

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
APOENA DAS CHAGAS MENDONÇA**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL E A LEGITIMIDADE DE  
ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

**Juiz de Fora  
2022**

APOENA DAS CHAGAS MENDONÇA

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL E A LEGITIMIDADE DE  
ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Artigo Científico apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal de Juiz de Fora com  
requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharela em Direito sob  
orientação da Prof.a Joana Machado.

Juiz de Fora  
2022

## FOLHA DE APROVAÇÃO

“The outcome of these policies (...) was the enslavement of women to procreation. (...) from now on their wombs became public territory, controlled by men and the State, and procreation was directly placed at the service of capitalist accumulation”.

Silvia Federici - Caliban and the Witch

## **RESUMO**

O presente artigo tem como finalidade demonstrar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em relação à descriminalização do aborto. Aponta-se o atual cenário político do Legislativo brasileiro fortemente influenciado por uma ala religiosa que atua contra a legalização da interrupção voluntária da gravidez. Serão investigados alguns projetos de lei desfavoráveis ao tema que circulam no Congresso Nacional, traçando um paralelo com as conquistas progressistas na América Latina. Utiliza-se como referencial teórico, apontando as devidas críticas, a concepção de Democracia de Ronald Dworkin, ao defender que somente haverá democracia plena quando os Direitos Fundamentais das minorias, como o Direito Reprodutivo ao aborto, forem assegurados pelo Judiciário, em virtude da “omissão” da maioria legislativa. Uma das principais conclusões alcançadas é de que a participação do Judiciário é legítima, desde que respeitados os limites democráticos impostos.

Palavras-chave: Aborto. Ronald Dworkin. Democracia. Direitos Reprodutivos. Poder Legislativo. Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

The present article has as purpose demonstrate the legitimacy of the Judiciary on descriminalization of abortion. It indicates the current political scenario of the Brazilian Legislative heavily influenced by a religious wing which acts against the legalization of voluntary termination of pregnancy. It will investigate some unfavorable bills on the subject circulating in the National Congress, drawing a parallel with progressive accomplishments in Latin America. It adopts as theoretical reference, acknowledging due criticism, the Democracy Conception of Ronald Dworkin, defending that it will only occur a genuine democracy when the Fundamental Rights of the minorities, such as the Reproductive Right of abortion, be guaranteed by the Judiciary, due to omission of the legislative majority. One of the reached conclusions is that the participation of the Judiciary is legit, since respected democratic imposed limits.

Keywords: Abortion. Ronald Dworkin. Democracy. Reproductive Rights. Legislative Power. Judiciary Power.

## SUMÁRIO

Introdução .....	7
1. Os Direitos Reprodutivos e a Constituição de 1988.....	8
2. O Cenário do Legislativo Brasileiro.....	10
2.1 PL 2893/19.....	11
2.2 PL 434/2021.....	12
2.3 PL 5435/2020 .....	12
3. Os Avanços na América Latina.....	13
3.1 Argentina.....	13
3.2 México.....	14
4 A Atuação do Judiciário.....	15
4.1 A Democracia Substancial de Ronald Dworkin.....	15
4.2 O Direito ao Aborto na Democracia Substancial.....	18
4.3 Ponderações sobre a Atuação do Poder Judiciário.....	20
Considerações Finais.....	21
Referências.....	22

## INTRODUÇÃO

Adentrar ao tema do aborto no Brasil atual é uma tarefa difícil e por vezes rodeada de descrença. Intensificada a partir da chegada do Governo Bolsonaro, uma onda neoliberal conservadora inundou as esferas públicas e privadas do país. Os discursos religiosos cada vez mais acentuados vindos dos representantes eleitos, assim como de grande parte da população, tornaram a luta pela descriminalização do aborto um processo ainda mais custoso. No entanto, mesmo diante de tais obstáculos, é necessário trazer a temática à análise, pois trata-se de Direito Fundamental das mulheres, o qual deve ser assegurado pelo Estado.

O artigo em questão, com o intuito de defender a atuação do Judiciário como um caminho válido para a descriminalização do aborto, utiliza-se da definição da Democracia Substancial de Ronald Dworkin. Essa concepção aponta a legitimidade deste Poder para suprir a necessidade dos indivíduos em relação a Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição, em vista da dificuldade posta pelo Legislativo.

A metodologia utilizada será de pesquisa bibliográfica, a partir de teses já publicadas, artigos e matérias jornalísticas, assim como o mapeamento normativo de alguns Projetos de Lei em trâmite atualmente no Congresso Nacional. Com o fim de delimitar o artigo para as mais recentes tratativas, o marco temporal da pesquisa será de 2019 a 2021.

O primeiro capítulo tem como finalidade apresentar o conceito dos Direitos Reprodutivos, a forma como estes foram construídos no âmbito internacional, e como são protegidos pela Constituição de 1988. Fundamenta-se, então, a incompatibilidade da criminalização do aborto com a Carta Magna.

No segundo capítulo, demonstra-se o movimento conservador do atual cenário político brasileiro pelos diversos projetos em trâmite no Legislativo desfavoráveis ao tema, como o PL 2893/19, que pretende revogar as formas de aborto legais já previstas pelo Código Penal; o PL 434/2021, que institui o Estatuto do Nascituro, assim como o PL 5435/2020, que institui o Estatuto da Gestante, com o objetivo de estabelecer o direito à vida desde a concepção. Será investigado o conteúdo da justificção desses projetos, os quais possuem uma relação próxima aos discursos religiosos.

Após, no terceiro capítulo, passa-se a analisar quais foram os caminhos percorridos por alguns países da América Latina, como a Argentina e o México para a conquista da descriminalização do aborto.

E por fim, no quarto capítulo, será explicitada a legitimidade do Poder Judiciário, apoiada no mecanismo da revisão judicial e na leitura moral da Constituição, defendida pelo jurista e filósofo Ronald Dworkin, para descriminalizar o aborto no Brasil. Em seguida, será abordada algumas críticas ao trabalho de Dworkin, assim como analisado brevemente o perfil religioso dos magistrados brasileiros. Ressalta-se que a necessidade dessa atuação surge tendo em vista o contexto de bloqueio ao tratamento do tema pelo Legislativo. Essa resistência poderá vir a ser superada com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442 atualmente em trâmite na Suprema Corte.

## **1. OS DIREITOS REPRODUTIVOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O atual conceito de Direitos Reprodutivos é resultado de um longo processo de luta pela libertação da mulher de qualquer forma de dominação. Foi no período entre os anos de 1960 e 1990, durante a segunda onda feminista, que pautas individuais, como a reivindicação pelo domínio do próprio corpo, o aborto, o controle de natalidade e os direitos de reprodução, foram abordadas pela primeira vez (Ferreira, 2019, p.3). O termo “Direitos Reprodutivos” surgiu somente em 1984, durante o Primeiro Encontro Internacional de Saúde da Mulher, em Amsterdã.

A concepção mais utilizada na atualidade vem da pesquisadora Miriam Ventura, segundo a qual os Direitos Reprodutivos “são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana (...)” (Ventura, 2009, p. 19). No entanto, neste trabalho, no que diz respeito ao exercício da sexualidade, ou seja, aos Direitos Sexuais, não serão considerados parte dos Direitos Reprodutivos, pois verifica-se a autonomia dessas duas esferas, rompendo com a ideia da submissão da sexualidade da mulher à reprodução (Ávila, 2003, p. 466). Dessa forma, será adotado o conceito de Vera Lúcia Raposo, que explica que os direitos reprodutivos se concentram em torno das dificuldades que envolvem o direito de ter filhos e o direito de não ter filhos. Ambos direitos envolvem todos os outros relacionados à



reprodução, como o direito ao aborto legal, ao tratamento de fertilidade, à saúde reprodutiva de qualidade, ao acesso a métodos contraceptivos, ao de escolher a quantidade de filhos que deseja ter, e ao de realizar procedimento de esterilização, dentre outros.

O reconhecimento dos Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos, no âmbito do Direito Internacional, ocorreu, principalmente, nas Conferências de Cairo, em 1994, e de Pequim, em 1995. Além do reconhecimento, foram elaboradas diretrizes que devem orientar as políticas públicas dos países signatários destes tratados, como a revisão da legislação punitiva sobre o aborto e o tratamento humanitário às mulheres que recorreram ao procedimento (Denora, 2018, p. 163). O Estado não só deve não interferir nas escolhas individuais de seus cidadãos, como passa a ter o dever de proteger e promover a concretização desses direitos, com o intuito de extinguir as desigualdades existentes.

O Brasil é um dos países comprometidos com esses acordos internacionais, e por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, todos os direitos e garantias decorrentes destes tratados serão incorporados pelo ordenamento jurídico nacional. Para além desse embasamento internacional, a Carta Magna de 1988 evidencia a sua compatibilidade com os Direitos Reprodutivos, devido ao seu contexto de adaptação de toda a estrutura jurídica brasileira baseada nos Direitos Humanos. Com o advindo desta nova Constituição, promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação é colocado como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, IV, CRFB/88); assim como garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, III, CRFB/88). Ainda, no art. 5º, inciso I, a Constituição proclama a igualdade entre mulheres e homens em direitos e obrigações. Todas essas disposições vinculam-se aos Direitos Reprodutivos, “visto que esses constituem verdadeiro exercício de cidadania e de dignidade da pessoa humana, opondo-se a quaisquer formas de preconceitos ou discriminações.”(Piovesan, 2012, p. 38).

De forma mais direta, a Constituição ainda assegura diversos direitos relacionados à reprodução, como a licença à gestante (art. 7º, XVIII, CRFB/88), a assistência aos filhos e dependentes (art. 7º, XXV, CRFB/88), e a proibição de diferença salarial por motivo de sexo (art. 7º, XXX, CRFB/88). Soma-se o direito à saúde, o qual deve ser garantido a todos de maneira igualitária (art. 196, CRFB/88). Do mesmo modo, o direito ao planejamento familiar deve ser assegurado pelo

Estado, competindo a ele propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (art. 226, § 7º, CRFB/88).

Diante de toda esta salvaguarda constitucional, principalmente quanto ao direito à saúde e ao planejamento familiar, baseado na igualdade de gênero e na dignidade humana, sustenta-se que o direito da mulher de decidir sobre a interrupção da gestação está em conformidade com a Constituição de 1988. A criminalização desta prática, segundo a Pesquisa Nacional do Aborto de 2010 e 2016, não só não impede o procedimento de ser realizado, como causa graves consequências à vida e à saúde da mulher, o que se opõe às diretrizes dos direitos humanos já citados. Vale ressaltar que, para além da punição legal, as mulheres, na maioria negras e pobres, enfrentam uma penalização psicológica, social e institucional, corroborando com a discriminação de gênero (Ventura, 2009, p. 145).

De todo modo, para que essa proteção conferida pela Constituição seja de fato incorporada e cumprida pelo ordenamento jurídico, é necessária a produção de leis que regulamentem o tema pelo Poder Legislativo. No entanto, pelo atual cenário político, essa conquista mostra-se cada vez mais distante.

## **2. O CENÁRIO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

Não é novidade que sempre houve uma forte presença de parlamentares conservadores, entre eles os evangélicos, no Poder Legislativo. Foi a partir da Constituinte, em 1986, que a participação destes representantes tornou-se significativa na política brasileira (Cassota, 2016, p. 78). Desde então, esse segmento tem trabalhado incessantemente no intuito de bloquear diversos avanços sociais, os quais são considerados por eles uma afronta à "família tradicional" e aos seus valores religiosos. O direito ao aborto é um dos temas que mais sofrem oposição desse grupo, representando, assim, um desafio para o processo democrático e para a realização de políticas públicas que promovam a igualdade de gênero e assegurem os direitos dos cidadãos (RUIBAL, 2014, p.111).

Ademais, esse contramovimento tornou-se ainda mais intenso após as eleições de 2018, quando o Congresso Nacional apresentou-se como o mais conservador desde a época da redemocratização, há mais de 40 anos. Segundo

publicação da Agência DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar), esse conservadorismo segue sendo representado principalmente pela bancada evangélica, integrada por representantes que professam a fé segundo a doutrina evangélica ou que se alinham ao grupo em votações de temas específicos. Na Câmara dos Deputados, houve um aumento de 75 para 84 deputados eleitos ou reeleitos identificados com as demandas e crenças do segmento religioso; já no Senado, houve um aumento quantitativo de 3 para 7 representantes do mesmo segmento. Ainda que pareça um crescimento ínfimo, todos os parlamentares obtiveram votações muito expressivas em suas respectivas unidades federativas.

Esse quadro é perceptível no que tange aos 18 Projetos de Lei propostos somente em 2019 contra a possibilidade de descriminalização do aborto. Em 2020, até metade do ano, foram 10 projetos também desfavoráveis, quando antes de 2018 eram no máximo 10 PLs por ano, de acordo com levantamento do Elas no Congresso, plataforma de monitoramento legislativo da Revista AzMina. Ressalta-se que, desde 2011, de 69 projetos apresentados no Congresso relativos ao tema, somente um teve como proposta a descriminalização do aborto, o PL 882/2015, de autoria do deputado federal Jean Wyllys (PSOL-RJ), o qual encontra-se atualmente apensado a outro projeto.

Dentre os Projetos de Lei lançados a partir de 2019, pertencentes ao grupo dos desfavoráveis, estão o PL 2893/19, o PL 434/2021, e o PL 5435/2020, os quais serão analisados a seguir. Vale mencionar que os dois primeiros projetos são de autoria de uma mulher, a Deputada Federal Chris Tonietto, pertencente ao PSL, partido autointitulado conservador nos costumes e nas instituições da família e das entidades religiosas.

### 2.1. PL 2893/19

De forma geral, o Projeto nº 2893 de 2019, possui o objetivo de revogar as formas de aborto não punidas pelo ordenamento jurídico, sendo elas o aborto necessário, quando há risco de morte da mãe, e o aborto sentimental, em caso de gravidez decorrente de violência sexual (art. 128, I, II, Código Penal de 1940).

Os argumentos para a revogação giram em torno da consideração do nascituro como pessoa humana, pois a vida, segundo o projeto, inicia-se desde a concepção. Ainda que busquem fundamentar essa posição pelo meio científico,

percebe-se um viés religioso ao longo do texto. Essa perspectiva aparece em diversos pontos, principalmente em relatos apresentados de mulheres que, por razões individuais e religiosas, decidiram pela continuação da gravidez decorrente de violência sexual. Além disso, há um forte apelo à naturalização da mulher como mãe, papel socialmente construído e alimentado por diversos setores da sociedade, principalmente pelas instituições conservadoras de família, o que se percebe com o uso de algumas expressões como “o sofrimento faz crescer o amor da mãe pelo filho”.

## 2.2. PL 434/2021

O Projeto de Lei nº 434 de 2021 tem o objetivo de instituir o Estatuto do Nascituro e dispor sobre a sua proteção integral.

Da mesma forma que o PL 2893/19, o nascituro é considerado indivíduo humano concebido, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurar, com absoluta prioridade, o seu direito à vida. Partindo desse ponto, todos os tipos de aborto, incluindo os legais, também estariam contra a lei. Em casos de gravidez decorrente de violência sexual, o projeto propõe o direito à pensão alimentícia ao nascituro provida pelo agressor. Já em casos de risco de morte à mulher, é posto que “jamais” será admitido causar diretamente a morte do nascituro, sendo tolerada apenas enquanto efeito secundário, mas “nunca” enquanto meio.

Ainda, vale mencionar que no capítulo da “defesa em juízo do nascituro” é proposto que “qualquer pessoa ou o Ministério Público poderá impetrar Habeas Corpus em favor de um nascituro ameaçado de sofrer violência”, assim como “os juízes expedirão Habeas Corpus de ofício caso verifiquem ameaça contra o nascituro”. Interpreta-se que tais mecanismos podem intensificar a violência institucional já existente contra as mulheres .

## 2.3. PL 5435/2020

Diferentemente dos outros projetos já citados, o Projeto de Lei nº 5435 de 2020 foi proposto no Senado Federal, pelo então senador Eduardo Girão do partido PODEMOS/CE. A proposta é instituir o Estatuto da Gestante, garantindo a proteção e os direitos dessa. Porém, segundo o CFEMEA - Centro Feminista de Estudos e

Acessoria, várias legislações já asseguram os direitos das gestantes, tornando o projeto desatualizado quanto ao tema. Em relação às "novidades", demonstra-se, assim como nos outros projetos, a intenção de instituir a proteção da “vida da criança ao nascer” desde a concepção. Dentre as disposições no texto, há a instituição de um auxílio para o filho de mulher vítima de violência sexual, o então chamado “bolsa-estupro”, o qual coage a manutenção de gravidez de origem violenta.

### **3. OS AVANÇOS NA AMÉRICA LATINA**

#### **3.1. Argentina**

Enquanto no Brasil a maioria conservadora do Poder Legislativo impede que mulheres decidam sobre seus corpos, impondo a maternidade compulsória, o segundo maior país da América Latina direcionou-se para o caminho oposto.

Em Dezembro de 2020, o Congresso Nacional da Argentina legalizou a interrupção voluntária da gravidez, sem restrições, até a 14ª semana. Passado esse prazo, o aborto permanece legal para casos de perigo à vida ou à saúde da mulher, ou para casos de violência sexual. Foi estipulado um prazo máximo de 10 dias entre a solicitação da interrupção da gravidez e a sua realização, com o intuito de impedir manobras de má-fé que procuram atrasar ou até mesmo evitar o procedimento. A nova lei também garantiu a privacidade e a confidencialidade das informações daquelas que decidiram pela prática. Ainda, o serviço será realizado de forma legal, segura e gratuita no sistema de saúde argentino.

Mesmo diante de tamanha conquista, não foi tão simples. A aprovação da lei no Senado ocorreu com uma diferença pequena de votos, sendo 38 a favor, 29 contra e 1 abstenção. A razão é equivalente ao cenário brasileiro: uma forte presença de grupos religiosos e conservadores que intervêm nas políticas do país. Historicamente, a Igreja Católica teve um papel significativo na formação identitária da sociedade argentina e, em diversas oportunidades, constituiu-se como uma das principais fontes de legitimidade dos processos políticos no país (Esquivel, 2009, p. 2). Segundo matéria do EL PAÍS, nas províncias do norte, as mais influenciadas pelas igrejas evangélicas e católica, a maioria dos legisladores se opuseram à

legalização do aborto. Já na capital e na província de Buenos Aires, quase todos os representantes apoiaram o projeto de lei, independente de seus partidos.

Assim como no Brasil, o Código Penal argentino (1921), antes da nova lei em vigor, deixava de penalizar o aborto somente em casos de estupro ou em casos de risco à vida ou a saúde da mulher (diferenciando-se apenas no último caso, no qual o risco à saúde não é incluído no Código Penal brasileiro). Apesar das exceções, a criminalização nunca dissuadiu as mulheres de realizarem o procedimento. Segundo a pesquisa “*El aborto en cifras*”, da *Red de Acceso Al Aborto Seguro - REDAAS*, somente em 2016, foram internadas em hospitais públicos 39.025 meninas, adolescentes e mulheres por situações relacionadas ao aborto. Entre 2016 e 2018, de 459 mortes relacionadas à gravidez, parto ou puerperio, 65 delas são associadas ao aborto. Os dados confirmam que, para além da ineficácia, a tipificação da conduta gera efeitos negativos que impactam diretamente a saúde, seja física e/ou psicológica, da mulher que não deseja a gravidez.

De qualquer forma, o progresso na Argentina pode servir como inspiração a outras nações latino-americanas. Foi o que aconteceu no México, em 2021, quando a interrupção voluntária da gravidez foi despenalizada, dessa vez pela via judicial.

### 3.2. México

Em Setembro de 2021, a Suprema Corte mexicana decidiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto. A Ação de Inconstitucionalidade n° 148/2017, proposta pelo estado de Coahuila, declarou inválido o art. 196 do Código Penal estadual, o qual apenava de um a três anos de prisão a mulher que voluntariamente praticasse o aborto, ou a pessoa que realizasse o aborto com o seu consentimento. Dessa forma, o estado de Coahuila deverá legislar sobre tal questão em conformidade com a decisão. Vale mencionar que cada ente federativo do México possui autonomia para legislar, dentre outras matérias, sobre direito penal. Assim, quanto aos outros estados, a sentença da Corte se constitui como um precedente para os Congressos Estaduais modificarem os seus códigos penais. Mesmo que não modificados, os juízes locais e federais deverão seguir a nova jurisprudência da Suprema Corte, impedindo o cárcere de mulheres, ainda que possam ser processadas pelos seus respectivos estados.

Enquanto em Coahuila a mudança veio pelo Poder Judiciário, em outros estados como Oaxaca, Hidalgo, Veracruz, Cidade do México, e o mais recente Baja California, a iniciativa se deu através do próprio Poder Legislativo. A primeira legalização ocorreu em 2007, na Cidade do México, e após um longo período de tempo, a partir de 2019, os outros estados decidiram pelo mesmo caminho. Porém, assim como na Argentina, essa conquista aconteceu em um espaço de intensa resistência político-religiosa. A mobilização da ala conservadora do grupo Frente Nacional pela Família em Oaxaca, assim como dos representantes de direita do Partido de Ação Nacional (PAN) na Cidade do México, tentou frustrar as tratativas, porém sem sucesso. Segundo matéria do El País, anterior à votação, uma associação de advogados católicos entregaram a Assembleia da Cidade do México 36.000 assinaturas de cidadãos que reivindicavam um referendo antes da legislação sobre o aborto, logo mostrando-se perceptível a influência católica tanto na população quanto nas suas demandas políticas.

#### **4. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

##### **4.1. A Democracia de Ronald Dworkin**

Diante da conquista do México pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto, é nítido que a atuação do Judiciário teve um papel essencial no avanço dos Direitos Reprodutivos das pessoas com capacidade de gestação, principalmente das mulheres. O mesmo cenário pode se concretizar no Brasil, já que o Supremo Tribunal Federal foi acionado pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, para declarar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Lei nº 2.848/40), excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária nas primeiras 12 semanas.

Muito se discute se o STF possui legitimidade para decidir sobre o tema. Argumenta-se que a competência somente recairia sobre o Legislativo, pois trata-se de uma matéria intrinsecamente moral e que não está expressa diretamente na Constituição Federal de 1988. Nessa dinâmica, os juízes encontrariam o

fundamento ao direito ao aborto através de uma atividade interpretativa, o que é entendido por muitos como uma atividade antidemocrática (BONFIM, 2021).

No entanto, de acordo com os preceitos do jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin, a atuação da Suprema Corte em temáticas referentes a Direitos Fundamentais tanto é legítima quanto é definida como um ato democrático (DWORKIN, 1994, p. 123)

Para entender esse fundamento, é necessário, primeiramente, compreender o conceito de democracia o qual adotamos. Para o autor, há dois modelos teóricos: a “democracia majoritária” (“majoritarian democracy”) e a “democracia coparticipativa” (“partnership democracy”) (DWORKIN, 2011, p. 383). No primeiro modelo, o Poder Legislativo é considerado o meio que mais representa os interesses da população, no qual todas as decisões dependem de aprovação majoritária. Já no segundo, as decisões devem ser tomadas não só pelo Legislativo, mas por todos os membros da sociedade, incluindo o Poder Judiciário.

Diante de ambos conceitos, Dworkin reconhece a democracia coparticipativa (também chamada de democracia societária, ou substancial) como a mais verdadeira democracia, já que encontra-se mais próxima dos aspectos substantivos da justiça e da liberdade (DWORKIN, 2011, p. 5). A ideia se fundamenta em uma integração da vontade de todos os cidadãos, valorizando a esfera de interesse específica de cada indivíduo, para criação de normas com as quais se identifiquem e julguem como as mais adequadas ao melhor desenvolvimento individual e coletivo (SILVA, 2013, p. 13043).

O autor propõe alguns princípios pilares para a existência de um governo justo, que também podem ser utilizados no conceito de democracia genuína. Dentre eles está o princípio da igualdade de respeito e consideração, o qual garante que qualquer decisão política deve tratar todos os cidadãos de maneira igualitária, assim como protege qualquer cidadão de decisão que possa impor um risco de dano moral muito maior do que impõe a outro (DWORKIN, 2000, p. 124). É levado em consideração que grupos minoritários requerem maior proteção do Estado, “o que deve fundamentar suas ações políticas e projetos governamentais de modo a defender um padrão mínimo de dignidade a todos os integrantes morais da comunidade” (SILVA, 2013, p. 13058).

Além desse princípio, a Constituição e os Direitos Fundamentais são as fortalezas da democracia substancial. A participação do Judiciário se insere com a



finalidade de proteger, principalmente, os Direitos Fundamentais (SILVA, 2013, p. 13042), já que os interesses de cada indivíduo, de forma igualitária, são tratados com maior relevância. Dessa forma, o Judiciário tem o poder de agir em casos de violação de Direitos Fundamentais, principalmente daqueles advindos do Legislativo. Tais descumprimentos ocorrem constantemente na democracia majoritária, pois muitas decisões ignoram o interesse de grupos minoritários, sejam por questões políticas ou religiosas. Se a defesa dos Direitos Fundamentais é o maior objetivo, não se mostra coerente conceder exclusividade à maioria para definir sobre os rumos de todos os membros da sociedade.

Por meio da chamada “revisão judicial” (“judicial review”), o Poder Judiciário é legítimo para invalidar leis majoritárias que ofendem os princípios constitucionais (DWORKIN, 1997), desde que realizadas de acordo com princípios da justiça, equidade e devido processo legal, respeitando a separação de poderes, e os objetivos Estado Democrático de Direito. Dentro dessa dinâmica, estabelece-se um limite à autoridade da maioria sobre decisões que ultrapassem o seu âmbito de interesse.

Em casos de grande complexidade, sobretudo os que envolvem moral, Dworkin aponta que os juízes estão habilitados a decidir conforme seu juízo de moralidade. Todavia, essa moralidade não é oriunda de convicções pessoais, mas sim de uma leitura da própria Constituição (DWORKIN, 2006, p. 16) . Tal leitura deve estar em concordância com os textos da Carta Magna, levando em consideração as jurisprudências anteriores, em uma interpretação atualizada dos princípios constitucionais, mas também respeitando o conteúdo originário da constituinte (SILVA, 2013, p. 15). Ainda que a utilização do juízo de moralidade para a tomada de decisões jurídicas cause certa inconformidade, ou se confunda com parcialidade, Dworkin reitera que o conceito de moralidade empregado não é o mesmo com o qual estamos acostumados. Em realidade, é uma concepção que “procura ser imparcial e leva em consideração a análise dos princípios constitucionais, da teoria política e dos próprios objetivos institucionais, a fim de aliar o conceito entre os princípios morais e jurídicos” (SILVA, 2013, p. 17). Vale ressaltar que essa leitura moral é válida somente sobre os princípios constitucionais, por serem os mais genéricos e abstratos, já que outros dispositivos são de interpretação simples e imediata.

Ainda que haja uma maior participação do Judiciário, Dworkin reafirma que a utilização de mecanismos majoritários permanece como a principal maneira de buscar e proteger os interesses igualitários de todos os cidadãos (DWORKIN, 2006, p. 26) O intuito é equilibrar os Poderes, freando o poder atribuído ao Legislativo de decidir sobre questões que envolvem Direitos Fundamentais de grupos minoritários.

#### 4.2. O Direito ao Aborto na Democracia Substancial

A legalização da prática do aborto pelo Legislativo é praticamente inacessível no Brasil por envolver questões morais que são rechaçadas pela porção majoritária da sociedade. Por estar inserido nessa área de discussão, Teresinha Inês Teles Pires classifica o aborto como um direito moral, já que, segundo os preceitos de Dworkin, direito moral é aquele que pode ser reivindicado contra o Estado e contra a opinião majoritária. Dessa forma, não há coerência que a decisão sobre direitos morais, como o direito à interrupção voluntária da gravidez, dependa da “aceitabilidade social” (“social acceptability”), já que são definidos como direitos que estão sempre em oposição à opinião majoritária.

O princípio da igualdade de respeito e consideração de Dworkin é violado com a criminalização em questão, ao impor uma moralidade coletiva sobre o corpo das mulheres, negando o direito de agir de acordo com seus próprios interesses e necessidades.

Para Pires, também utilizando-se da mesma ideia de democracia, não se pode conferir poder exclusivo ao Legislativo para decidir sobre a liberdade de escolha da prática do aborto, quando o contexto histórico e político do Brasil sempre foi baseado numa cultura extremamente patriarcal e de oposição à libertação da mulher.

A atuação do Legislativo sobre a temática não é negada. Em verdade, a consecução da legalização e da regulamentação do aborto pela via legislativa seria ideal para a democracia, igualmente como ocorreu na Argentina, quando a maioria dos representantes eleitos votaram a lei com o propósito de atender de fato a demanda das mulheres sobre seus direitos reprodutivos, sem a interferência de suas crenças religiosas.

Nesse contexto de “omissão”, a Suprema Corte tem o papel de assegurar e proteger o direito à interrupção voluntária da gravidez, por ser um Direito

Fundamental Reprodutivo, fortalecendo ainda mais a democracia. O objetivo é dar continuidade às conquistas políticas feministas que ocorreram ao longo da história, impedidas pela dominação patriarcal religiosa no Congresso Nacional. Os interesses da maioria de proibir a prática já são suficientemente protegidos pelos representantes eleitos, vide o número e o conteúdo dos Projetos de Lei apresentados nos últimos anos. Dessa forma, cabe ao Tribunal Constitucional realizar a revisão judicial da lei a qual criminaliza o aborto, atendendo a “necessidade de proteção das minorias que defendem a liberdade de escolha da gestante, e, efetivamente, a proteção das mulheres que desejam realizar o aborto” (PIRES, 2016, p. 64).

Essa revisão judicial, como dito anteriormente, deve ser realizada por meio de uma leitura moral da Constituição, devido à alta complexidade do tema juntamente com a falta de direcionamentos explícitos no texto constitucional. Os juízes devem encontrar o fundamento de decisão nos próprios princípios e objetivos fundamentais do Estado, os quais direcionam o ordenamento jurídico para a promoção do bem de todos os cidadãos, garantindo a igualdade e a liberdade de mulheres e homens. Além da interpretação, deve-se levar em consideração o contexto jurídico da origem da Constituição de adoção dos Direitos Humanos, em consequência dos Direitos Reprodutivos; o contexto político e social de manifestações feministas em prol do domínio do próprio corpo; assim como o contexto dos próprios precedentes da Corte, como o HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306, os quais sinalizam relevância ao poder de autodeterminação da mulher (BONFIM, 2021).

A responsabilidade atribuída aos juízes têm seus limites. A atividade judicial deve buscar delimitar em que grau o direito ao aborto é fundamental o suficiente para estar inserido no rol das liberdades básicas (PIRES, 2016, p. 66). Pires defende que a melhor forma de efetivar o direito ao aborto é ampliar a sua proteção, para além das hipóteses já permitidas pela legislação, sem rejeitar a lei na sua integralidade. A intenção não é contrapor a atuação judicial ao âmbito da legalidade, mas sim fortalecer os laços da lei com os princípios fundamentais da Constituição. O equilíbrio se encontra na garantia de autodeterminação da mulher sobre a sua condição de gravidez, ao reconhecê-lo como direito fundamental derivável de preceitos constitucionais, juntamente com a proteção do nascituro em fase gestacional mais avançada, impondo prazo limite para realização do procedimento.

Durante a Audiência Pública da ADPF 442, em 2018, a antropóloga Débora Diniz, uma das fundadoras do Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, também defendeu a atuação do STF sobre o tema. A autora aponta que a criminalização do aborto é uma clara violação de Direitos Fundamentais, sendo eles o direito das mulheres de se manterem vivas, a dignidade da pessoa humana, e o direito de se autodeterminar.

#### 4.3. Ponderações sobre a Atuação do Poder Judiciário

Ainda que seja defendida a atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do aborto, justamente por ser considerado o meio protetor do direito das minorias, é necessário pontuar algumas críticas à teoria de Dworkin, assim como também analisar a presença de um perfil religioso nos ministros da Suprema Corte.

Das considerações levantadas sobre a relevância dada aos Tribunais Constitucionais em situações de ineficácia ou omissão legislativa, pergunta-se por qual motivo a teoria de Dworkin pronuncia-se somente sobre a ação dos tribunais em democracias genuínas, quando o ideal seria fazer o mesmo em ambos os Poderes (MACHADO, 2008, p. 42). Da mesma forma, em relação à leitura moral da Constituição, colocar a responsabilidade de aferir a moralidade emanada do texto constitucional nas mãos de um só ator, pode resultar em uma verdade única e perigosa sobre conceitos democráticos essenciais. Assim, a leitura da Constituição não deve ser realizada exclusivamente pelos juízes, mas por todos os atores políticos, desde que seguida a imparcialidade, considerando os princípios e preceitos constitucionais, como aponta Dworkin.

Reitera-se que a defesa da participação da Suprema Corte em decidir sobre o aborto é justificada por ser uma manifestação amparada na Constituição, nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Esse limite deve ser respeitado, para que os tribunais não tomem exclusividade a debates essenciais para a sociedade, e atuem somente em casos de violações constitucionais pelo Poder Legislativo.

No que concerne ao perfil religioso dos ministros similar ao do Congresso Nacional, de acordo com matéria do jornal O Estado de S. Paulo, nota-se que a maior parte é adepta a alguma religião, principalmente da católica. Tal informação

segue em conformidade com a pesquisa "Perfil Sociodemográfico dos Magistrados" realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, a qual demonstra que 82% dos magistrados declararam possuir algum tipo de religião. Os dois novos últimos ministros que assumiram o cargo, apontados pelo Governo Bolsonaro, são declaradamente evangélicos. Vale mencionar que o mais recente foi escolhido pela sua linha "terrivelmente evangélica".

A partir do quadro apresentado, é possível interpretar que o Judiciário também é passível de sofrer interferências de cunho religioso, mesmo que a orientação para a atuação seja embasada na laicidade do Estado conferida pela Constituição. Apesar desse embate, sustenta-se que o Poder Judiciário ainda seja um dos caminhos mais próximos para a descriminalização do aborto devido ao seu histórico de precedentes de defesa dos direitos fundamentais individuais, diferentemente do retrocesso contínuo trazido pelo Legislativo. A decisão do HC 124.306 demonstra uma tendência do STF em interpretar que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre viola diversos direitos fundamentais da mulher, assim como o princípio da proporcionalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Demonstrada a atual conjuntura do Poder Legislativo de criar barreiras para o avanço do direito ao aborto, assim como de tentar eliminar até mesmo as hipóteses permissivas, conclui-se necessária a atuação do Poder Judiciário com o objetivo de proteger os interesses individuais das mulheres contra a parcela majoritária religiosa da sociedade.

Em conformidade com a democracia coparticipativa de Ronald Dworkin, por meio da ADPF 442, o Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer a inconstitucionalidade da lei que criminaliza a prática, pois trata-se de um direito fundamental reprodutivo. A leitura dos textos constitucionais deve estar de acordo com seus princípios e objetivos, levando em consideração os diversos contextos aos quais estão inseridos.

Sustenta-se que esse papel judicial deve funcionar mediante limites claros para a sua atuação. O objetivo é defender os Direitos Fundamentais, respeitando o

princípio da separação de poderes. Dessa forma, deve-se atuar em contextos de violações advindas da maioria do Poder Legislativo.

## REFERÊNCIAS

Anis – Instituto de Bioética. **Aborto: por que precisamos descriminalizar? Argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442.** Brasília: Letras Livres, 2019.

Argentina: Legalización del aborto es una victoria histórica. **Amnistía Internacional**, 2020. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/12/argentina-legalization-abortion-historic-victory/>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

ÁVILA, Antônio O. Ciudad de México aprueba la despenalización del aborto. **El País**, 2007. Disponível em: <<https://www.mujeresenred.net/spip.php?article1011>>. Acesso em 04 de Fev. de 2022.

ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/q9MctdsGhp3QSKspjfPt5Rx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

BONFIM, Marcos. **A descriminalização do aborto pela via judicial no Brasil: a ADPF 442 e a legitimidade democrática do STF para decidir sobre a questão.** IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1765/A+descriminaliza%C3%A7%C3%A3o+do+aborto+pela+via+judicial+no+Brasil%3A+a+ADPF+442+e+a+legitimidade+democr%C3%A1tica+do+STF+para+decidir+sobre+a+quest%C3%A3o>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 124.306.** Pacte: Edilson dos Santos e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 9 de Agosto de 2016.

Disponível em:  
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>.  
Acesso em: 11 de Fev. de 2022.

CASSOTA, Priscilla Leine. **Uma Análise do Comportamento dos Deputados Evangélicos no Legislativo Brasileiro**. E-legis, Brasília, n° 20, p. 75-101, maio/ago, 2016. Disponível em:  
<<https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/259/358>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados**. Poder Judiciário. 2018. Disponível em:  
<[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef\\_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf)>. Acesso em: 11 de Fev. de 2022.

DENORA, Emmanuella. **(Re)Apropriando-se de seus Corpos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro ,v. 22,n. 2,p. 653-660, Feb. 2017. Disponível em:<<https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/>>. Acesso em 04 de Fev. de 2022.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge/Massachusetts/Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom**. New York: Vintage Books, 1994.

\_\_\_\_\_, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Juízes políticos e democracia**. In: O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

Eleições 2018: bancada evangélica cresce na Câmara e no Senado. **Agência DIAP**, 2018. Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/88900-eleicoes-2018-bancada-e-vangelica-cresce-na-camara-e-no-senado>>. Acesso em: 10 de Fev. de 2022.

ESQUIVEL, Juan Cruz. **Religión y política en Argentina. La influencia religiosa en las Constituciones provinciales**. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009. Disponível em: <<https://cdsa.academica.org/000-062/1701>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

FERREIRA, Mariana Pompilio Leonel. **Os Direitos Reprodutivos das Mulheres e o Sistema Interamericana de Direitos Humanos**. Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, v. 25, n.1, 2019. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-FD-SBC\\_v.25\\_n.1.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.25_n.1.03.pdf)>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

FILHO, João Batista do Nascimento. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Condição Feminina**. Juruá Editora, 2013.

KITROEFF, Natalie; LOPEZ, Oscar. La Suprema Corte de México vota por la despenalización del aborto. **The New York Times**, 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/es/2021/09/07/espanol/aborto-legal-mexico.html>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

LIBÓRIO, Bárbara. Só um PL propôs a descriminalização do aborto no Brasil na última década. **Revista AzMina**, 2021. Disponível em:



<<https://azmina.com.br/reportagens/so-um-pl-propos-a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil-na-ultima-decada/>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal** / Joana de Souza Machado; orientadora: Gisele Cittadino. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Acción de Inconstitucionalidad nº 148/2017**. Promovente: Procuraduría General de la República. Ministro Ponente: Luis María Aguilar Morales. Ciudad de México, 2021. Disponível em: <[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scjn/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf)>. Acesso em: 10 de Fev. de 2022.

MOURA, Rafael Moraes. STF não tem Ministros evangélicos; maioria é católica. **O Estado de S. Paulo**, 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-nao-tem-ministros-evangelicos-maioria-e-catolica,70002851820>>. Acesso em: 11 de Fev. de 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Direito ao Aborto, Democracia e Constituição**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. Novo Congresso Nacional veio pior que a encomenda. **Agência DIAP**, 2018. Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/88896-novo-congresso-veio-pior-que-a-encomenda>>. Acesso em 04 de Fev. de 2022.

ROMERO, Mariana; MOISÉS, Silvina. **El aborto en cifras**. Serie de documentos REDAAS. REDAAS. Buenos Aires, Novembro, 2020.

RUIBAL, Alba M. **Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina**. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 14. Brasília, maio - agosto de 2014, pp.

111-138. Disponível em:  
<<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/sMhqnm8cs9rBNPGjPSGQhNq/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 03 de Fev. de 2022.

SILVA, Tassyla Queiroga Sousa e. **A Influência da Doutrina de Ronald Dworkin na Afirmação da Jurisdição Constitucional**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, nº 11, ano 2, 2013.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. UNFPA. 3ª ed. Brasília, 2009.