REVISTA **SABERES DA AMAZÔNIA**

CIÊNCIAS JURÍDICAS, HUMANAS E SOCIAIS

VOL. 3 N. 7

Julho-Dezembro 2018 | ISSN: 2448-0576

ADPF Nº 442: A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ A 12ª SEMANA DE GESTAÇÃO PELO STF E A IMINENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

ADPF Nº 442: THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION UNTIL THE 12TH WEEK OF GESTATION BY THE STF AND THE IMMINENT VIOLATION TO THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS

Nathalia Batschauer D'Avila Martins¹

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni²

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é constatar se o processamento e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 442, que trata a respeito da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, que está em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal – STF, viola o princípio constitucional da separação de poderes. A suposta violação será verificada por meio do estudo da ideia de Estado Democrático de Direito, dos conceitos de Constituição, Constituição rígida e limites materiais, para, então, aprofundar-se no princípio da separação de poderes, consolidado na doutrina tripartida de Montesquieu. Por fim, serão apresentadas as críticas atuais acerca do posicionamento do STF em relação à descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação e a consequente violação ao princípio da separação de poderes. O método utilizado para a pesquisa foi o método indutivo.

Palavras-chave: ADPF nº 442; Supremo Tribunal Federal; Aborto; Descriminalização, Princípio da Separação de Poderes.

ABSTRACT

The goal of this research is to verify if the prosecution and judgment of the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 442, which deals with the decriminalization of abortion until the 12th week of gestation, in

¹ Mestranda Bolsista PROSUP – CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada. E-mail: nathaliabdavila@gmail.com

² Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI em dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora do PPCJ/UNIVALI e do Curso de Direito da UNIVALI. Contato: natammy@hotmail.com

progress before the Federal Supreme Court (STF), violates the constitutional principle of the separation of powers. The alleged violation will be verified through the study of the idea of the Democratic State of Law, the concepts of Constitution, rigid Constitution and material limits, to further deepen in the principle of the separation of powers, consolidated in the tripartite doctrine of Montesquieu. Finally, will be present the current criticisms about the position of the STF regarding the decriminalization of abortion until the third month of gestation and the consequent violation to the principle of the separation of powers. The method used for the research was the inductive method.

Key-words: ADPF nº 442, Federal Supreme Court; Abortion; Decriminalization, Principle of the Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é verificar se o processamento e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 442, a respeito da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação viola o princípio constitucional da separação de poderes.

Para alcançar tal finalidade, será brevemente analisado o andamento processual da ADPF nº 442, desde o ajuizamento da ação pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL até a audiência pública realizada, com a apreciação das informações prestadas nos autos pela Presidência da República, pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pela Advocacia-Geral da União, assim como das manifestações dos admitidos no processo como *amicus curiae*.

A partir daí será analisada a suposta lesividade da ADPF nº 442 ao requisito do §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, ao princípio constitucional da separação de poderes e ao Estado Constitucional Democrático, por meio do estudo da ideia de Estado Democrático de Direito, do conceito de Constituição, para, então, adentrar-se na compreensão do princípio constitucional da separação de poderes, consolidado na doutrina tripartida de Montesquieu.

Por fim, serão apresentadas as críticas atuais a respeito do posicionamento do STF, desde o julgamento proferido pelo STF no HC nº 124306, em relação à descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação e a consequente violação à separação de poderes.

1. Breves considerações sobre a ADPF nº 442

1.1 Aspectos destacados sobre a ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, é uma espécie de ação de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal – STF.

Sendo assim, estabelece o § 1º do artigo 102 da CRFB/88 que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Dessa forma, a Lei nº 9.882, que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, foi publicada em 1999 e dispôs, em seu artigo 1º, que a referida ação “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (*caput*) e também será cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (parágrafo único, inciso I).

É importante ressaltar a dificuldade em indicar os preceitos fundamentais da CRFB/1988 passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento de ADPF³.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados no texto constitucional, de forma que ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais constantes no art. 5º da CRFB/1988, por exemplo. Assim como não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º (a forma federativa de Estado, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico)⁴.

A lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, mas também quando

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 148.

houver afronta a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio⁵.

Em outras palavras, José Afonso da Silva⁶ destaca que preceitos fundamentais “não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional”.

Ademais, também será cabível a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882)⁷.

Assim, observa-se que a ADPF possui relevante função diante do direito pré-constitucional e do direito municipal, uma vez que, no primeiro caso, a ADI não é admitida pelo STF em virtude da ideia de ser contraditório declarar inconstitucional norma que não foi recepcionada por incompatibilidade com o novo texto constitucional⁸, isso porque Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes; revoga-as⁹. E, no segundo, a constitucionalidade tem como parâmetro de controle somente a Constituição Estadual (art. 125, § 2.º, da CF)¹⁰.

Dessa forma, o problema do direito pré-constitucional estava na impossibilidade de submetê-lo ao controle abstrato mediante a ADI. Isto, porém, foi resolvido com a Lei 9.882/1999, quando expressamente previu a

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 152.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2013. p. 564.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 114.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1349.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1358.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1349.

possibilidade de utilização da ADPF para questionar lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, mesmo os anteriores à Constituição¹¹.

Nessa toada, vê-se que a ADPF vem complementar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas poderão ser objeto de exame no âmbito da nova ação¹².

O artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, estabelece que podem propor ADPF os mesmos legitimados constitucionalmente para propor a ADI.

Por sua vez, o art. 3º da Lei nº 9.882/99, assim como na Lei n. 9.868/99, prevê que a petição inicial deverá conter, sob pena de indeferimento: (a) a indicação do preceito fundamental que se considera violado; (b) a indicação do ato questionado; (c) a prova da violação do preceito fundamental; (d) o pedido com suas especificações e, se for o caso; (e) a demonstração da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental questionado¹³.

A indicação do preceito fundamental que se considera violado assume peculiar significado na ADPF, ainda mais do que na ADI, não sendo suficiente a simples indicação de uma possível afronta à Constituição, devendo caracterizar-se, fundamentalmente, a violação de um princípio ou elemento básico¹⁴.

Sendo assim, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 preceitua que a petição inicial será indeferida liminarmente em caso de manifesta inadequação da ação, na hipótese de não atendimento a qualquer dos requisitos legais ou, ainda, em caso de inépcia da inicial.

No § 1º do mesmo artigo, consta que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1359.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 114.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 172.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 173.

Por fim, insta destacar que, conforme art. 10, § 3º, da referida lei, após julgada a ação, a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

1.2 Relato processual da ADPF nº 442¹⁵

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou no STF a ADPF nº 442, por meio da qual requer que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal – CP) pela CRFB/1988.

Realizado o estudo, é possível notar que, por meio da ADPF nº 442, o PSOL requer a não recepção parcial pela CRFB/88 dos artigos do Código Penal Brasileiro que tipificam como crime as seguintes práticas: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” e, ainda, “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante”.

Para o autor da ação, os dispositivos que criminalizam o aborto provocado pela gestante ou realizado com sua autorização, violam princípios e direitos fundamentais garantidos na CRFB/88, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos, razão pela qual deveriam ser parcialmente não recepcionados.

Quando se refere à não recepção *parcial*, o PSOL requer que se exclua do âmbito de incidência dos dois artigos a interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação.

A tese central defendida na ADPF nº 442 é a de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal, datado de 1940, não mais se sustentam.

Para o autor, a longa permanência da criminalização do aborto “é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável”, pois torna a gravidez um dever, sendo que, em caso de descriminalização, “nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade”.

¹⁵ As informações apresentadas a seguir foram colhidas em consulta processual à ADPF nº 422, bem como de notícias publicadas no site do Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 13/11/2018.

Dessa forma, o autor pugna pela procedência da ADPF, a fim de que seja declarada a:

Não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas”. Por conseguinte, pretende “garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

Para justificar a tese jurídica da não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do CP, o autor defende a aplicação da mesma interpretação jurídica definida pelo STF nos julgamentos: da ADI nº 3510, em 2008, na qual foram liberadas as pesquisas com células-tronco embrionárias; da ADPF nº 54, em 2012, que garantiu às gestantes de fetos anencefálicos o direito à interrupção da gestação; e do HC nº 124306, em 2016, no qual foi afastada a prisão preventiva de acusados da prática de aborto.

Em maio de 2017, após o recebimento de várias petições para ingresso no processo na condição de *amicus curiae*¹⁶, a relatora do caso, Ministra Rosa Weber, deferiu o pedido do Partido Social Cristão (petição nº 13776/2017), da União dos Juristas Católicos de São Paulo - UJUCASP (petição nº 15803/2017) e do Instituto de Defesa da Vida e da Família (petição nº 17406/2017).

No ano seguinte, mais especificamente em março de 2018, a respectiva Ministra convocou uma audiência pública por considerar que o objeto da ADPF nº 442 “envolve o espaço de conformação e incidência de diferentes valores públicos e direitos fundamentais”, sendo “um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais”. Dessa forma, em razão da complexidade da controvérsia constitucional, justificou a convocação da audiência nos termos do §1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99.

¹⁶ “cuja função é contribuir para a elucidação da questão constitucional por meio de informes e argumentos, favorecendo a pluralização do debate e a adequada e racional discussão entre os membros da Corte, com a consequente legitimação social das suas decisões”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1171).

Sendo assim, nos dias 3 e 6 de agosto do ano corrente, o STF promoveu a audiência pública sobre a descriminalização do aborto até a 12ª (décima segunda) semana de gestação. Mais de 40 (quarenta) representantes foram selecionados com o intuito de contribuírem com informações para a discussão do tema, entre especialistas, instituições e organizações nacionais e internacionais. Destaca-se que, entre os expositores, participaram representantes do Ministério da Saúde, da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), da Academia Nacional de Medicina, da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), do Conselho Federal de Psicologia e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Por ora, este é o breve relato da ADPF nº 442, que aguarda o andamento processual após a audiência pública realizada.

1.3 Das informações prestadas pela Presidência da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados e Advocacia Geral da União

Para viabilizar uma análise mais acurada do caso em comento, insta observar o teor das atos processuais e manifestações apresentadas nos autos da ADPF 442¹⁷.

Considerando o pedido de medida cautelar e a controvérsia constitucional que envolve essa ação constitucional, a Ministra Relatora Rosa Weber requisitou, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei n. 9.882/1999, informações ao Presidente da República, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados. Houve, ainda, a intimação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, para permitir a instauração do debate constitucional, bem como a configuração e o alcance do problema jurídico.

Em resposta, a Presidência da República¹⁸ sustentou a existência de desacordo moral razoável sobre a questão da descriminalização do aborto nas primeiras 12 (doze) semanas no âmbito da sociedade brasileira, diante da ausência de consenso mínimo acerca das concepções morais, filosóficas e religiosas que envolvem a matéria. Consequente, defende que o Poder

¹⁷ As informações apresentadas a seguir foram colhidas dos autos do processo, disponível no site do STF, após leitura das petições e despachos.

¹⁸ Petição 17406/2017.

Legislativo consiste na arena deliberativa competente para promover a discussão e o processo da tomada de decisão política, vinculante para todos os integrantes da sociedade, sob o fundamento de que o Parlamento é o espaço democrático, dentro da estrutura procedimental do Estado de Direito, responsável por tutelar o pluralismo político, premissa para a legitimidade das decisões políticas majoritárias.

Ademais, sustentou a existência de circunstâncias de fato e questões de direito variáveis que informam o contexto decisório do caso do feto anencéfalo e da descriminalização do aborto (ou interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas da gestação), como fundamento para o uso da técnica da distinção do precedente judicial na ADPF, de modo a afastar a aplicação do precedente formado na decisão da ADPF 54.

Ainda, destacou a não aplicação do precedente extraído do julgamento do HC 124.306 à disputa judicial em foco, porquanto a discussão e interpretação jurídica definida apenas deu-se de forma incidental, sem caráter vinculante. Com relação à ADI 3510, justificou a distinção entre os casos em cotejo, sob o argumento de que, neste precedente, restou assinalada a ausência de vinculação da controvérsia constitucional debatida, consistente na lei de biossegurança, com o aborto.

O Senado Federal¹⁹, a seu turno, apresentou informações, esclarecendo que os artigos questionados na ADPF não foram objeto da reforma legislativa empreendida no CP, conforme a Lei n. 7.209/1984, motivo pelo qual seriam, segundo ele, dispositivos legais aplicados pelas autoridades judiciais do país. Relembrou da aprovação, pelo Poder Legislativo, do art. 2º do Código Civil de 2002, o qual assegura direitos ao feto viável, afirmando que, para além da disciplina jurídica da matéria em questão, o Parlamento está promovendo as discussões pertinentes para eventual modificação do parâmetro legal.

A Câmara dos Deputados²⁰, em suas informações, teceu comentários a respeito da vigência dos dispositivos legais questionados há mais de setenta anos, fato jurídico que, ao lado da vigência da regulamentação da ação

¹⁹ Petição 17722/2017.

²⁰ Petição 19174/2017.

constitucional da ADPF desde 1999 (Lei n. 9.882/99), evidenciaria a não configuração do requisito legal do perigo da demora para a concessão da medida cautelar. Quanto ao mérito, asseverou que as normas impugnadas têm por objeto a tutela da vida humana intrauterina, de modo que a prática do aborto corresponderia ao atentado contra a vida humana, direito fundamental inviolável, conforme o art. 5º, *caput*, da CRFB/88. Trouxe também os seguintes dados acerca dos projetos de lei em debate na Câmara:

A descriminalização da conduta, se for o caso, deverá ocorrer por intermédio do Poder Legislativo. Ressalte-se que, quando teve a oportunidade de apreciar essa matéria, ao analisar o Projeto de Lei n. 1.135, de 1991, a Câmara dos Deputados rejeitou a descriminalização do aborto, considerando a proposta inconstitucional e inoportuna no mérito, como é possível depreender dos pareceres da Comissão de Seguridade Social e da Família e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Diário da Câmara dos Deputados, 18.7.2008, p. 33.972 e ss). Nesse contexto, cumpre a esta Presidência informar, ainda, que tramitam na Câmara dos Deputados proposições que preveem a proteção da vida desde a concepção, entre elas: a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 164/2012, que ‘estabelece a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção; o Projeto de Lei – PL n. 8.116/2004, que ‘dispõe sobre a proteção ao nascituro; o PL n. 478/2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências’, entre outras. Tramitam, também, projetos que descriminalizam o aborto, como, por exemplo, o PL n. 4.403/2004, que ‘acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal; e o Projeto de Lei n. 882/2015, que ‘estabelece as políticas públicas no âmbito da vida sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. (grifado)

A Advocacia-Geral da União²¹, em sua manifestação, defendeu a tese da validade constitucional das normas questionadas. Alegou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido de atuação do STF como legislador positivo. No mérito, argumentou que o aborto não foi diretamente disciplinado pela Carta Magna, não sendo possível inferir do seu texto a existência de suposto direito constitucional ao aborto. Analisou os precedentes da referida Corte de Justiça, da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria e afirmou que a decisão validamente adotada pelo legislador é no sentido de conferir prevalência, em regra, ao direito à vida do feto sobre o direito à liberdade de escolha da mulher. Concluiu pela ausência de afronta aos preceitos constitucionais suscitados como parâmetros de controle,

²¹ Petição 20812/2017.

manifestando-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.

1.4 *Amici Curiae*

Consoante já mencionado no relato processual, ingressaram no feito, na qualidade de *amicus curiae*, o Partido Social Cristão, a União dos Juristas Católicos de São Paulo - UJUCASP e o Instituto de Defesa da Vida e da Família, cujos argumentos corroboram os apresentados pela Presidência da República, Senado Federal, Câmara de Deputados e Advocacia Geral da União.

Oportuno destacar, ainda, que a União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP²² citou, em sua petição, a afirmação de Robert P. George²³, da Universidade de Princeton:

Os juízes têm abusado de seu poder e muitas vezes usurpado de sua autoridade sobre o poder legislativo sob o pretexto de dar efetividade às garantias constitucionais. Isso acontece desde à época da escravidão, onde se resistiram às tentativas do Legislativo de diminuir seu alastramento com base em falsas garantias constitucionais.

Nesse mesmo sentido foi a exposição da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP na audiência pública realizada, por meio da sua advogada, Dra. Angela Vidal Gandra Martins, quando afirmou que “acolher a ADPF 442 é um ‘aborto jurídico’”²⁴.

Ao defender o Estado laico e o pluralismo, a UJUCASP apresentou críticas à discussão do tema pelo Poder Judiciário, salientando que não cabe a um partido buscar, de forma paternalista e insegura, a proteção do STF sem a devida representatividade. Inclusive, segundo ela, não cabe ao Poder Judiciário criar ou suprimir direitos de modo a invadir a competência do Poder Legislativo, especialmente quando este, em outra oportunidade, já rejeitou a descriminalização do aborto, não havendo o que ser discutido no âmbito do controle de constitucionalidade.

²² Petição 15803/2017.

²³ Petição 15803/2017, pág. 50.

²⁴ Notícias STF. 06 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385886>. Acesso em: 30/10/2018.

Para a UJUCASP, não incumbe ao Direito definir, de forma arbitrária e pragmática, quando começa a vida, tampouco deve-se usar o recurso do planejamento familiar para justificar o aborto, sendo certo que, em decorrência da liberdade para a interrupção da gravidez, as mulheres passarão a ser vítimas de sua própria violência.

Estas foram, em síntese, as informações prestadas pela Presidência da República, Senado Federal, Câmara de Deputados e Advocacia Geral da União, bem como pelos *amici curiae* admitidos no processo.

2. Sobre a violação ao princípio constitucional da separação de poderes

2.1 O requisito do §1º do art. 4º da Lei 9.882/99 e o princípio constitucional da separação de poderes

Conforma abordado anteriormente, o §1º do art. 4º da Lei 9.882/99 dispõe que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”, devendo, neste caso, ser indeferida liminarmente a petição inicial.

Observa-se, portanto, que a ADPF submete-se à regra da subsidiariedade, em virtude de a sua utilização depender da inexistência de outro meio capaz de sanar, de modo eficaz, a lesividade ao preceito fundamental²⁵.

Deve-se ponderar, contudo, que a ADPF insere-se no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, hábil não apenas para tutelar o direito objetivo ou a ordem jurídica, mas também a gerar decisões que produzam efeitos gerais e vinculantes, a revelar sua aptidão para tutelar de forma pronta e ampla as questões ou controvérsias constitucionais. Sendo assim, a ADPF apenas será excluída quando existir outro meio capaz de tutelar o direito objetivo e que produza efeitos gerais e vinculantes²⁶.

Surpreendentemente, apesar de a Lei 9.882/99 dispor de forma muito clara a respeito da regra da subsidiariedade, ainda é muito comum o ajuizamento de ADPF sem a observância ao comando previsto no §1º do art. 4º da Lei

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1350.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1351-1352.

9.882/99. Isto pode ser observado no quadro sobre o ajuizamento de ADPF no STF do ano 2000 até 2010²⁷. Referido quadro demonstra que, “embora se haja uma intensa utilização da ADPF, o Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado reticente na sua aceitação indiscriminada”²⁸, de forma que, junto com a ilegitimidade *ad causam*, “o não atendimento da exigência estampada no art. 4º §1º da Lei 9.882/99 converteu-se na maior causa de negativa de seguimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental”²⁹.

A análise das estatísticas revela que, de 214 ADPF ajuizadas entre os anos de 2000 a 2010, 110 não foram conhecidas, número que representa mais da metade das ações ajuizadas. Ainda, deve-se considerar que, em 2011, grande parte das ações em tramitação na referida Corte ainda não haviam sido admitidas e, das admitidas, apenas 7 tiveram seu mérito julgado³⁰.

Diante das estatísticas apresentadas, resta necessário destacar que o princípio da subsidiariedade deve ser compreendido no contexto da ordem constitucional global, considerando-se meio eficaz de sanar a lesão aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata³¹.

Assim sendo, conforme os petítórios constantes dos autos, o meio eficaz de sanar a suposta lesividade apontada pelo autor da ADPF nº 442 seria a análise do tema pelo Poder Legislativo, o qual apresenta legitimidade para discutir e tutelar o direito objetivo, bem como de produzir, por óbvio, efeitos gerais e vinculantes.

Nessa toada, outorgar ao Poder Judiciário a análise da descriminalização do aborto, quando o assunto deve ser tratado pelo Poder Legislativo, viola o art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99. E, mais do que isso, viola o princípio constitucional da separação de poderes e, assim, o Estado Constitucional Democrático.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 40-99.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 100.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 100.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 100.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999. p. 180.

2.2 Estado Constitucional Democrático e Constituição

Primeiramente, a ideia de Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da CRFB/88, é a soma da síntese histórica de dois conceitos próximos, mas inconfundíveis: o de constitucionalismo e o de democracia. O primeiro significa, em essência, a limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). A segunda corresponde à soberana popular e ao governo da maioria³².

Por conseguinte, para ser considerado Estado Constitucional, o Estado deve ser regido por uma Constituição.

Para Kelsen³³, “a constituição do Estado, geralmente caracterizada como a sua ‘lei fundamental’, é a base da ordem jurídica do Estado Nacional”. Ao debruçar-se sobre o conceito de constituição, o autor leciona:

É bem verdade que o conceito de constituição, tal como compreendido na teoria do Direito, não é exatamente igual ao conceito correspondente na teoria política. O primeiro é o que chamamos antes de constituição no sentido material do termo, abrangendo as normas que regulamentam o processo de legislação. Tal como usado na teoria política, faz-se com que o conceito também compreenda as normas que regulamentam a criação e a competência dos órgãos executivos e judiciários mais altos³⁴.

Nas palavras de MIRANDA³⁵:

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados.[...] A Constituição é então a auto-organização de um povo (de uma nação, na aceção revolucionária da palavra), o ato pelo qual um povo se obriga e obriga os seus representantes, o ato mais elevado de exercício da soberania (nacional ou popular, consoante o entendimento que se perfilhe).

³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112-113.

³³ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 369.

³⁴ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 369.

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 165 e 171.

Considerando que a CRFB/88 é caracterizada como rígida, JOSÉ AFONSO DA SILVA³⁶ esclarece sobre a rigidez constitucional e o princípio da supremacia da Constituição:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para alteração da demais normas jurídica da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuído. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Para complementar o estudo, da doutrina de INGO SARLET³⁷, colhe-se o seguinte ensinamento com relação aos limites materiais da Constituição:

Os assim chamados limites materiais à reforma da Constituição objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição, em virtude de sua relevância para a própria identidade da ordem constitucional, conteúdos que, na formulação de John Rawls, constituem os “elementos constitucionais essenciais”. Nesse sentido, já se observou que, em virtude da ausência de uma fonte jurídico-positiva (em sua, de uma norma superior que lhe sirva de fundamento de validade), a vedação de certas alterações da Constituição tem os seus olhos sempre voltados para o futuro, já que o núcleo da Constituição atual, de certa forma (adquirindo permanência), passa a ser vigente também no futuro. Nesse contexto - e tomando-se o sistema jurídico como uma rede hierarquizada de princípios e regras em cujo centro encontra-se a Constituição -, verifica-se, na esteira do magistério de Alexandre Pasqualini, que todo sistema jurídico (sem prejuízo de sua simultânea abertura material e estabilidade) “reclama um núcleo de constante fixidez (cláusulas pétreas), capaz de governar os rumos legislativos e hermenêuticos não apenas dos poderes constituídos, mas da própria sociedade como um todo”. A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão desses limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.

Vê-se, assim, que a CRFB/88 possui limites materiais, chamados também cláusulas pétreas, descritas no art. 60, §4º, da CRFB/88, *in verbis*:

Art 60. [...]

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 47.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 137.

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa do Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação de poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

Um desses limites está claro no §4, é o princípio constitucional da separação de poderes, o qual se passa a analisar de forma mais profunda.

2.3 Princípio da separação de poderes

O princípio da separação de poderes já havia sido sugerido por Aristóteles e John Locke. Entretanto, o marco da sua definição e divulgação ocorreu, certamente, com Montesquieu³⁸.

Referido filósofo parte do princípio que “todo homem que tem Poder é levado a abusar dele”, por ser da natureza humana seguir “até encontrar os limites”. Por essa razão, faz-se necessária a divisão dos poderes, a fim de que um Poder freie o outro e o impeça de praticar quaisquer abusos. Este é, portanto, o fundamento da divisão de poderes³⁹.

A doutrina de Montesquieu é tripartida, uma vez que, segundo ele, existem no Estado três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Em outras palavras, “em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil”⁴⁰.

O *Legislativo* “faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas”⁴¹; o *Executivo das coisas que dependem do Direito Civil*, chamar-se-á poder de Julgar ou *Judiciário*, que “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares”⁴²; e, por fim, o *Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes* ou simplesmente *Executivo*, consistindo no

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 111.

³⁹ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 167.

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 167.

⁴² MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 167.

restante do poder, cabendo-lhe as demais funções do Estado, a sua administração geral, constituindo-se no executor das leis em geral⁴³.

Insta observar que Montesquieu ressalta a divisão dos poderes, não a sua harmonia. A divisão no sentido de terem eles funções próprias, não exercitáveis por outro Poder, as quais se interlaçam muitas vezes, cada Poder atuando dentro da sua esfera, para um desiderato comum, único. A atuação comum, cada qual intransigente nas suas funções, acaba resultando a harmonia entre os poderes, não obstante ainda permaneçam independentes.

Para Montesquieu, “não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador”⁴⁴.

Com relação ao Poder Judiciário, aludido filósofo o conceituou como politicamente nulo. Isso porque quem governa é o Legislativo e o Executivo: o primeiro, fazendo as leis e impondo o seu cumprimento; o segundo, participando da feitura delas, por meio do veto, e executando-as. O Judiciário, em contrapartida, não participa das elaboração das leis, limitando-se apenas a aplicá-las, estritamente, a casos excepcionais⁴⁵.

Em outras palavras, o Poder de Julgar deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, incapaz de produzir novos direitos. Tal atividade seria limitada pela legislação, bem como pela atividade executiva, que teria o poder cumprir as decisões que constituem o Poder de Julgar.

Desse modo, o poder dos juízes ficaria limitado a reafirmar o conteúdo proveniente do Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei” e, por essa razão, deveria ser chamado Poder Nulo (*em quelque façon, nulle*).⁴⁶

⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 25.

⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 168.

⁴⁵ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 203-204.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 953.

Ademais, a divisão de poderes somente funciona quando fundada nas leis da Política, descritas por Montesquieu, dentre as quais se encontram as seguintes: “todo homem que tem poder é levado a abusar dele” e “para que não possam abusar do Poder, precisa que, pela disposição das coisas, o Poder freie o Poder”⁴⁷.

É da natureza do homem a disposição de abusar do poder quando o tem; acontece que somente pode ser freado por outro homem que também possua certo poder. Torna-se, assim, necessária a divisão dos poderes do Estado, atribuindo-os a órgãos diferentes, independentes uns dos outros.

Por essa razão, Montesquieu salienta a importância de uma Constituição dividir bem os poderes. Segundo ele, o governo mal estruturado é, ele próprio, uma fonte de abusos, porque não respeitará nem fará respeitar garantias individuais, ou preceitos sobre a soberania, família, cultura, ordem social, entre outros. Nesse caso, a Constituição será apenas uma carta de intenções platônicas⁴⁸.

O princípio da separação de poderes teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos em 1787. Tornou-se um dogma Constitucional com a Revolução Francesa, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, em razão da extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem.⁴⁹

A partir da Revolução Francesa, a preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade em que os magistrados fossem, de fato, imparciais, exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação de poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e Judiciário, de forma que se

⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 200.

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. p. 203.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 111.

tornou imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, que deve representar os anseios do povo.⁵⁰

Dessa forma, o poder de criar o direito foi conferido apenas ao Legislativo; a prestação judicial restrita à mera declaração da lei; e para o Executivo ficou a tarefa de executar as decisões judiciais⁵¹.

Segundo Luís Roberto Barroso, Ministro do STF, o princípio da separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. Para Barroso, as *funções* estatais (*a legislativa, a executiva e a jurisdicional*) devem ser divididas e atribuídas a *órgãos* diversos (*o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*) e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os individuais contra o abuso potencial de um poder absoluto⁵².

Portanto, o governo consiste no conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada. Assim, o poder político, uno, indivisível e indelegável, desdobra-se e compõe-se de várias funções distintas⁵³.

É preciso, entretanto, não confundir a distinção de funções de poder com divisão ou separação de poderes. Ainda que haja uma certa conexão, a distinção consiste na especialização de tarefas governamentais de acordo com sua natureza, independentemente dos órgãos que as exercem. A divisão de poderes é caracterizada por confiar cada função governamental a órgãos diversos⁵⁴.

A divisão de poderes sustenta-se em dois elementos: a especialização funcional, ou seja, cada órgão torna-se especializado no exercício de determinada função; e a independência orgânica, que se traduz pela ausência de dependência entre os órgãos e pela inexistência de meios de subordinação⁵⁵.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 953.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 953.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 208-209

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 110.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 110.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 111.

Atualmente, a ampliação das atividades do Estado contemporâneo acarretou uma nova visão a respeito da teoria da separação de poderes e gerou novas formas de relacionamento entre os órgãos. Inclusive, o princípio da separação de poderes pode ser denominado como “colaboração de poderes”, característica do parlamentarismo. No âmbito do presidencialismo, foram desenvolvidas as técnicas de independência orgânica e harmônica entre os poderes⁵⁶.

Contudo, urge frisar que a divisão de funções entre os órgãos e sua independência não são absolutas. As interferências existem e destinam-se a estabelecer um sistema de freios e contrapesos, em busca do equilíbrio necessário para a realização do bem em prol da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, especialmente, em prejuízo aos governados⁵⁷.

Dessa forma, os trabalhos do Legislativo, Executivo e Judiciário somente desenvolver-se-ão adequadamente caso os órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, o que não significa o domínio de um pelo outro, tampouco a usurpação de atribuições, mas a verificação de que haverá, entre eles, a colaboração e controle recíprocos, com o objetivo de evitar distorções e desmandos. A desarmonia, por outro lado, dá-se sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro⁵⁸.

Reitera-se, assim, a essência do princípio da separação de poderes, segundo Montesquieu, principalmente no que diz respeito ao tema deste artigo, de que o Poder de Julgar precisa estar separado do Legislativo e do Executivo, porque, se o Juiz for Legislador, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário⁵⁹.

2.4 Abortando a tripartição de poderes

No capítulo intitulado “Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF” do livro “Precisamos falar sobre aborto: Mitos e

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 111.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 112.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 113.

⁵⁹ MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. p. 168.

verdades”, CABETTE⁶⁰ apresentou uma crítica ao julgamento proferido pela 1ª. Turma do STF no HC nº 124306, não em relação à matéria que efetivamente compunha o pedido, de teor processual, a respeito da revogação da Prisão Preventiva, mas com referência ao teor extrapolante, especialmente do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso, que passou da análise exigida no caso para adentrar em matéria de mérito, descriminalizando o aborto até o terceiro mês de gestação, em franca violação à tripartição dos poderes⁶¹.

Ora, sabe-se que somente uma lei posterior pode revogar uma lei anterior vigente, de forma que o STF não pode descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação⁶². Porém, o intento mais que manifesto no julgamento do HC nº 124.306 foi a criação de uma norma pelo Judiciário. Certamente, a intenção consiste em descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação no Brasil com uma “canetada”, em evidente desrespeito ao princípio constitucional da tripartição de poderes, afrontando, desta forma, a CRFB/88⁶³.

Dessa forma, o STF adentrou em área que não é de sua competência ao invadir o campo de atuação do Poder Legislativo e deliberar acerca da validade de uma lei vigente, impondo uma ideologia e declarando, ainda que incidentalmente, a invalidade de uma norma legal⁶⁴.

Na própria decisão do HC nº 124306 afirmou-se que o tema é controverso, motivo pelo qual o debate deve ser amplo, com a manifestação da sociedade, realizado por meio de um poder com legitimação popular, que é o Legislativo. Segundo o autor, “não cabe ao STF e nem a juiz algum, simplesmente

⁶⁰CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2018. p. 289-364.

⁶¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 289.

⁶² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 293.

⁶³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 2923-294.

⁶⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 294.

desconsiderar a legislação à qual está atrelado e que constitui um freio ao exercício arbitrário e caprichoso da função judicial”⁶⁵.

Ademais, embora a decisão sobre a legalidade do aborto até o terceiro mês de gestação, proferida no HC nº 124306, tenha sido incidental e não gere, em tese, efeito vinculante, “o fato é que houve uma declaração escancarada dessa legalidade e do acatamento de um viés ideológico específico sobre o tema do aborto”⁶⁶, o que, claramente, deu abertura à atual discussão da ADPF nº 442.

Na ocasião, o autor criticou a atuação do STF, não apenas no HC nº 124306, mas afirmando que o STF tem se tornado “carrasco da Constituição ao invés de seu protetor” e “isso que vem ocorrendo quando, de forma reprovável e irresponsável [...] se implanta um ativismo judicial pernicioso com franca e descarada invasão de atribuições do legislativo”⁶⁷.

Observa-se que a crítica apresentada é plenamente aplicável no caso analisado no presente artigo, no que diz respeito à inconstitucionalidade do processamento e julgamento da ADPF nº 442 pelo STF, porque, da mesma forma que no HC nº 124.306, a análise da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, agora não apenas de caráter incidental, mas com efeito vinculante, violaria, ainda mais certamente, o princípio constitucional da tripartição dos poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da presente pesquisa, pôde-se observar que a ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 é uma espécie de ação de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, de competência do STF, e encontra-se disciplinada pela Lei nº 9.882/99.

⁶⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 294.

⁶⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 292-293.

⁶⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. p. 292.

Referida lei estabelece que a ação “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” e que será cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Analisado seu cabimento, constatou-se que a ADPF vem complementar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas poderão ser objeto de exame no âmbito da nova ação.

Destacou-se, ainda, o disposto no §1º do art. 4º da Lei, segundo o qual “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”, enquanto o § 3º do art. 10 prevê que, após julgada a ação, a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Passou-se, então, à análise do andamento processual da ADPF nº 442, que tramita perante o STF. Relatou-se, após a apreciação online dos autos, que o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou no STF a ADPF nº 442 almejando que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal) pela CRFB/1988.

Foram relatados, então, os atos principais do processo, desde o ajuizamento até a audiência pública realizada, convocada pela Ministra relatora em razão da complexidade da controvérsia constitucional presente no caso, assim como as informações prestadas nos autos pela Presidência da República, pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pela Advocacia-Geral da União e manifestações dos admitidos no processo como *amicus curiae*.

O teor das aludidas peças caminharam no mesmo sentido, apresentando críticas à discussão do tema pelo Poder Judiciário e afirmando que compete ao Poder Legislativo promover a discussão do tema. Algumas manifestações, inclusive, destacaram que o Parlamento está discutindo eventual possibilidade de modificação do parâmetro legal. Pugnam, em síntese, pelo não conhecimento da ADPF e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Passou-se, então, ao estudo da suposta violação do princípio constitucional da separação de poderes decorrente da tramitação da ADPF nº 442 pelo STF.

Considerando que o meio eficaz de sanar a suposta lesividade apontada pelo autor da ADPF nº 442 seria a submissão do tema ao Poder Legislativo, o qual apresenta legitimidade para discutir e tutelar o direito objetivo, bem como de produzir efeitos gerais e vinculantes, outorgar ao Poder Judiciário a deliberação a respeito da descriminalização do aborto viola o art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99 e, mais do que isso, viola o princípio constitucional da separação de poderes e, consequentemente, o Estado Constitucional Democrático.

Compreendida a ideia de Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da CRFB/88, foram observados conceitos de Constituição, de Constituição rígida e de limites materiais da Constituição. Viu-se, assim, que a CRFB/88 possui limites materiais, chamados também cláusulas pétreas, descritas no art. 60, § 4º, da CRFB/88, um dos limites que resta claro no § 4º é o princípio constitucional da separação de poderes.

Adentrou-se nos liames do princípio da separação de poderes, que teve por marco a doutrina tripartida de Montesquieu.

Após estudo da doutrina de Montesquieu, restou claro que, além de ressaltar a importância da divisão dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), Montesquieu foi enfático ao afirmar que o Poder Judiciário precisa estar separado do Legislativo e do Executivo, devendo ser exercido como uma atividade puramente intelectual, cognitiva, imparcial e incapaz de produzir novos direitos. Afirmou, ainda, que se o Poder Judiciário estivesse unido ao Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria Legislador.

Ao final, apresentou-se uma crítica a respeito do posicionamento do STF, desde o julgamento proferido pelo STF no HC nº 124306, em relação à descriminalizando o aborto até o terceiro mês de gestação, e a consequente violação à tripartição de poderes.

A crítica apresentada demonstra que apenas uma lei posterior pode revogar uma lei anterior vigente, de forma que o STF não pode descriminalizar

o aborto até o terceiro mês de gestação, violando o princípio constitucional da tripartição de poderes ao apropriar-se de uma função que é de competência do Poder Legislativo, a qual, consoante Montesquieu, não incumbe ao Judiciário.

Observa-se que a crítica apresentada é plenamente aplicável no caso analisado no presente artigo, no que diz respeito à inconstitucionalidade do processamento e julgamento da ADPF nº 442 pelo STF, ao passo que, da mesma forma que no HC nº 124.306, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação por meio do referido instrumento, violaria, ainda mais certamente, o princípio constitucional da tripartição de poderes.

O objetivo da presente pesquisa foi verificar se o processamento e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 442, a respeito da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal – STF, viola o princípio constitucional da tripartição de poderes, o que restou confirmado por meio do presente estudo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Aborto até o terceiro mês de gestação: crítica ao posicionamento do STF. In: DEROSA, M. (Org.). **Precisamos falar sobre aborto: Mitos e verdades**. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2018. p. 289-364.

Consulta processual à ADPF nº 422 no site do Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 13/11/2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Saul. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n 9.882, de 3.12.1999**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense.

MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

Notícias STF. 06 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385886>. Acesso em: 30/10/2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.