacunas normativas que produzem resultados normativos inconstitucionais). Nesse ensejo, para que tal ocorra, o Supremo assumiria a posição de legislador positivo, inserindo no rol das exceções relativas ao aborto, a descriminalização, até a 12<sup>a</sup> semana de gravidez.

Ademar Borges Sousa Filho (*apud* NETO, 2020, p. 51-52), em artigo onde fala sobre a possibilidade do STF atuar como legislador positivo, destaca que o revés não está em saber se a interpretação conforme a Constituição permite ou não a produção de novas normas jurídicas; é evidente que não permite. O problema real consiste em definir, em cada caso, se o pedido apresentado para que o STF atue como legislador positivo deve ou não ser admitido à luz da ordem jurídica constitucional. O importante é verificar se o Supremo pode ou não assumir a função de legislador.

Ainda para Sousa Filho, a atividade desenvolvida pela Corte constitucional, nessa hipótese, encerra a elaboração de norma jurídica para a superação de uma situação de vazio normativo inconstitucional. Não se trata, pois, de mera interpretação de norma jurídica existente em conformidade com a Constituição. Realiza-se, a partir do reconhecimento de que existe um vazio normativo, verdadeira integração do ordenamento mediante a adição de novo segmento normativo.

No mesmo artigo, o autor propõe como particularidade e limitação do poder de legislar do STF o mandado de injunção<sup>3</sup>, que para efeito de sua concessão são necessárias as seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa a exceder período razoável de tempo; (v) inviabilidade do exercício do direito.

Caso tais limitações fossem utilizadas pelo STF, nos exatos termos do mandado de injunção, estaríamos diante de duas condições que não seriam ultrapassadas para a concessão da descriminalização do aborto e conseqüente provimento do pedido. A primeira delas seria a ausência de norma reguladora, e aqui, ao contrário do que se propaga, existe a norma reguladora, pois o Código Penal em seu artigo 128 é cristalino ao prever as situações de exceções de descriminalizações do aborto, sendo apenas duas. A uma, se não há outro meio de salvar a vida da gestante. A duas, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante (NETO, 2020, p. 52).

De acordo com o autor, nas decisões aditivas, o STF origina uma norma, usurpando a esfera de atribuição do Poder Legislativo. Não se tratando, assim, de interpretação conforme a Constituição, mas ocorrendo a criação ou uma adição de um novo segmento normativo. É completamente inadequada a intervenção sobre uma possível omissão. O Supremo não goza de fundamento jurídico cabível para legislar e normatizar sobre o aborto. Aduz Sousa Filho:

Pode-se afirmar, assim, que as sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais). Nas decisões denominadas aditivas, o Supremo Tribunal Federal cria normatividade. É o Judiciário que edita a norma. Nesses casos, importa investigar, em cada caso, se o ato de criação do direito por meio de sentença aditiva invade ou não a esfera de atuação legítima do Poder Legislativo (SOUSA FILHO, 2019, p. 383).

Intentar lesão à principiologia constitucional e às suas bases morais culmina em um ato decisório de “revisão constitucional” pelo Poder Judiciário, de forma arbitrária, obviamente. Nesse passo, procede-se de modo a cancelar alterações informais na Constituição por intermédio de suposta “interpretação”, nada menos que uma escusa para a reforma substancial do ordenamento.

Enquanto legislador positivo, age o Judiciário modificando o conteúdo ou o alcance da norma constitucional, analogamente, um “constituente, promovendo emendas à margem do

---

<sup>3</sup> Art. 5º. (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

procedimento de revisão formal pelo Legislativo”. No limite, chega a pretender atuar “como legislador constituinte originário”, com o desígnio de alterar “o núcleo essencial do conteúdo ou alcance de cláusulas pétreas, impassível de revisão formal” (FERNANDES, 2018, p. 83).

Na preleção de Ramos:

O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador de seus resultados. Conforme observa Konrad Hesse, o limite da textualidade ‘é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição’ e se, por um lado, ‘inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação’, por outro, ‘exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação’. E arremata seu pensamento sentenciando que ‘onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição’ (RAMOS, 2010, p. 168).

Em que pese se reconheça a atribuição das Cortes Constitucionais na proteção de direitos fundamentais e na invalidação de normas contrárias à Constituição, controvérsias objeto de elevado desacordo jurídico, político, filosófico, ético, moral e religioso entre cidadãos, como a discussão a respeito do marco temporal de tipificação penal da interrupção da gravidez, merecem ser solucionadas e definidas no âmbito do Legislativo, Poder da República que detém legitimidade democrática e capacidade institucional para decidir sobre as questões políticas mais relevantes, conflitantes e sensíveis à sociedade (Parecer Ajconst/nº 142513/2020, p. 24).

## **1.2 Competência decisória do legislador democraticamente legitimado e a postura de autocontenção da Suprema Corte**

Segundo Sarmiento e Souza Neto (2014, p. 434-438), a teoria constitucional desenvolveu a ideia de capacidades institucionais, segundo a qual os juízes, nas controvérsias em que envolvidos conhecimentos técnicos complexos e especializados distintos da área jurídica – como em assuntos aprofundados e conflitantes de natureza política, científica, administrativa ou econômica –, não de adotar posições mais deferentes e autocontidas perante as decisões proferidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, estes sim compostos por quadro de pessoal mais diversificado e com formação técnica especializada para consultoria e assessoramento na definição daquelas questões específicas.

Nesse espeque, Robert Alexy (2015) traz à discussão sobre as funções a serem desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que denomina de princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, o qual exige “que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado” e impõe à Suprema Corte o dever de respeitá-las.

Para o teórico alemão, referido princípio correlaciona-se com o que intitula de espaços epistêmicos de discricionariedade do legislador, que se caracterizam pela incerteza empírica ou normativa sobre o que a Constituição determina, impede ou permite. No âmbito desses espaços epistêmicos, há ampla liberdade de conformação democrática para o legislador proferir decisões em um ou outro sentido, aptas a serem consideradas compatíveis com a Constituição, impondo ao Tribunal Constitucional, quanto a elas, uma postura de autocontenção (ALEXY, 2015, p. 612-615).

A decisão a respeito da criminalização ou descriminalização do aborto não exige apenas conhecimentos jurídicos sobre os princípios constitucionais passíveis de aplicabilidade, mas também a consideração de questões dos mais diversos âmbitos da vida em sociedade, exigindo-se, não só o auxílio de um corpo técnico multidisciplinar, como a necessária participação dos cidadãos, pelos mecanismos constitucionais de democracia participativa (Parecer Ajconst/nº 142513/2020, p. 30).

Assim, cabe ao Legislativo deliberar sobre o marco a partir do qual o aborto há de ser considerado crime, por ser o Poder dotado das capacidades institucionais próprias para tanto, possuindo quadro de consultores especializados, comissões temáticas e, por fim, a legitimidade do voto popular que elege representantes para a definição de leis.

Vejamos o alerta de Fernandes:

Há que ter cuidado, ademais, com o real grau de assentimento popular, porquanto há determinados grupos minoritários cujo nível de organização e cujo poder de pressão e de influência são tão elevados que se impõem e se fazem atender dando a impressão de que são grupos majoritários.

Assim, embora uma adesão popular maciça a determinado argumento não seja garantia de sua racionalidade, justiça ou veracidade, ela impõe, porém, ao julgador (a) um dever de devida consideração e (b) um ônus argumentativo reforçado para evidenciar sua sem – razão (FERNANDES, 2018, p. 318 *apud* CABETTE, 2019, p. 2).

Aliás, cabe mencionar a admissão como *amicus curiae* na ADPF 442 de entidades que promovem a prática do aborto, fornecem medicamentos abortivos e fazem propaganda de meios abortivos no Brasil. Cabette (2019, p. 3) defende que admitir à discussão quem já as perpetra é declarar a autorização do procedimento, contrariamente à ordem posta. Em suas palavras:

De acordo com o exposto resta nítido que a postura do STF não se perfaz como preconiza a corrente do neoconstitucionalismo, simplesmente por uma atuação de maior amplitude do judiciário no exercício legítimo de sua função para além das amarras de uma interpretação meramente gramatical ou exegética da legislação. A postura é de um ativismo militante de natureza política que escancara uma parcialidade inadmissível em um órgão jurisdicional. Parece que a única manobra realizada para dar ares de imparcialidade ao julgamento foi a instalação das audiências públicas. Mas, ao que se apresenta, não passa de uma cortina de fumaça por detrás da qual se oculta uma nítida militância absolutamente incompatível com o exercício da jurisdição (CABETTE, 2019, p. 8).

Manifestamente, os Ministros do Supremo procuram subordinar “a própria Constituição àquilo que eles acreditam ser justo e correto. A lei, para esse grupo, só é entendida como ferramenta ou como obstáculo, conforme ela esteja a seu favor ou contra ele” (TRIGO, 2018, p. 230 *apud* CABETTE, 2019, p. 14). Todavia, sublinhe-se que o STF é apenas um guarda da Constituição e não o seu dono.

Portanto, no papel de guarda precípua da Constituição, incumbe à Suprema Corte zelar para que a legislação criminal seja e permaneça hígida e compatível com a Carta Magna, inclusive aquela que tipifica o aborto como crime.

Morais expõe (2011, p. 422) o vício desse tipo de decisão judicial, cujo corolário é o alargamento, via operação interpretativa, do objeto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, gerando, de fato, novas normas e até novos regimes normativos, com pretendido valor constitucional.

É incoerente presumir velar a literalidade notória dos dispositivos constitucionais, com os quais conformam um sistema. Passar sobre aquela não é algo que se possa fazer com impunidade, não em um Estado Democrático de Direito (CABETTE, 2019, p. 16).

Pode-se afirmar:

que o STF vem procedendo a mudanças informais na Constituição pela via interpretativa, exorbitando da sua atribuição de guardião da Constituição. O decantado ‘poder constituinte difuso’ é, por natureza, limitado, não autorizando a reformulação da Constituição com a abrangência que se lhe vem emprestando. A liberdade interpretativa do STF é limitada pela própria natureza de sua função de guardião, e não de senhor da Constituição. A criatura (STF) não pode deformar o seu criador (Constituição). O papel contramajoritário do STF não pode jamais ser exercido contra a vontade objetiva da Constituição. Se a Suprema Corte procede *ultra vires* e abusa de sua prerrogativa quanto ao ‘monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional, o Estado de Direito e a Democracia periclitam (FERNANDES, 2018, p. 171).

É apenas mediante distorções materiais, como o conceito de dignidade humana, e formais, a exemplo da violação à tripartição dos Poderes, que se pode pensar uma instrumentalização do Judiciário para legalizar o aborto por via de uma ADPF, defraudando a vontade popular e de seus representantes legítimos (CABETTE, 2019, p. 18).

Portanto, a controvérsia referente à descriminalização do aborto impõe ao STF um comportamento de autocontenção e deferência ao papel constitucionalmente atribuído ao Parlamento. Dado o elevado caráter político da discussão que se apresenta na arguição, importa ao Supremo adotar o prudente comportamento de autocontenção, de modo a confiar ao Congresso Nacional a deliberação acerca da descriminalização do aborto durante as doze primeiras semanas de gravidez.

## **2 Contribuição teórica de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis: o argumento de princípio e o argumento de política**

Em face dos limites de atuação da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte brasileira e das questões a serem apreciadas quando do julgamento da ADPF, pretende este capítulo valer-se da contribuição do notável Jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin com a finalidade de esclarecer a metodologia que poderá nortear o debate, para não afetar a legitimidade do julgamento e o princípio democrático.

Para compreender Dworkin, pressupõe-se, assim, o reconhecimento de sua completa aversão à discricionariedade, e que suas teorias, em linhas gerais, procuram controlar o subjetivismo a partir de uma postura que observe o respeito à tradição, à virtuosidade do círculo hermenêutico e à integridade e à coerência do direito (STRECK, 2014, p. 436).

A contrario sensu, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 124.306/RJ, em acórdão cuja relatoria foi designada ao Ministro Luís Roberto Barroso, julgou o caso reconhecendo a possibilidade da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Em voto que conduziu o julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou as seguintes premissas: (i) violação a direitos fundamentais das mulheres (violação à autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres); e (ii) violação ao princípio da proporcionalidade (RONCHI, 2018, p. 483).

Embora prolatada por uma das turmas do STF, certo é que a decisão acena para mais uma ampliação das hipóteses de aborto, autorizando, assim, que a mulher tenha absoluto autogoverno sobre o seu corpo até os três primeiros meses de gestação. Ao discorrer sobre o *status* jurídico do embrião durante a fase inicial de gestação, o Ministro pondera sobre a existência de duas posições antagônicas em relação ao tema, anotando que a primeira corrente sustenta a existência de vida desde a concepção, isto é, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células, enquanto a outra vertente vai defender que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência, o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação, não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Indica o Ministro, ainda, a inexistência de solução jurídica para a controvérsia e que essa sempre se associará uma escolha de cada um a respeito da vida e, segundo ele, “exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher” (RONCHI, 2018, p. 485).

Resta evidente, nesse desiderato, que a tese condutora do julgamento no HC nº 124.306/RJ vincula-se à corrente segundo a qual a vida humana somente se inicia quando há a completa formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência. Mas, para além da extenuante e frágil questão de se definir o início da vida humana, optou-se, também, por se realizar uma ponderação do direito à vida, no caso de esta se iniciar com a concepção/fecundação, com outros princípios igualmente essenciais ao Estado Democrático de Direito, tais como dignidade da pessoa humana e proporcionalidade.

Segundo Marcelo Neves (2014, p. 52), Ronald Dworkin, crítico da noção de discricionariedade judicial, inaugura o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. A teoria do direito do filósofo e jurista pressupõe um diálogo com a teoria da justiça de John Rawls, e toma como ponto de partida a crítica da noção hartiana da textura aberta do direito, conforme a qual as situações não reguladas por regras ficariam no âmbito da discricionariedade do juiz, assim:

O argumento positivista levaria à tese de que, ‘quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade do direito. Ou, para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes’. E Dworkin é peremptório: ‘Ele [o positivista] conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário – o que é falso’. Então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso (NEVES, 2014, p. 52 *apud* RONCHI, 2018, p. 488).

Para efeito de evitar que o *hard case* em questão seja abordado de forma subjetiva e com grau de discricionariedade, é preciso distinguir o argumento de princípio do argumento de política, e este último, embora mereça séria consideração, deve ser tratado em sede própria, isto é, em ambiente político composto por representantes do povo, que convivem diariamente com todo o tipo de pressão popular.

O autor propõe que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas, com isso, tece os seguintes conceitos:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2017, p. 36).

Para Ronchi (2018, p. 490), é patente que o escopo da proposta de Dworkin é encontrar uma forma de juízes e tribunais, ao se depararem com casos difíceis, decidirem de uma forma que não afete a integridade do Direito e não comprometa o princípio democrático.

Logo, aferir a discrepância entre tais argumentos é basilar para a adequada fundamentação dos pronunciamentos decisórios a partir de uma observação, por parte do julgador, de toda uma “consciência histórico efetual” (GADAMER, 1999 *apud* RONCHI, 2018, p. 490).

Nesse sentido, Dworkin assenta:

Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência (DWORKIN, 2017, p. 133).

Ante o exposto, as decisões sobre políticas devem, necessariamente, ser operadas mediante algum processo político formulado para promover uma expressão precisa dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração.

## **2.1 Perspectiva para o julgamento da ADPF 442 à luz da teoria dworkiniana**

Ronchi (2018, p. 492) aduz que os argumentos tecidos na exordial, em que pese sólidos, não poderão nortear o julgamento da ADPF 442, pois todos constituem argumento de política e, portanto, devem ser enfrentados em local e momento próprios, qual seja, no Congresso Nacional. Isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal está desautorizado a julgar o caso, mas apenas que o julgamento não poderá ser pautado por argumentos de política, e sim por argumentos de princípio, sob pena de o princípio democrático e a própria legitimidade do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, serem feridos de morte.

Cabette (2019, p. 23) vai dizer que, a legalização do aborto, em um suposto ativismo, pode justificar uma legítima reação do Poder Legislativo, em virtude da usurpação de suas funções e, conseqüentemente, à violação da tripartição de Poderes constitucionalmente estabelecida. Acerca dessa reação, denominada “*backlash*”, pela doutrina, ensina Fernandes:

Nessa perspectiva, o *backlash* pode ser compreendido como uma forma de colaboração do legislador com o Tribunal: um apelo do legislador à autocrítica do Tribunal. Assim como o Tribunal emite decisões de apelo ao legislador, este também pode dialogar com

o tribunal pela via da reedição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao de lei declarada inconstitucional. Mesmo diante do elevado risco de nova declaração de inconstitucionalidade, a mensagem exortativa é clara. E pode conter a ameaça implícita de uma reação mais incisiva, pela via de uma emenda constitucional, por exemplo (FERNANDES, 2019, p. 310 *apud* CABETTE, 2019, p. 23-24).

Ao fim e ao cabo, é possível por meio desse procedimento restaurar a usurpação cometida com o ativismo judicial, recompondo a tripartição de Poderes e, juntamente com ela, o Estado Democrático de Direito.

A propósito da legitimação do controle de constitucionalidade, importa sobrelevar que, ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais devem ser jurídicos (BARROSO, 2004, p. 54), senão vejamos:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional (BARROSO, 2004, p. 57).

Nessa toada, Dworkin (2017, p. 126) vai defender que, mesmo nos chamados casos difíceis (*hard cases*), remanesce o dever do juiz de “descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI 3.510, “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Para Gonet Branco:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à capital relevância, é superior a todo interesse (GONET BRANCO; MENDES, 2015, p. 255).

A propósito desse argumento, bem se manifestou o Ministro Cezar Peluso na ADPF 54 (p. 378) “não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação”.

Como apresenta Wolff (2018, p. 42), “nossa comunidade moral não se estende somente no espaço, a todos com os quais poderíamos estar em relação simétrica; ela se estende no futuro a todos cuja existência depende de nossa ação e com os quais estamos em relação assimétrica”.

Apesar da relevância no cenário atual, o julgamento, caso acolhido o pedido formulado na arguição, não poderá ser ordenado por argumentos políticos que defendem o direito ao aborto, com base na alta cifra negra do crime e na diminuta parcela dos casos de abortamento levados ao conhecimento do Poder Judiciário. E tampouco o argumento pautado no resguardo

do direito à saúde da mulher, considerando o uso de drogas com efeito abortivo ou a submissão à procedimentos de risco em clínicas sem a estrutura adequada. Igualmente não poderão ser considerados argumentos no sentido de que a proibição do aborto representa não apenas a morte do feto, mas também das mulheres que não resistem às consequências dos meios abortivos.

A seu turno, caso o pedido seja rejeitado, argumentos que se amparam no dom sagrado da vida e do aborto como ameaça aos valores fundamentais inerentes à família também não podem nortear o julgamento, considerando o aspecto político, bem assim, religioso, sendo este último vedado pelo fato de a Constituição da República ter adotado o modelo de Estado laico (RONCHI, 2018, p. 498-499).

Não obstante, embora preparada para solucionar demandas complexas, bem como para definir quais direitos fundamentais merecem ser aplicados ou não quando da análise dos denominados casos difíceis, não se espera dos integrantes da Suprema Corte que detenham *expertise* meta jurídica suficiente para solucionar todas as controvérsias passíveis de serem submetidas aos Poderes da República, especialmente aquelas que envolvam a aplicação de conhecimentos afastados do campo jurídico.

Nesse viés, por se tratar de um delito contra a vida, impreterivelmente tal questão será objeto de debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Porém, à Suprema Corte não cabe dizer, em caráter definitivo, quando ocorre o início da vida humana e, eventualmente, mesmo quando já existe vida humana, se esse valor pode ser relativizado por outros valores (RONCHI, 2018, p. 492).

Segundo Angotti Neto (2018, p. 55-56), afirmar um tempo determinado até quando a gestação possa ser interrompida, ou a partir de quando a vida se inicia no ventre materno, trata-se de uma escolha arbitrária, que não tem absolutamente nada a ver com conclusões científicas. Qualquer pretensão de emprestar um significado científico a isso é uma tentativa nítida de mascarar-se em vestes de linguagem técnica, a fim de alcançar a mesma credibilidade que o resultado de um conhecimento científico verdadeiro lhe proporcionaria.

## **CONCLUSÃO**

O presente texto pretendeu refletir sobre o papel que será exercido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 442, levando em consideração os limites do exercício da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito. Em breves linhas, a Constituição Federal reservou ao Poder Legislativo as capacidades institucionais e a

legitimidade democrática para deliberar sobre o marco a partir do qual o aborto há de ser considerado crime.

Na arguição, o Supremo não é convocado a atuar enquanto legislador negativo, a fim de declarar a não recepção dos ora impugnados artigos 124 e 126 do Código Penal. Em última análise, busca-se que a Corte defina um dos vários marcos temporais possíveis de acolhimento para a descriminalização do aborto, atividade criativa de direitos e de obrigações delegadas ao Legislativo.

Por certo, o princípio da separação de Poderes convive, elementarmente, com novas realidades, às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial, inclusive e sobretudo da Constituição, envolverá com frequência, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal vontade, todavia, não deve ser reputada como livre ou discricionária, mas vinculada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público.

Segundo Hesse (1991 *apud* DIAS; SÁ, 2020, p. 177), não há permissão para os responsáveis pela interpretação irem além dos limites constitucionais, nem para, em nome da concretização de princípios, chegarem a interpretações que violam a própria Constituição. O Judiciário deve respeitar o limite semântico do texto constitucional, levando em conta que, quanto maior a compreensão de respeitabilidade da Constituição, maior a sua força normativa.

Ora, a ADPF pretende articular que o direito penal na esfera do aborto não recepcionou parte do Código Penal relativo ao aborto. Ao contrário, o Código Civil de 2002, portanto, pós Constituição Federal de 1988, reitera o direito à vida, conferindo-lhe, inclusive, a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro (aquele que há de nascer). Nessa esteira, caso se reconheça a premissa da arguição, o Código Civil também deveria ter reconhecido toda a sua inconstitucionalidade, o que seria um absurdo. Se se tratamos do direito da dignidade da mulher, é preciso, também, olhar pela dignidade do nascituro.

Os princípios aqui mencionados são direitos fundamentais, cláusulas pétreas e limitadores do poder político. Com isso, visa-se estabelecer determinados direitos e garantias que são protegidos das alterações legislativas, apesar de passíveis de mudança, preservando a sua essência, o seu núcleo. Por consequência, não existem lacunas, mas, regras e normas postas que só podem ser alteradas pelo Poder Legislativo.

Ressalta-se que a matéria, embora em discussão na casa legislativa, não tem o respaldo do povo e dos Congressistas; eis a razão pela qual os tipos penais que tratam do aborto estão em vigor desde 1940. De lá para cá, já formam três Constituições, a de 1946, a de 1967 (com a

Emenda Constitucional de 1969) e a Constituição Cidadã de 1988. Nenhuma alterou tais dispositivos legais (NETO, 2020, p. 55).

Ainda que embasado em elementos técnicos apresentados em audiência pública, o Supremo não é o foro adequado para a tomada de solução que exija conhecimentos técnicos e científicos elaborados em tema relativo a escolhas de política criminal. A arguição, nesses termos, deve ser julgada improcedente, considerando, outrossim, que a Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999<sup>4</sup> tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Ao passo que as regras e princípios ajustam-se à legalidade constitucional, é descabida qualquer intervenção do STF para legislar e normatizar a suposta omissão apresentada no arcabouço jurídico criminal.

Nada mais, é inconcebível que a Corte sobrepuja os limites das competências que lhe foram constitucionalmente atribuídas a fim de definir que a conduta de interrupção da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação não mereça ser tipificada como crime. Espera-se, portanto, que o STF faça uso da consciência dos limites de sua atuação e de que aplicar o Direito, sem discricionariedade e subjetivismo, tolhendo argumentos de política, é cardeal para a manutenção da democracia.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de Dezembro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

---

<sup>4</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

BRASIL, STF, *ADI n. 3510/DF*, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 27/5/2010.

BRASIL, STJ, *ADI n. 6298-MC/DF*, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3/2/2020.

BRASIL, STF, *ADPF n. 54/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 29/4/2013.

BRASIL, STJ, *HC n. 290341/RJ*, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 19/3/2014.

BRASIL, STF, *HC n. 124306/RJ*, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 16/3/2017.

BRASIL, STF, *RE n. 635.659-RG*, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=50>>. Acesso em: 01 ago. de 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *ADPF 442 STF: quando o ativismo judicial chega ao cume da perversão militante*, 2019. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/01/f05dae55-adpf-442-stf.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. *O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição*. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/rilv57n225p165>>. Acesso em: 17 jun. 2023.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em 10 jul. 2023.

- MEIRELES, Cecília. *Antologia Poética*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer Ajconst/n. 142513/2020*, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- NETO, Benedito Torres. *A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez – inconstitucionalidade da ADPF 442*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n° 77, jul./set. 2020. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Benedito\\_Torres\\_Neto.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Benedito_Torres_Neto.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2023.
- NETO, Benedito Torres. *A Criação Judicial no Campo Penal: limites e possibilidades*. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2021. Disponível em: <[https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3573/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_BENEDITO%20TORRES%20NETO\\_MESTRADO%20EM%20DIREITO.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3573/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_BENEDITO%20TORRES%20NETO_MESTRADO%20EM%20DIREITO.pdf)>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Civana Silveira; ROCHA, Ana Paula Pinto da. *A força normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse como abertura para os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11.; MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS, 7., 2014, Santa Cruz do Sul. Anais [...]. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2014. p. 1-20. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11707>>. Acesso em: 10 jul. 2023.
- RONCHI, Renzo Giacomo. *Perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF: a tese da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação e a contribuição de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis*. 30 anos da Constituição Federal - Artigos Jurídicos, 2018. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9190/3/artigo-Ronchi%20CRG-Perspectiva%20para%20o%20julgamento%20da%20ADPF...pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2023.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SOUSA FILHO, A. B. *O Controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SOUSA FILHO, A. *O STF pode atuar como legislador positivo? As sentenças aditivas e as ações constitucionais que discutem a epidemia do zika vírus*. 30 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-pode-atuar-como-legislador-positivo-30112016>>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018.
- WOLFF, Francis. *Três Utopias Contemporâneas*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2018.