

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO EM CONVÊNIO COM A ESCOLA DA
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO

Denise Rangel Souto

ATIVISMO JUDICIAL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Porto Alegre

2017

Denise Rangel Souto

**ATIVISMO JUDICIAL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Especialização em Advocacia de Estado e Direito Público pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em convênio com a Escola da Advocacia-Geral da União

Orientador Prof. Álvaro Carrasco

Porto Alegre

2017

RESUMO

O presente estudo tem o propósito de expor a postura ativista do Supremo Tribunal Federal na apreciação da questão relativa à descriminalização do aborto. Em uma dimensão mais ampla, examina-se o conceito de ativismo judicial, sua diferenciação da judicialização da política, sua evolução histórica e sua prática face aos princípios da separação de poderes em um Estado Democrático de Direito. Tem como foco principal a decisão pela qual o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um *habeas corpus*, institui como nova excludente de criminalização do aborto a interrupção voluntária até o terceiro mês de gestação. O objetivo é trazer ao debate a legitimidade de julgamentos ativistas em detrimento do exercício da atividade legislativa pelo órgão competente e dos princípios que embasam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: ativismo judicial; descriminalização do aborto, Supremo Tribunal Federal; separação dos poderes.

ABSTRACT

This study exposes the activist position of the Brazilian Supreme Federal Court when appreciating the issue concerning the decriminalization of abortion. In a wider dimension, the concept of judicial activism is examined (differentiating it from judicialization of politics), along with its historical evolution and its practice in view of the principles of the separation of powers in a Democratic Rule of Law. This paper focuses on the decision by which the Brazilian Supreme Federal Court, in judging *habeas corpus*, institutes the voluntary interruption until the third month of pregnancy as a new exemption to the criminalization of abortion. The objective is to promote the debate on the legitimacy of activist judgements to the detriment of the full exercise of the legislative activity by the competent entity and in view of the principles that underpin the Democratic Rule of Law.

Keywords: Judicial activism. Decriminalization of abortion. Brazilian Supreme Federal Court. Separation of powers.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 ATIVISMO JUDICIAL | 8 |
| 2.1 Conceito de ativismo judicial e diferença para judicialização da política | 8 |
| 2.2 Origem histórica do ativismo judicial | 12 |
| 2.3 Ativismo judicial, Estado democrático e separação dos poderes | 15 |
| 3 ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 18 |
| 3.1 Considerações gerais | 18 |
| 3.2 Julgamentos ativistas do Supremo Tribunal Federal | 22 |
| 4. O STF E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO | 30 |
| 4.1 Considerações iniciais | 30 |
| 4.2 Breve histórico de decisões | 31 |
| 5. DO ESTUDO DO CASO: HC 124.306 | 35 |
| 5.1 Síntese do processo | 35 |
| 5.2 Principais argumentos adotados | 38 |
| 5.3 Análise crítica do julgado | 40 |
| 6. CONCLUSÃO | 44 |
| REFERÊNCIAS | 46 |

1 INTRODUÇÃO

No Estado Brasileiro, conforme a configuração constitucional estabelecida, a dinâmica social deve ser acompanhada por leis produzidas no Poder Legislativo, implementadas pelo Poder Executivo e, na aplicação indevida ou ausente, garantidas pelo Poder Judiciário, o último, portanto, dos três poderes a se manifestar.

Na prática, entretanto, o que presenciamos é um crescente protagonismo do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, no cenário jurídico-político do País. Sob o pretexto da denominada “interpretação conforme à constituição”, o Tribunal acaba por decidir de forma inovadora ou até mesmo contrária ao ordenamento jurídico vigente.

Tal conduta caracteriza-se por uma postura proativa do Judiciário, que por vezes acaba por alcançar áreas e temas que estão para além dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário tem decidido questões de profundas divergências políticas e sociais, que dizem respeito a direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a integridade física, a igualdade, a família e a saúde, dentre muitos outros.

De forma bastante contundente, os julgamentos da nossa Excelsa Corte na questão relativa à descriminalização do aborto exemplificam o ativismo judicial na jurisdição brasileira. Justamente pelo grau de complexidade e posições extremamente conflitantes, envolvendo valoração de ordem moral, ética, religiosa e científica é que se elegeu tal tema para uma análise mais detalhada do fenômeno do ativismo.

O presente estudo não pretende adentrar na discussão acerca da adequação, atualidade ou justiça da legislação penal em vigor, tampouco na polêmica gerada pelo do tema. O que se propõe é a analisar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, evidenciado na postura ativista da nossa corte constitucional nas decisões proferidas em relação à descriminalização do aborto, bem como a legitimidade de tais decisões em um estado democrático de direito.

Para tanto, adotou-se como método a síntese analítico-descritiva de ensinamentos doutrinários e posições jurisprudenciais, para bem demonstrar as divergências jurídicas cada vez mais atuais em relação a essa matéria.

2 ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Conceito de Ativismo Judicial e Diferença para a Judicialização da Política

O ativismo judicial brasileiro está diretamente vinculado a uma ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais Poderes do Estado. Consequentemente, a conceituação de ativismo judicial não tem assento pacífico na doutrina brasileira. Parte da doutrina identifica tal fenômeno como uma atuação mais criativa dos julgadores, chegando por vezes extravasar os limites constitucionalmente impostos e ingressar no campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas, em total afronta ao princípio da separação dos poderes e, em última análise, ao próprio estado democrático de direito. Em contrapartida, doutrinadores não faltam para defender a conceituação de ativismo judicial como exercício da função jurisdicional mediante interpretação constitucional de efeitos expansivos e inovadores da ordem jurídica vigente na busca da concretização de direitos fundamentais.

Diante desse quadro, impõe-se trazer à discussão os principais conceitos encontrados na doutrina brasileira acerca do tema.

De acordo com Elival da Silva Ramos ¹,

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invadido por decisão ativista (em sede de controle da constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

¹ RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros Dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.131

Para bem definir o ativismo judicial, Azevedo Campos² parte da premissa de que há um comportamento comum que caracteriza as diferentes decisões ativistas, qual seja: o aumento da relevância da posição político-institucional dos juízes e das cortes sobre os outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional. Acaba por conceituar o ativismo judicial como:

o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. [CAMPOS, 2014]

Já o Ministro Luís Roberto Barroso³ entende o ativismo judicial como uma postura adotada pelo magistrado com o intuito de interpretar as normas constitucionais de maneira a expandir seu sentido e alcance em prol da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, ao mesmo passo que o diferencia do conceito de judicialização da política, nos seguintes termos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p 151/152 e 164

³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização. *Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática*. **SynThesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Com posicionamento diverso, adepto do entendimento segundo o qual o ativismo judicial consiste em desvio da função jurisdicional, mediante a intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto na legislativa, Lênio Luiz Streck⁴ também faz a necessária distinção entre ativismo e judicialização da política, esclarecendo:

Existe diferença entre esses dois fenômenos. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente, viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar toda a vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições.² A questão da

⁴ STRECK, Lênio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: A Difícil Concretização do Direito Fundamental a uma Decisão Constitucionalmente Adequada. Disponível em: editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/12206/pdf. Acesso em: 30 mar.2017.

judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço”, seja para manter o *status quo*).

Ainda acerca do conceito de ativismo judicial e a necessária diferenciação da judicialização da política, refere-se:

A judicialização, que, no contexto de divisão dos Poderes, não interfere negativamente ao Estado Democrático de Direito, poderá desencadear uma atuação proativa do Poder Judiciário, muitas vezes no afã de concretizar direitos constitucionalmente previstos. Assim, há de se afirmar que, embora a judicialização não seja imperativa ao ativismo judicial e este daquela independa, esta transferência da tomada de decisões poderá facilitar o ativismo judicial.

(...)

Diante disso, é possível afirmar que o ativismo judicial pode ser visto como uma postura proativa do Poder Judiciário, que em um contexto de divisão dos Poderes, objetiva a concretização de direitos (fim) por intermédio da interpretação (meio) ou da efetivação direta (meio), vindo a desempenhar as funções que, precipuamente, seriam do demais poderes da República.⁵

Percebe-se, portanto, que a judicialização da política não depende de qualquer postura do Poder Judiciário. A bem da verdade, esse fenômeno apresenta-se como uma questão social, derivado de uma série de fatores que possuem seu ponto inicial

⁵ LEAL, Mônica Clarissa Henning e ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a Interpretação e a Intervenção na Esfera de Atuação dos demais Poderes.** Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2015, pg.188/189

no reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los, gerando aumento da litigiosidade⁶.

Por outro lado, o ativismo judicial pode ser consequência da judicialização da política, mas não necessariamente dela depender. A submissão ao Judiciário de questões sociais polêmicas ou que demandam interpretação constitucional para a concretização de direitos e garantias fundamentais não implica, necessariamente, como resultado uma decisão ativista. É bem verdade que a judicialização da política fomenta o ativismo, ou seja, dá elementos para adoção de uma postura proativa por parte do poder judiciário, que acaba por solucionar conflitos que deveriam ser mediados pelo corpo político do Estado. Contudo está longe de ser, do ativismo, a causa.

Por conseguinte, tem-se que, ao contrário da judicialização da política, o ativismo decorre diretamente da postura adotada pelo Judiciário. Haverá ativismo judicial sempre que, nos julgamentos das demandas que lhe são submetidas, o Poder Judiciário inovar o direito criando normas de condutas e obrigações, a despeito do princípio da reserva legal e da competência do Poder Legislativo. Da mesma forma haverá ativismo judicial quando o Poder Judiciário dispor sobre políticas públicas, execução orçamentária e outras atribuições afetas ao Poder Executivo.

2.2 Origem Histórica do Ativismo Judicial

A partir dos conceitos expostos, tem-se o ativismo judicial não como um fenômeno isolado, mas como uma gradativa transformação no exercício da função jurisdicional, vinculada aos novos modelos constitucionais e refletida na atividade de interpretação constitucional exercida pelo Poder Judiciário.

Os Estados Unidos da América foram, inicialmente, o principal palco de discussão acerca do papel dos juízes e cortes no sistema político em que operam, tendo sido, inclusive, o berço do próprio termo “ativismo judicial”, com a publicação do artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, na Revista Fortune, no ano de 1947, de

⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2013.

autoria do jornalista Arthur Schlesinger Jr. Desde a primeira aparição, tal expressão tornou-se a principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes.⁷

Contudo, o tema em questão nunca foi uma exclusividade norte-americana. Na verdade, a discussão acerca do expansivo exercício de poder decisório por juízes e cortes, abarcando competências de outros poderes, possui um alcance espacial e temporal muito maior.

Fazendo uma análise histórica acerca do ativismo judicial, Barroso⁸ destaca:

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.41

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.. SynThesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012. Visualização: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388

Conforme apontamentos de Azevedo Campos⁹, na Europa Ocidental o início da expansão da justiça constitucional se deu em meio a importantes transformações políticas e sociais que se seguiram com o fim da Segunda Guerra. Afirma serem merecedores de destaque o Tribunal Constitucional da Alemanha (1949) e a Corte Constitucional da Itália (1956), os quais sempre mantiveram posturas ativistas de interpretação constitucional e de proteção de direitos fundamentais em face dos poderes políticos. Destaca, ainda, a Corte Constitucional da África do Sul, no período pós-Apartheid, a Suprema Corte da Índia e de Israel. Na América Latina, além do Brasil, as cortes constitucionais da Colômbia, a Costa Rica, do México e da Argentina também podem ser apontadas como exemplos de ativismos no enfrentamento à autoridade dos poderes políticos e em favor dos direitos fundamentais e sociais.

No Brasil, especificamente, as bases do ativismo judicial remontam da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando uma série de direitos individuais de cunho social foram assegurados aos cidadãos via normatização constitucional e que, acompanhados da garantia de amplo acesso à justiça, acabaram por dar uma maior expansão do Poder Judiciário para a resolução de conflitos. Agrega-se a isso, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a primordial função de zelar pelo cumprimento da Constituição.

Nesse cenário, começaram os primeiros debates sobre o ativismo judicial no Brasil, mormente em vista da ascensão institucional do Poder Judiciário vinculada ao modelo Constitucional adotado com a Constituição de 1988 e à crescente judicialização da política.

Para um melhor desenvolvimento do tema, impõe-se, nesse momento, fazer algumas reflexões acerca desse fenômeno em face do princípio da separação dos poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p 31/35

2.3 Ativismo, Estado Democrático e separação de poderes

Na evolução histórica, a sociedade passou por intensas transformações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, bem como por várias formas de organização – absolutista, liberal e social – até a idealização de um Estado Democrático de Direito.

É bem verdade que não se pode negar as conquistas e os valores eleitos pelo liberalismo, em especial a valorização das liberdades individuais, a legalidade, a igualdade (mesmo que formal) e a limitação do poder estatal. Da mesma forma, é inegável que com o Estado Social deu-se um passo importante em direção à realização de uma igualdade material, passou-se a exigir do Estado não mais só o respeito ao indivíduo e a submissão às leis, mas também uma postura proativa, promovendo o bem-estar social mediante a diminuição das desigualdades sociais, por meio de políticas públicas. Contudo, é no Estado Democrático de Direito que se agrega a todos os fundamentos já consagrados no Estado Social a preocupação primordial com a participação do povo no processo de construção de um projeto de sociedade, assegurando a representatividade por meio da igualdade de voto.

Nos dizeres de Dallari¹⁰:

Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é a expressão da vontade geral. E todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, para a formação dessa vontade geral. Assim, pois, a base da organização do Estado deve ser a preservação dessa possibilidade de participação popular no governo, a fim de que sejam garantidos os direitos naturais.

Assim, o Estado Democrático de Direito apresenta como principais características: a constitucionalidade, no sentido da vinculação do estado a uma constituição como instrumento básico de garantia jurídica; a separação dos poderes; a legalidade; a segurança jurídica; a supremacia da vontade popular; e a preservação da liberdade e igualdade de direitos.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva 2016, p.149

Considerada um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes de Estado, sugerida por Aristóteles, John Locke e Rousseau, restou amplamente divulgada e acolhida por grande maioria dos Estados pela fórmula desenvolvida por Montesquieu na obra “O Espírito das Leis”, datada de 1748, que cria a mais importante forma de divisão funcional do Poder.

Essa divisão clássica de poderes, segundo José Afonso da Silva¹¹, fundamenta-se em dois elementos: a) especialização funcional, segundo o qual cada órgão é especializado no exercício de uma determinada função; b) independência orgânica, pela qual é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que requer ausência de meios de subordinação, ou seja, atuarem em um mesmo plano horizontal.

Esclarece, ainda, José Afonso da Silva, que além da especialização funcional e da independência orgânica, integra a teoria da separação dos poderes o sistema de freios e contrapesos, pelo qual nenhum poder é absolutamente independente. Cada um exerce a função típica designada, mas também realiza funções atípicas com o escopo do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro.

Buscou-se, essencialmente, o equilíbrio no exercício das funções de cada Poder. A desarmonia acontecerá no momento em que as atribuições, faculdades e prerrogativas próprias de um poder forem por outro indevidamente abarcadas. Assim, a razão de ser básica dessa teoria é impedir que os poderes políticos de uma sociedade se concentrem de forma demasiada em uma única figura de autoridade, seja ela uma pessoa, um grupo ou um órgão de governo.

A Constituição Federal de 1988 institui o Brasil como um Estado Democrático de Direito, na medida em que adota a democracia como princípio de atribuição do Poder, submete todos à lei e estabelece a divisão funcional do Poder do Estado, além de assegurar o exercício de direitos individuais e sociais.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1987- p.73

O artigo 2º da Carta Magna¹² traz como cláusula pétrea o Princípio da Separação dos Poderes, estabelecendo a tripartição em Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma independente e harmônica.

Não obstante, a realidade da separação dos poderes é, por vezes, muito diferente do que a doutrina a respeito ensina e do que a própria Constituição estabelece.

É possível apontar situações vivenciadas no nosso cotidiano que denunciam o desequilíbrio entre as funções exercidas pelos Poderes do Estado: a legiferação por parte do Executivo, com o uso desmedido de leis delegadas e de medidas provisórias, bem como a inércia do Legislativo diante do incremento de demandas de questões sociais, políticas e econômicas, seja pelo acirramento de posições que acabam por paralisar as atividades legislativas ou pela simples ausência de vontade política.

Por último, aponta-se a postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal que, no exercício da função de intérprete da Constituição, acaba por decidir discricionariamente sobre as mais variadas e polêmicas questões, em afronta à teoria da separação dos poderes e, em última análise, ao próprio Estado Democrático de Direito.

Essa postura ativista do Supremo Tribunal Federal é o objeto da análise a seguir desenvolvida.

¹² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” In. BRASIL, Constituição Federal de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

3. ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Considerações Gerais

Previamente à análise do tema específico da descriminalização do aborto, importante fazer um breve relato acerca do comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal (STF) adotado em julgamentos proferidos sobre as mais diversas e polêmicas matérias.

Inegável que após a Constituição Federal de 1988, em especial nas duas últimas décadas, o STF assumiu gradativamente uma posição de relevo no cenário político atual.

De ilustres desconhecidos, os Ministros do Supremo passaram a ocupar, quase que diariamente, lugar de destaque na imprensa nacional. E isso não foi à toa, muitas questões polêmicas versando sobre política, economia, saúde, educação e sobre tantos outros direitos sociais foram submetidas ao STF e este, na qualidade de intérprete máximo da constituição, não raras vezes criou normas de condutas antes não previstas no ordenamento, bem como interferiu na adoção ou cumprimento de políticas públicas.

É nítida a interferência na competência legislativa e executiva do Estado, com o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, de tal forma capaz de abalar o equilíbrio entre os poderes.

Por outro lado, é verdade que diversas Cortes Supremas pelo mundo vêm tomando um papel mais criativo no controle jurisdicional e na implementação de direitos fundamentais. No Brasil não é diferente.

Nesse sentido, o Prof. Oscar Vilhena Vieira¹³ aponta, dentre as principais causas do excesso de ativismo judicial no Brasil, a adoção de uma Constituição abrangente e a acumulação demasiada de funções pelo Supremo Tribunal Federal:

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. v.4, n2, pp. 441-463, jul-dez 2008. São Paulo.

A primeira destas decisões diz respeito ao próprio *ethos* ambicioso da Constituição de 1988 que, segundo Seabra Fagundes, corretamente desconfiada do legislador, deveria sobre tudo legislar. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo.

(...)

A segunda razão que pode nos ajudar a compreender a expansão de autoridade do Supremo refere-se a sua própria arquitetura institucional. A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.

O excesso de ativismo judicial, além de deslegitimar o Poder Legislativo, politiza de forma exacerbada o Poder Judiciário, que ao contrário de exercer seu papel de forma imparcial e técnica, transforma-se em um espaço de disputas políticas e ideológicas, com prejuízos para a toda a sociedade.

Diante desse quadro, pertinente realçar a importância de se garantir certo distanciamento para a necessária imparcialidade do órgão responsável pela guarda e interpretação da Constituição.

Nesse sentido, surgem teorias acerca de uma nova separação dos poderes para o fim de resguardar os Tribunais Constitucionais, entendidos estes como outro

poder do Estado, compostos de pessoas com formação jurídica e legitimidade social, conforme ensina o Professor Cezar Saldanha Souza Junior:¹⁴

Quanto à atribuição de função de Tribunal Constitucional ao Poder Judiciário, Kelsen e Schmitt aqui concordam: implicaria uma politização ruinosa ao Estado de Direito e ao poder judiciário. Este estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Governo. Conforme nossa tese, importaria em quebrar o sentido limitativo, essencial ao Estado de Direito, da estruturação da organização política em níveis. Um poder, o Judicial, participaria, ao mesmo tempo, do domínio fundamental (nível constitucional) e do domínio concreto (nível infraconstitucional).

(...)

Na verdade, o Tribunal Constitucional coroa uma longa, bela e rica evolução histórica da divisão dos poderes, como tentamos mostrar no curso dessas páginas. Ele pressupõe um desdobramento e uma maturação anterior. Atua, em relação aos órgãos políticos independentes, como fecho de uma abóboda, mediante técnica jurisdicional, para proteção e concreção da Constituição, instrumento jurídico fundamental que sustenta todo o sistema político e o regime democrático.

No atual cenário jurídico-político brasileiro, o STF além de acumular as funções de Tribunal Constitucional, de última instância do poder judiciário e de foro privilegiado, assume o papel de guardião último dos ideais democráticos, em razão da incapacidade do Estado de assegurar todos direitos e garantias previstos no texto constitucional.

Diante dessa demanda, a Suprema Corte acaba adotando, de forma cada vez mais acentuada, uma postura inovadora na interpretação das leis em face da Constituição, dando sentidos e alcance maiores e diversos daqueles previstos pelo

¹⁴ JUNIOR, Cezar Saldanha Souza e REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. p.137 e 141

legislador ordinário, proferindo julgamentos que repercutem em todo cenário institucional. Acerca dessa questão, cita-se:

Tem restado ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre questões cruciais e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado a função de definir a vontade da constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas, desde a Reforma da Previdência até guerra fiscal entre os estados, desde a união homoafetiva até a licitude do aborto de anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedade de economia mista.

E a Corte tem resolvido muito desses casos por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansiva de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirmam direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e aplicação de políticas públicas.¹⁵

A atuação do STF nessa magnitude é que caracteriza o ativismo judicial brasileiro. Para efeito de exemplificação, a seguir são apontados os casos mais significativos em que se evidencia essa postura ativista da nossa corte constitucional, conforme descrição que segue.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p 29

3.2 Julgamentos ativistas do STF

Não são poucos os julgamentos nos quais se constata um comportamento mais afirmativo por parte do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação das normas constitucionais em demandas que envolveram questões complexas de grande repercussão social.

Apenas como forma de ilustrar tal fenômeno, pode-se apontar os seguintes julgamentos¹⁶:

MANDADOS DE INJUNÇÃO – MI nº 670-ES – no ano de 2007, o STF, deferiu o pedido formulado nessa ação e, em vez de apenas comunicar ao Legislativo a mora pela não edição da lei de greve do serviço público, determinou que deveriam ser aplicadas, nessa hipótese, as leis nºs 7.701/1998 e 7.783/1989, que tratam da questão na iniciativa privada. Transcreve-se parte da ementa:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) (STF - MI670/ES, Relator: Min: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 31-10-2008).

¹⁶ BRASIL, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC Nº 12 – com base nos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, o STF julgou procedente a ação, dando interpretação conforme a Constituição, para validar a Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça que proibia no nepotismo no Poder Judiciário. Posteriormente, no RE 579.951 (2008), foi estendida tal proibição aos demais Poderes, por força do art.37 da CRFB/88, bem como editada a Súmula Vinculante nº 13.

Nessa hipótese, identifica-se a postura ativista do Supremo Tribunal Federal na medida em que, diante da ausência de lei específica, estabelece a vedação da nomeação de parentes para ocupar cargos públicos em comissão ou função de confiança nos órgãos de qualquer dos Poderes dos entes federativos, por força da interpretação conferida ao art.37 da CRFB/88.

Segue o teor das ementas:

ADC 12

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que

esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (STF - ADC12/DF, Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 18-12-2009)

RE 579951/RN

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (STF - RE 579951/RN, Relator Min RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 24-102008).

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

HABEAS CORPUS – HC 91.952/2008 – neste julgamento o STF anulou decisão condenatória proferida por Tribunal do Júri pelo fato de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante a sessão. Entendeu-se como vulnerada a dignidade da pessoa humana e o princípio da não culpabilidade por

submeter o acusado a tal humilhação. O caráter ativista deste julgado configura-se em razão de não haver lei regulamentado o uso de algemas, tendo o Tribunal criado regras para o seu uso, nos termos da ementa a seguir transcrita:

ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. (STF - HC 91952/SP, Relator Min MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19-12-2008)

PETIÇÃO – PET 3.388 – ação sobre demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa Serra do Sol. O Tribunal julgou parcialmente procedente, declarando a legalidade e a constitucionalidade da Portaria do Ministério da Justiça e do Decreto do Presidente da República que homologou a demarcação, entretanto impôs à Administração 19 condições a serem observadas, criando normas para regular situação não prevista em lei. Segue trecho da ementa:

AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS

INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. (...) (STF – PET3388/RR, Relator Min CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 25-09-2009)

MANDADO DE SEGURANÇA – MS 26.603/DF – a discussão nessa ação refere-se à possibilidade de o TSE determinar a perda de mandato de parlamentar que, injustificadamente, muda de partido após o pleito eleitoral, devendo a vaga no parlamento ser preenchida pelo suplente. Esta decisão criou uma nova categoria de perda de mandato distinta daquelas hipóteses previstas no art. 55 da CRFB/88, nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO

MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. (STF – MS 26603/DF, Relator Min CELSO MELLO, Tribunal Pleno, DJe 19-12-2008)

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF nº 45 – nesta ação, consolidou-se entendimento segundo o qual as questões orçamentárias, a título de cláusula de reserva do possível, somente configurariam óbice à implementação do direito à saúde se a insuficiência de recursos for objetiva e concretamente demonstrada. Tal decisão importa em interferência do Poder Judiciário na questão da implementação de políticas públicas. Segue a ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER

RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF – ADPF 45/DF, Relator Min CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 04/05/2004)

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF nº 132/RJ e AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 4277/DF em que se discutia o *status* jurídico das uniões homoafetivas, e conferiu “ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (conclusão do voto do Ministro Relator) . Esta decisão reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, alcançando situações fáticas não previstas em lei, o que evidencia o perfil ativista do julgamento proferido.

A seguir, transcreve-se parte da ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (STF – ADPF 132/RJ, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 14-10—2011)

Mais recentemente, o STF tem sido provocado a se manifestar acerca da descriminalização do aborto, matéria cuja controvérsia é muito significativa, envolvendo não apenas divergências jurídicas, mas também questões de saúde pública, ética, moral e religiosa.

Em razão disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar mais especificamente o ativismo judicial constante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos que envolveram tal matéria.

4. O STF E A DESCRIMINILIZAÇÃO DO ABORTO

4.1 Considerações Iniciais:

Partindo-se dos conceitos e ensinamentos doutrinários até aqui expostos, passa-se agora a analisar a postura ativista do Supremo Tribunal Federal em uma matéria e controvérsia específica: a descriminalização do aborto.

O STF tem sido sistematicamente provocado a se manifestar acerca dessa questão, por meio de demandas ajuizadas sob a alegação de que a norma penal vigente viola princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, além dos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade e à igualdade.

O Código Penal Brasileiro¹⁷, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, tipifica a interrupção da gestação como crime de aborto, nos seguintes termos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

¹⁷ BRASIL. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

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

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

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Sem querer adentrar na discussão sobre a atualidade ou justiça da legislação em vigor, nem tampouco aqui enfrentar questões de ordem moral, religiosa, científica ou filosófica acerca da matéria, o presente estudo limita-se a analisar a postura ativista do STF nas decisões proferidas sobre o tema, bem como a legitimidade de tais decisões em um estado democrático de direito.

É o que se propõe nas linhas que seguem.

4.2 Breve histórico das decisões:

Uma das primeiras discussões concretas acerca da descriminalização do aborto chegou ao STF no ano de 2004, através do HC 84.025/RJ.¹⁸

Nele a paciente deduziu pedido de cassação do acórdão do STJ, para o fim de autorizar a realização de aborto, tendo em vista a constatação por exames médicos de que o feto era portador de grave anomalia (anencefalia).

No seu voto, o Ministro Relator Joaquim Barbosa, partindo do conceito de aborto, entendeu que a interrupção se configuraria quando tivesse como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável

¹⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>

da conduta tipificada. No caso em questão, o feto estará fadado à morte, seja no momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gravidez.

Na ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia da mulher, entendeu o Ministro que deveria prevalecer a dignidade da mulher e o direito de liberdade dela de escolher aquilo que melhor representa seus interesses particulares, suas convicções religiosas e morais e seu sentimento pessoal.

Com base nesse entendimento, concedeu a ordem para cassar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, assegurando à paciente o direito de interromper a gravidez, caso fosse essa a sua vontade. Porém, quando da prolação do voto, o Ministro foi surpreendido pela notícia de que a requerente já havia dada a luz à criança, em razão do que julgou prejudicado o *habeas corpus*, mas fez a juntada do voto anteriormente elaborado.

Após esse caso, foi submetida ao Supremo Tribunal Federal a questão da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510¹⁹, proposta no ano de 2005, tendo como alvo o art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Especificamente sobre o tema do aborto, nesta ação restou entendido que as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto, tendo em vista não ser possível caracterizar o embrião como vida. Dessa forma, foi declarada a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, entendendo-a como norma não infratora aos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, da autonomia da vontade e do direito à vida.

Antes, em junho de 2004, havia chegado ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 54²⁰, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Essa ação teve como objeto a descriminalização da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos.

¹⁹ BRASIL. STF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

²⁰ BRASIL. STF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>

A medida liminar foi concedida pelo relator, Ministro Marco Aurélio, sobrestando todos os processos que versassem sobre o mesmo assunto e permitindo às mulheres, portadoras de laudo médico que atestasse a anomalia, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Esta decisão monocrática, todavia, não prosperou, tendo sido cassada por maioria do pleno, vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Celso de Melo e Sepúlveda Pertence.

Em razão dos efeitos gerados pelo julgamento da liminar, houve a necessidade de realização de duas audiências públicas com diferentes setores da sociedade civil a respeito do tema, bem como possibilitar a estas entidades a possibilidade de requererem a admissão no processo na condição de *amicus curiae*.

Quando do julgamento da ação, em abril de 2012, o Ministro Relator levantou questões envolvendo o direito à vida dos anencéfalos, o caráter não absoluto do direito à vida, bem como a discussão do caso sob o ângulo do direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade daquela que escolhe cessar ou prosseguir com a gravidez em debate. Ao final, o relator afastou a constitucionalidade da interpretação que criminaliza a antecipação terapêutica de parto com feto anencéfalo, nivelando-a a outra excludente de ilicitude do aborto.

Com posicionamento diverso, o Ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência ao voto do relator e votou pela improcedência da ADPF, asseverando que qualquer decisão envolvendo tema de tamanha relevância deveria ser, primeiramente, alvo de vasta discussão pública e, após, remetida ao Congresso Nacional.

O presidente, Ministro Cezar Peluso, se manifestou pela improcedência do pedido, acompanhando a opinião talhada pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao expor que, cabe ao Congresso Nacional dispor se a questão levantada merece ou não prosperar enquanto excludente de ilicitude.

Os votos dos ministros Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam o relator, contemplando a pretensão da requerente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade.

O resultado final da ação foi favorável à procedência do pedido, com o placar de oito votos a dois, permitindo que gestantes de fetos anencéfalos interrompessem ou dessem continuidade na gravidez, nos termos da ementa a seguir transcrita:

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

São esses os principais julgamentos acerca na descriminalização do aborto que antecederam ao recente julgamento proferido pelo STF, HC 124.306/RJ, objeto de análise específica, a seguir exposta.

5. DO ESTUDO DO CASO: HC 124.306/RJ

Trata-se do julgamento proferido pela Primeira Turma do STF no Habeas Corpus nº 124.206, pelo qual, por maioria de votos, firmou-se o entendimento de que a interrupção da gravidez praticada até o terceiro mês de gestação não pode ser considerada como crime, afastando a aplicação dos artigos 124 a 126 do Código Penal, por serem incompatíveis com a Constituição Federal de 1988.

Em que pese a decisão gerar efeitos apenas entre as partes do processo, o interesse por tal julgamento justifica-se na medida em que demonstra claramente a postura ativista da nossa Corte Constitucional, ao fixar um posicionamento acerca de matéria marcada por profundas divergências sociais, abarcando a competência para discussão e deliberação, próprias da esfera legislativa.

5.1 Síntese do processo

No ano de 2016, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus nº 124.306/RJ, conferindo interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

No caso, os réus mantinham uma clínica clandestina de aborto e foram presos em flagrante por provocar aborto com consentimento da gestante. O juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ (processo nº 001449-75.2013.8.19.0021) deferiu a liberdade provisória aos pacientes, sob o argumento de serem infrações relativamente às quais as penas autorizam a substituição ou o cumprimento no regime aberto.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro formalizou recurso em sentido estrito sustentando a necessidade de segregação para garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.

A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proveu o recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra os pacientes.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (nº 290.341/RJ), alegando a insubsistência dos motivos a justificarem a constrição, face à possibilidade de os pacientes, se condenados, cumprirem a reprimenda em regime diverso do fechado.

A Sexta Turma do STJ não conheceu do *habeas corpus*, asseverando a legalidade da custódia, pois fundada em elementos concretos, consubstanciados na gravidade e na reprovabilidade das condutas imputadas.

No *habeas corpus* interposto perante do Supremo Tribunal Federal, os impetrantes argumentam a desnecessidade da segregação e as condições pessoais favoráveis dos réus (primários, com bons antecedentes e com trabalho e residência fixa) para responderem à ação em liberdade.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao apresentar seu voto-vista, além de reconhecer a ausência dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva, o que já seria suficiente para a concessão da ordem, acrescentou ser necessário examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva. Valendo-se do princípio instrumental da razoabilidade e proporcionalidade, o ministro entendeu que a criminalização da interrupção voluntária da gestação antes de concluído o terceiro trimestre atinge diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. Aponta como violados o direito à integridade física e psíquica da mulher, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a igualdade de gênero. Aduz que a criminalização do aborto viola o princípio da proporcionalidade por não tutelar adequadamente a vida do feto ou impactar o número de abortos praticados no país. Em vez da criminalização, o Ministro destaca haver inúmeros outros meios para coibir gestações indesejadas, como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas não tem como sustentá-lo.

Em conclusão, por ser o Código Penal Brasileiro de 1940, data bem anterior à Constituição Federal vigente, o ministro declara ser hipótese de não recepção dos

dispositivos 124 a 126 do referido diploma legal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre e conceder a ordem de *habeas corpus* para afastar a prisão preventiva.

Acompanharam o voto do ministro Barroso, os ministros Rosa Weber e Edson Fachin. Os ministros Luiz Fux e Marco Aurélio de Melo não se manifestaram especificamente sobre este argumento, limitando o voto na questão dos requisitos da prisão preventiva.

Em suma, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

Tem-se do julgado a seguinte ementa:

Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de deconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a

vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus (HC 124306, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator para Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017).

5.2 Principais Argumentos Adotados

Como acima referido, o Ministro Luís Roberto Barroso, no seu voto vista, entendeu que, a despeito de ser suficiente à concessão da ordem a ausência do preenchimento dos requisitos autorizadores da custódia preventiva, haveria necessidade, no caso em tela, analisar a constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus.

Para tanto, o Ministro desenvolve toda uma análise detalhada acerca da constitucionalidade da tipificação da conduta de interrupção voluntária da gestação,

indicando não apenas preceitos constitucionais supostamente violados, mas também valorando direitos e interesses envolvidos, fazendo uso de dados acerca da saúde e políticas públicas referente ao tema, bem como analisa a doutrina, jurisprudência e legislação comparada.

Logo no início do seu voto o ministro sintetiza seu entendimento:

No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Aponta como direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização: a violação à autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CRFB/1998, art.1º, III); violação aos direitos sexuais e reprodutivos, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos; e violação à igualdade de gênero, na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for outorgado o direito de decidir acerca da continuidade ou não da gestação.

Nesse voto foi ainda defendida a tese de que a criminalização do aborto ofenderia o princípio da proporcionalidade, uma vez que não tutela adequadamente a vida do feto e não é capaz de evitar a interrupção da gestação, acabando por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

A Ministra Rosa Weber acompanhou tal entendimento sob o argumento de que a tipificação como crime de aborto a interrupção voluntária da gestação efetivada até o terceiro mês revela-se uma escolha política penal desproporcional com os direitos fundamentais da mulher no âmbito reprodutivo, sexual e de igualdade, assegurados pela ordem constitucional vigente.

Ao final, por maioria de votos, foi dada interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 do Código Penal hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre da gestação.

5.3 Análise crítica do julgado

Como anteriormente referido, não se pretende aqui defender a legalização do aborto ou que se permaneça criminalizado. A questão em pauta não é justiça da decisão, mas sim a sua legitimidade democrática.

Inicialmente, ressalta-se que se trata de recente julgamento de *habeas corpus* proferido pela Primeira Turma do STF, em novembro de 2016, sobre um caso específico de uma clínica clandestina de aborto no Rio de Janeiro. A decisão não foi precedida de nenhuma audiência pública e tampouco houve a intervenção de qualquer entidade ou representante da sociedade na qualidade de *amicus curiae*. Foi tomada por maioria de três votos a dois, sendo que o tema da descriminalização do aborto foi analisado apenas por dois Ministros.

Pertinente observar, ainda, que em nenhum dos sucessivos *habeas corpus* interpostos pelos réus, em razão dessa prisão em flagrante, foi suscitada a inconstitucionalidade ou ausência de recepção da norma que tipifica a conduta descrita como crime de aborto. Logo, o tema da incompatibilidade da criminalização do aborto prevista nos artigos 124 a 126 do Código Penal em face da Constituição foi apreciado de forma voluntária pelos julgadores, uma vez que não era objeto do pedido e tampouco era imprescindível para a concessão medida pleiteada, o que reforça ainda mais o perfil ativista do julgamento proferido.

A decisão tem efeito apenas entre as partes, mas pode ser utilizada para fundamentar outros julgamentos sobre o mesmo tema. Esse caso, portanto, reabre o debate sobre a descriminalização do aborto por ato do Poder Judiciário. Com efeito, segundo consta do voto condutor do acórdão, a criminalização da interrupção da gravidez nos termos em que estabelecida em nosso Código Penal precisa ser interpretada conforme a Constituição, que lhe é posterior. Assim, conferindo uma

interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, foi excluído do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, sob o fundamento de que a criminalização, nessa hipótese, é incompatível com os direitos fundamentais da mulher (direitos sexuais, reprodutivos, de liberdade de escolha, de integridade física e psíquica e o direito à igualdade), bem como o princípio da proporcionalidade, já que é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização.

Criou-se, ainda que com validade apenas para as partes em litígio, uma excludente de criminalidade não prevista em lei. O Supremo sob o pretexto de interpretar a legislação conforme a ordem constitucional acaba por inovar substancialmente o texto legal.

Nos termos da legislação em vigor, para que o aborto possa ser considerado crime basta a eliminação da vida, tendo sido eleitas apenas duas situações de exclusão da criminalidade: aborto necessário, no caso de risco de vida da gestante, e quando a gestação é resultante de estupro. Resta claro, portanto, que a situação descrita nesse julgamento não está expressa na lei penal vigente no Brasil como hipótese em que o aborto é autorizado. A legislação penal e a própria Constituição Federal, na forma em que concebidas, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva.

O Supremo Tribunal Federal inovou o mundo jurídico e o fez mediante interpretação. Nesse aspecto, vale invocar a lição do ex-ministro do STF, Néri da Silveira, constante do Parecer²¹ proferido em resposta à consulta da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro sobre o tema debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54:

Se os dispositivos em foco cuidam da disciplina legal do crime de aborto e, no art. 128, I e II, do Código Penal, de forma expressa e inequívoca, se alinham as únicas hipóteses em que, embora praticado o aborto por médico,

²¹http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro_aposentado_parecer_interrupcao_gravidez

não se lhe impõe a pena respectiva, não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com o objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não-punição do aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 1956/1996, em tramitação no Congresso Nacional, é exemplo, dentre outros, a confirmar que, somente ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, o qual não tem função de legislador positivo, caberá criar hipótese nova de não-punição do aborto, que consiste na interrupção da gravidez, com morte do feto.

Assim sendo, **não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme a Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional. Não tenho como possível, desse modo, o Poder Judiciário fixar juízo, de natureza normativa, antecipando-se à deliberação dos outros Poderes Políticos, a tanto competentes, excluindo em decisão, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, do âmbito de incidência de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição vigente, a situação em foco que, de resto, em princípio, está envolta em questões de fato pendentes de comprovação técnica complexa.** (grifei)

Em face desse julgamento fica razoavelmente fácil de compreender o ativismo judicial enquanto fenômeno jurídico caracterizado pelo exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional. O órgão competente para julgar excede seus limites e legisla criando hipóteses de excludentes de criminalidade ainda não prevista na lei, ou seja, confere efeitos legiferantes à sua decisão, afastando-se do modelo esculpido constitucionalmente de legislador negativo.

A situação em tela é ainda mais diferenciada, uma vez que a descriminalização do aborto é especialmente complexa, sendo que os dois lados do debate envolvem direitos fundamentais imensamente caros à sociedade, como direito à vida e o direito à liberdade. Ambos dependem de valorações de ordem moral, ética e religiosa, cujas divergências a ciência, por si só, não consegue resolver.

O surpreendente é que diante dessa intrincada e polêmica demanda, a Primeira Turma do STF não se furtou em deliberar sobre o tema, mesmo sem ter sido provocada especificamente sobre a constitucionalidade da lei penal, sem contar com

competência para legislar e nem tampouco ser detentora de legitimidade representativa, já que seus integrantes não são eleitos pelo povo.

Ademais, em que pese a decisão tenha sido tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade, gerando efeitos imediatos apenas para as partes do processo, ela serviu de fundamento para novas ações, estas agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL propôs, recentemente, perante o Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, alegando como violados os princípios fundamentais da pessoa humana, em razão da criminalização do aborto induzido e voluntário pelo Código Penal de 1940. Também recentemente foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581) pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, que inclui o pedido de interrupção da gravidez como possibilidade excepcional para mulheres infectadas pelo vírus Zika, por estar associado a casos de microcefalia e outras malformações fetais.

Esses fatos demonstram perfeitamente o excesso de ativismo judicial presente no cenário jurídico-político brasileiro, em especial na atuação do Supremo Tribunal Federal, expondo a fragilidade da separação e harmonia entre as funções públicas do Estado, em prejuízo a um regime que se pretende manter como democrático.

6. CONCLUSÃO

A partir das análises realizadas no decorrer do trabalho é possível entender ativismo como o exercício da função jurisdicional de forma expansiva, mediante indevida intervenção na esfera legislativa e administrativa do Estado, importando desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes e, em última análise, do próprio Estado Democrático de Direito.

Como visto, o ativismo judicial é um fenômeno mundial e que no Brasil tem se revelado de forma contínua e muito abrangente, em razão da postura proativa e criativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Tal prática gera consequências sistêmicas de várias ordens. O que a uma primeira vista representa uma solução à omissão dos outros poderes, pode vir a se tornar contrário aos interesses democráticos. Destaca-se, o enfraquecimento institucional dos demais poderes em face do protagonismo do Judiciário. Há inversão democrática e falta de partição política, uma vez que o povo não elege os magistrados que estão a exercer as funções dos poderes representativos da sociedade. Cria-se a ausência de critérios objetivos e, conseqüentemente, fragiliza a segurança jurídica, uma vez que permite interpretações amplas, modificativas e até mesmo contrárias ao texto legal.

Não há como negar, ainda como consequência do ativismo, a exposição demasiada do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, em prejuízo à imparcialidade indispensável a uma Corte Constitucional, para bem exercer o papel de intérprete máximo da ordem constitucional de um país.

Todas essas consequências são perfeitamente constatadas na postura adotada pelo STF nas ocasiões em que fora provocado a deliberar acerca da descriminalização do aborto, inicialmente nas hipóteses de malformação do feto e, mais recentemente, na hipótese de interrupção até o terceiro mês com consentimento da gestante.

A despeito da complexidade da matéria, a decisão proferida cria uma nova excludente de criminalidade não prevista na lei penal vigente, ou seja, o Tribunal passa a legislar usurpando da competência do Legislativo. Cria um perigoso

anterior, em que confere efeitos legiferantes à decisão, afastando-se da função de legislador negativo.

A questão da descriminalização do aborto resta totalmente judicializada, em caráter amplo e se adequando a qualquer tipo de gestação, sobrepondo-se às necessárias discussões de ordem política, social, moral e de saúde pública que deveriam ser travadas pelos detentores de poderes representativos, ou seja, no Poder Legislativo, conforme determina a Constituição Federal.

Sem adentrar no mérito ou justiça da questão – se criminaliza ou não o aborto e em que situações –, o que se questiona é qual a extensão adequada da competência ou poder a ser exercido por um Tribunal dentro de um regime democrático.

O Supremo Tribunal Federal é Poder, tem poder e o exerce como nunca antes. Porém, seus integrantes não são representantes da sociedade, não se submetem ao voto popular, são na essência técnicos do Direito que tem por função a guarda da ordem constitucional do País. Tal função não implica, entretanto, criar e alterar leis se sobrepondo à vontade da maioria.

Por conseguinte, delegar a solução de questões polêmicas desta magnitude ao Poder Judiciário, em notório detrimento do Poder Legislativo, contraria o princípio constitucional da separação dos poderes e do regime representativo, comprometendo a essência das instituições democráticas do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização. “Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática”. **SynThesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Cezar Saldanha Souza e REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Henning e ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e Ativismo Judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a Interpretação e a Intervenção na Esfera de Atuação dos demais Poderes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, pg.188-189.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros Dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

SILVEIRA, José Néri. Parecer. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro_aposentado_parecer_interrupcao_gravidez

STRECK, Lênio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: A Difícil Concretização do Direito Fundamental a uma Decisão Constitucionalmente Adequada. Disponível em: editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/12206/pdf

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v.4, n2, pp. 441-463, jul-dez 2008.