



TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

À Coordenadoria de TCC do Curso de Direito;

Acadêmico: LEONARDO FELIPE DE PAULA

RU: 2287301

Título do trabalho: ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE: O HABEAS CORPUS 124.306-STF

Autorizo a submissão do artigo/monografia supranominada à Comissão/Banca Avaliadora, responsabilizando-me civil e criminalmente pela autoria e pela originalidade do trabalho apresentado.

Curitiba, 20 de NOVEMBRO de 2022.

Leonardo Felipe de Paula
Assinatura do Acadêmico



LEONARDO FELIPE DE PAULA

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE: O HABEAS CORPUS

124.306 -STF

CURITIBA

2022

O ativismo judicial e seus efeitos na sociedade: o Habeas Corpus 124.306 -STF

Leonardo Felipe de Paula¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar os efeitos do ativismo judicial tendo como base a perspectiva hermenêutica. Assim o objetivo é compreender como ocorre a atuação e a interpretação do judiciário frente os processos democráticos na sociedade brasileira e os efeitos do ativismo judicial. O estudo realizado parte dos referenciais teóricos, tendo como objetivo geral a análise dos efeitos do ativismo judicial, o qual ultrapassa o que está expresso na lei. Como objetivos específicos, busca-se: a) Analisar o habeas corpus 124.306/RJ, considerando os limites de interpretação e decisões da Corte; b) Apreciar o mérito do julgamento a partir da reflexão sobre a temática aborto, estabelecendo relação entre a atuação da Corte tendo como aporte os fundamentos jurídicos e o juízo de proporcionalidade; c) Verificar as ações que validam as interpretações do judiciário a partir do fenômeno do ativismo judicial, visando compreender até que ponto a intervenção da Corte é eficaz ou não à democracia. Como metodologia adotou-se a bibliográfica a fim de aprofundar o estudo reflexivo da temática.

Palavras- chaves: Ativismo judicial. Aborto. Habeas Corpus.

¹ Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Internacional de Curitiba- Uninter

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL

1.1 O ativismo judicial: experiência norte-americana

1.2 O ativismo judicial e legitimidade democrática

2. O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 Os direitos humanos como processo de emancipação da dignidade humana

2.2 Os fundamentos jurídicos para a realização do aborto à luz da dignidade da pessoa humana

3. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 124.306

3.1 Análise do Habeas Corpus 124.306/RJ com voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso

3.2 Os efeitos do julgamento do Habeas Corpus e a relação com o controle de constitucionalidade

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

5. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar os efeitos do ativismo judicial com base no julgado do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, com voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, tendo como base a perspectiva hermenêutica que visa perceber como ocorre a autonomia dos estados membros da federação brasileira. Assim, o estudo tem como objetivo analisar os efeitos do ativismo judicial que ultrapassa o que se expressa na lei, verificando quais ações validam as interpretações do judiciário na tensão entre o crime de aborto e os direitos fundamentais da mulher sob a baluarte do Estado Democrático de Direito.

É imperativo dizer que a relevância da temática sobre o aborto no Brasil e o ativismo do judiciário faz-se necessário no cenário atual, tendo em vista que reacende a análise e reflexão acerca do comportamento da Corte e sua atuação.

O protagonismo da Corte frente a problemática gera, nacionalmente, momentos de críticas e defesas, exigindo circunspecções. Este protagonismo nas decisões mais peculiares envolve questões de larga escala e, muitas vezes conduzem a implementação de políticas públicas.

A partir deste contexto o desafio do estudo tem como premissa a necessidade de compreender como ocorre a atuação e a interpretação do judiciário frente os processos democráticos na sociedade brasileira e os efeitos do ativismo judicial. Assim o estudo realizado parte dos referenciais teóricos, tendo como objetivo geral a análise dos efeitos do ativismo judicial, o qual ultrapassa o que está expresso na lei.

Como objetivos específicos, busca-se: a) Analisar o habeas corpus 124.306/RJ, considerando os limites de interpretação e decisões da Corte; b) Apreciar o mérito do julgamento a partir da reflexão sobre a temática aborto, estabelecendo relação entre a atuação da Corte tendo como aporte os fundamentos jurídicos e o juízo de proporcionalidade; c) Verificar as ações que validam as interpretações do judiciário a partir do fenômeno do ativismo judicial, visando compreender até que ponto a intervenção da Corte é eficaz ou não à democracia.

Para tanto, buscar-se-à, em primeiro, conceituar o ativismo, com base na literatura da tradição norte-americana (berço do termo e local em que alcançou mais aprofundamento). Em seguida abordar o tratamento conferido ao aborto

por meio da legislação brasileira e, por fim com o compromisso de análise a atuação da Corte, pretende-se dar destarte ao estudo sobre o habeas corpus 124.306/RJ, o qual demonstra as mudanças de interpretações sobre a criminalização do aborto e o protagonismo institucional no processo de transformação social.

Neste sentido realizar-se-á uma análise minuciosa do habeas corpus 124.306/RJ, considerando as assertivas do Ministro Luís Roberto Barroso e demais decisões dos precedentes do Ministério; apreciação de mérito do julgamento estabelecendo relação com a temática em questão e atuação da Corte à luz dos fundamentos jurídicos e o juízo de proporcionalidade

Esse cenário possibilita analisar de forma mais pormenorizado a atuação da Corte sob a temática aborto, a qual envolve questões científicas, morais, filosóficas, éticas e religiosas. Contudo cabe fazer o recorte do fenômeno, delimitando a análise crítica e reflexiva a partir do habeas corpus 124.306/RJ à luz dos direitos fundamentais, da Constituição Federal e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Considera-se primordial trazer à tona a ideia de ativismo, nesse contexto, a qual está associada a uma participação mais ampla do judiciário para a efetivação dos valores e fins constitucionais².

Nessa perspectiva a Corte, nos últimos anos, tem desempenhado uma função essencial para a sociedade brasileira, isso porque o ativismo judicial expressa uma postura do intérprete de modo a proceder a interpretação da Constituição, o que para Barroso potencializa “o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.”³

Compreende-se, portanto, que o ativismo judicial é um mecanismo que dá sustentação para temas tão relevantes contextualizados na sociedade, de forma a manter sua real função no processo de garantia da democracia brasileira.

No que tange a pesquisa, propriamente, destarte para o estudo sobre o

² BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p.8

³ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium – **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p.11-22, jan./dez. 2008

Habeas Corpus 124.306/RJ/STF acerca da temática sobre a interrupção voluntária da gestação para além das situações previstas no art. 128 do Código Penal.

O Habeas Corpus é instrumento constitucional que visa a garantia a liberdade de alguém quando sofrer prisão de forma ilegal ou tiver sua liberdade ameaçada por abuso de poder ou ato ilegal. Assim o habeas corpus 124.306/RJ tratou do pedido de liberdade provisório dos envolvidos, presos em flagrante frente os supostos crimes descritos no Código Penal, sendo o artigo 288 – formação de quadrilha e, o artigo 126 – aborto provocado com o consentimento da gestante.

A temática reivindica a análise sobre a questão da dignidade humana e o direito fundamental à vida do feto e, a dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher. Assim, a fim de construir um caminho metodológico capaz de compreender o fenômeno do objeto de investigação, buscou-se qualificar a pesquisa por meio de instrumentos que permitam uma análise mais aprofundada sobre a questão do ativismo judicial, tomando como referência o Habeas Corpus 124.306/RJ.

Trata-se assim de uma pesquisa qualitativa, por meio da metodologia bibliográfica, a qual visa aprofundar o estudo reflexivo da temática.

Para Silva e Menezes⁴ a pesquisa bibliográfica está baseada na análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas, impressa, escrita e até eletricamente, disponibilizada na internet, chamadas de fontes secundárias, pois oferecem ao pesquisador o embasamento teórico que sustentará a pesquisa. Então, por mais que os resultados possam ser bem positivos, eles são provenientes de uma trajetória de leituras e releituras, realizada a partir de base de dados Scientific Electronic Library (SCIELO) e também no Google Scholar.

Cabe destacar que a pesquisa bibliográfica consiste no levantamento, seleção, fichamento e arquivamento de dados relativos a pesquisa.

É importante dizer que as estratégias metodológicas e de investigação compreendem um conjunto de habilidades, suposições e práticas que devem ser empregadas pelo pesquisador e que refletem o movimento que vai das

⁴ SILVA, E. L.; MENEZES, E. M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 3ª ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

concepções teóricas ao mundo empírico e vice-versa. Assim a metodologia qualitativa possibilitou utilizar os instrumentos de pesquisa que se valem da coleta de dados e análise reflexiva e crítica.

Logo, o presente artigo fundamentou-se numa pesquisa de caráter teórico e prático, analisando a íntegra o Habeas Corpus 124.306/RJ com voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, tendo como plano de fundo a descriminalização do aborto.

1. O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL

Nos últimos anos o ativismo judicial tem se mostrado mais frequente, gerando a politização da justiça em que ocorrem os julgamentos com maior índice de subjetividade e baixo grau de legitimidade normativa. Isto porque os juízes interpretam a lei de forma diferente, provocando análises que podem ser positivas ou não. Esta interpretação de textos e contextos jurídicos representam um movimento denominado neoconstitucional colocando os juízes num patamar menos formalista e mais protagonista.

Para Tassinari⁵ o ativismo representa uma conduta de via dupla, que vai além da atuação técnica e jurídica, constituindo-se na alegação de que a Corte age em defesa da ética, visando garantir os direitos e funcionamento da sociedade. Assim, para a autora a atuação do judiciário também pode envolver questões, tais como: ausência de legitimidade democrática dos juízes, quando não são eleitos, o que não permite a avaliação da vontade do povo brasileiro, o risco à politização judicial e a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do judiciário.

Ramos assevera que o ativismo envolve o exercício do controle de constitucionalidade, o caráter vago e ambíguo do Direito e a existência de omissões legislativas. Assim, para o autor o ativismo judicial busca a legitimidade do controle de constitucionalidade. Para Ramos⁶

a questão da legitimidade (axiológica) do controle jurisdicional de constitucionalidade, que é externa à argumentação estritamente dogmática (juízo de validade formal e de eficácia jurídica), passa a ter por foco não a jurisdição constitucional em si e sim a própria Constituição que a consagra: em suma, o que caberia é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia

Nessa perspectiva o controle de constitucionalidade no Brasil vem do pacto democrático, da Constituição Federal de 1988. Portanto, as demandas da sociedade se materializam na Constituição, no entanto quando há um controle a

⁵ TASSINARI, C. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário na experiência brasileira e norte-americana**. Rio Grande do Sul, 2012

⁶ RAMOS, P. R. B.; OLIVEIRA JUNIOR, J. F. De. **Revista de Informação Legislativa**. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 25.

partir da vontade do intérprete não ocorre esta materialização.

Corroborando sobre o entendimento da denominação de ativismo judicial, Miarelli e Lima⁷ destacam que

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito ⁸.

O ativismo judicial busca expandir o sentido e alcance da interpretação da norma, como bem explicita Barroso ao dizer que o ativismo judicial se instala em situações de retração do Poder Legislativo, quando há um certo deslocamento entre o âmbito político e a sociedade civil, impossibilitando que as demandas sociais sejam atendidas, ocupa, portanto, um espaço de deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Barroso parte do paradigma não estritamente jurídico, abordando questões do marco histórico, a partir da cultura de proteção, aplicação direta e expansão dos direitos fundamentais, que no Brasil se constrói com o processo de redemocratização do país, advindo da Constituição Federal de 1988.

O novo direito constitucional seria o reencontrar da ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para Barroso⁹ os valores morais compartilhados por toda comunidade se materializam em princípios quando “migram do plano ético para o mundo jurídico”, passando a serem abrigados na Constituição de forma implícita ou explícita.

Por fim, nos estudos de Filho¹⁰, Barroso aponta teoricamente para três paradigmas: a força normativa da constituição que representa, de forma resumida, a aptidão que a lei fundamental tem de obrigar, ter força cogente tanto no âmbito público quanto privado; a expansão da jurisdição, sendo uma

⁷ MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 34.

⁸Idib, p. 34

⁹ BARROSO, L. R.; **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 242

¹⁰ FILHO, F. A. C. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: a necessária postura moderada entre subjetivismo e formalismo jurídico**. 2020, p.13

passagem de uma hegemonia do Poder Legislativo para o protagonismo do poder Judiciário, o qual estaria inserido no processo democrático de transformação social e; a reelaboração da interpretação constitucional como fruto e resultado dos paradigmas anteriores, uma vez que as novas inferências do contexto sociocultural do pós-guerra e do pós-positivismo provocam que a hermenêutica jurídica se reinvente para acompanhar a complexidade da vida contemporânea.

Para melhor caracterização e contextualização histórica do termo ativismo judicial, é preciso apresentar pontos fundamentais e reflexivos sobre a temática, assim delimitar-se-à os marcos conceituais em relação ao ativismo judicial e as questões de atitudes/posturas ativistas.

1.1 O ativismo judicial: experiência norte-americana

Nas últimas décadas percebe-se mudanças do Poder Judiciário no cenário sociopolítico, tanto qualitativa quanto quantitativa, trazendo como consequência a expansão dos poderes normativos da Corte. Este contexto permite refletir sobre a expressão ativismo judicial e como se reverbera no campo da área da saúde.

Os estudos de Oliveira Junior¹¹ trazem o nascimento da expressão ativismo judicial nos Estados Unidos, em um artigo de 5 (cinco) páginas, intitulado “The Supreme Court: 1947”, em uma revista leiga (não-jurídica) de atualidades, a revista Fortune.

O ativismo judicial, os Estados Unidos representam o marco do termo, trazendo como discussão a atuação de juízes no sistema político, na interpretação da Constituição e suas relações com os demais poderes. Em primeiro momento o ativismo judicial norte-americano foi de natureza conservadora, a exemplo tem-se: a segregação racial (1857); a invalidação das leis sociais em geral (1905-1937); a mudança da orientação jurisprudencial

¹¹ OLIVEIRA JUNIOR, J. F de. **Ativismo Judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da Constituição**: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo norte-americano e as teorias de diálogo. 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014

contrária ao intervencionismo estatal (1937). Já na década de 1950 houve uma inversão para uma matéria progressista de direitos, envolvendo negros (1954) e mulheres (1973). Tem-se nesta mesma linha de matéria o direito à privacidade (1965) e a interrupção da gestação (1973).

Barroso¹² assevera que o ativismo judicial emerge numa época de profundas revoluções nos Estados Unidos. Para o autor:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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 Poderes¹³.

Nessa perspectiva a expressão ativismo judicial veio para designar a atuação da Suprema Corte norte-americana no período de Warren (1953-1969), modificando a prática política em prol dos direitos individuais através da interpretação.

Não há consenso entre os doutrinadores em relação a definição do termo, mas desde sua origem o ativismo judicial é caracterizado pelas decisões judiciais que impõem obrigações aos administradores, porém sem haver uma previsão legal expressa.

O ativismo é a postura proativa do Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos outros poderes. Este ativismo judicial decorre de uma nova hermenêutica constitucional de interpretação dos princípios e cláusulas abertas.

Entende-se por ativismo judicial o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei.

¹² BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p.8

¹³ Idib, p. 8

A doutrina traz vários conceitos para o ativismo judicial. Entretanto, o ativismo judicial é uma postura, ou seja, é uma escolha de um determinado magistrado que visa buscar através de uma hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva.

Diante de novas necessidades, em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, conforme Miarelli e Lima¹⁴, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

No que tange a categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, Barroso¹⁵, explica que:

A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. Adiante se voltará a esse tema¹⁶

Barroso menciona que o ativismo judicial é uma escolha do juiz, é uma interpretação constitucional expansiva que visa à retratação do Poder Legislativo.

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: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do

¹⁴ MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p.16

¹⁵ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p.11-22, jan./dez. 2009, p. 9.

¹⁶ *Idib*, p. 9

legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público¹⁷

Para Barbosa¹⁸ o ativismo ocorre quando o juiz inventa uma norma, cria um direito ou inova o ordenamento jurídico. Ele separa o ativismo em duas espécies: inovador, quando o juiz cria a norma, e o revelador, quando o juiz também cria uma norma, mas com base em princípios constitucionais ou na interpretação de norma lacunosa:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa¹⁹.

Neste sentido as assertivas de Ramos²⁰ refletem a denominação de que o ativismo judicial, deve ser entendido como 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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Essa ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício da legislação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros poderes.

Alves e Oliveira (2014) advogam que o ativismo judicial se sustenta à

¹⁷ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium – **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p.11-22, jan./dez. 2009, p. 9.

¹⁸ BARBOSA, E. M. de Q. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalidade e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 12

¹⁹ Idib, p. 12

²⁰ RAMOS, P. R. B.; OLIVEIRA JUNIOR, J. F. De. **Revista de Informação Legislativa**. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2021.

medida que – e somente se - o processo político falha na tutela de direitos fundamentais. Assim, “o ativismo não deve medir esforços na defesa de direitos de primeira dimensão” (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 40)²¹

Sarlet (2012) discute que a eficácia social da norma, isto é, “ sua relação obediência e aplicação no mundo dos fatos ” (SARLET, 2012, p. 237)²², pode admitir a possibilidade de intervenção da justiça constitucional na implementação de políticas públicas para que se alcance a maior efetividade possível dos direitos agasalhados constitucionalmente (STRECK, 2003, p. 260)²³.

Importa dizer que os órgãos administrativos estão vinculados aos direitos fundamentais, na proporção em que lhes é incumbida a gestão dos interesses a coletividade, logo, as decisões normativas e administrativas devem seguir e perseguir os direitos fundamentais e de dignidade humana.

Em relação ao direito a saúde, o ativismo judicial traz consequências a serem consideradas no sentido em que há a tentativa de se justificar decisões ativistas com o argumento da concessão de direitos aos cidadãos. Para Cristóvam e Cipriani²⁴ (2017) isto a longo prazo pode depor contra a própria concretização universalizada e igualitária dos direitos e, se afastando dos parâmetros de controle e funcionamento dos poderes.

Barroso (2008)²⁵ destaca que há necessidade de se debater sobre o modelo ativista no que tange a atuação judicial, nos campos dos gestores públicos, às vezes para impor obrigações de fazer e não fazer para além ou mesmo contra os limites legais estabelecidos. Ressalta-se que os magistrados não foram eleitos e não teriam legitimidade para decidir a respeito da demanda, por conhecimento técnico e financeiro/orçamentário do impacto de suas decisões na gestão pública.

²¹ ALVES, F. B.; OLIVEIRA, G. F.de. Democracia e Ativismo Judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Jacarezinho/PR: **Revista. Argumenta**, nº 20, p. 33-45, 2014.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2012

²³ STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil in: **Novos Estudos Jurídicos**. Volume 8. Nº 2. Porto Alegre, RS. maio/ago. 2003. p.257-301.

²⁴ CRISTOVAM, J. S.S; CIPRIANI, M. P. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 163-188, Set.-Dez., 2017

²⁵ BARROSO, L. R. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2008.

Sarmiento (2008, p. 2008), também corrobora, apontando que

Os poderes executivo e legislativo (mais o primeiro do que o segundo), possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no judiciário. Os juízes não têm, via de regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos.²⁶

É notório afirmar que é inegável que as decisões ativistas tem sobre as questões de direito aos cidadãos, a vida e a dignidade humana. Contudo faz-se necessária a análise sobre estas fronteiras que cercam os poderes executivo, judiciário e legislativo a fim de compreender como o ativismo judicial se dá em relação a legitimidade democrática.

1.2 O ativismo judicial e legitimidade democrática

Para Barroso²⁷ a dignidade da pessoa humana tornou-se, na contemporaneidade, um dos grandes consensos éticos, sendo mencionada em documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais.

Neste sentido destaca a necessidade de compreender a dignidade da pessoa humana por meio de quatro propósitos, sendo estes: registrar a importância que a dignidade da pessoa humana assumiu no direito contemporâneo, no plano doméstico, internacional e no discurso transnacional, necessitando assim de uma elaboração apta para dar uniformidade à sua utilização; precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, como pressuposto da determinação do seu modo de aplicação; definir conteúdos mínimos para a dignidade humana, como premissa indispensável para libertá-la do estigma de uma ideia vaga e inconsistente, capaz de legitimar soluções contraditórias para problemas complexos e; estabelecer critérios para sua

²⁶ SARMENTO, D. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, I. W. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 208

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 20.

aplicação, de modo a permitir que ela sirva para estruturar o raciocínio jurídico no processo decisório, bem como para ajudar a executar ponderações e escolhas fundamentadas, quando necessário.

Para Barroso²⁸ a dignidade da pessoa humana está aberta a interpretações na análise de casos concretos, o que a torna tão importante e aplicável. Assevera assim que

A dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, (...).²⁹

O autor ainda define que a utilização dos conteúdos mínimos da dignidade – valor intrínseco, autonomia e valor comunitário – não elimina de maneira absoluta a subjetividade do intérprete. Mas pode ajudar a estruturar o raciocínio e a dar-lhe maior transparência, sobretudo em disputas judiciais envolvendo colisões de direitos ou desacordos morais.

A explicitação de cada um dos conteúdos da dignidade envolvidos na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa coíbem o voluntarismo e permitem um maior controle do raciocínio lógico desenvolvido pelo autor da decisão, inclusive para verificar se seus argumentos são laicos, politicamente neutros e universalizáveis.

Nesse cenário é possível refletir sobre o ativismo e os processos de legitimidade democrática. Segundo Granja³⁰ Uma crítica ao ativismo judicial é que juízes e tribunais não teriam legitimidade democrática para insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo, em suas decisões.

Conforme apontado por Valle³¹, definir uma decisão judicial como ativista é uma tarefa difícil, já que o parâmetro usado para caracterizar uma decisão como ativismo judicial reside numa posição contravertida sobre qual é a leitura

²⁸ Idib, p. 20

²⁹ Idib, p. 20

³⁰ GRANJA, C. A. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista Ambito Jurídico**. São Paulo, 2013.

³¹ VALLE, V. R. L. de Q. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise e Jurisprudencial do STF. Curitiba: Jurua. 2009.

certa de um determinado dispositivo constitucional.

Contudo o ativismo judicial é uma realidade presente no Judiciário brasileiro. Há autores que condenam e outros que o defendem. A maioria sugere que há um desequilíbrio que poderia gerar riscos na separação dos poderes, na democracia e no estado democrático de direito.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis, caso eles não atuem por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular.

Dentre as diferentes possibilidades razoáveis de se interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele o detentor do sufrágio popular.

Quanto os riscos da politização da justiça, uma corte constitucional não deve ser indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Porém, somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Para o filósofo Rodriguez³² a interpretação dentro do controle discricionário destaca que a “segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do Poder Judiciário”. Logo para o autor

Há muito tempo a teoria do direito tem mostrado que mesmo diante de textos fechados, os juízes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos.³³

Neste sentido o autor coloca que para o alinhamento com a Constituição faz-se necessário reformular o conceito de segurança jurídica em função da argumentação que fundamenta as decisões judiciais. Logo,

a possibilidade de se obter mais de uma resposta para as questões jurídicas é um fato normal que deve ser levado em conta na definição

³² RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes**: para uma crítica do Direito (Brasileiro). FGV Editora: Rio De Janeiro, 2013.

³³ Ibid, 202

da segurança jurídica e não servir como argumento para afirmar sua impossibilidade. [...] talvez seja mais adequado trabalhar com textos normativos abertos e, para buscar restringir as possibilidades interpretativas, criar mecanismos que formalizem de alguma maneira o procedimento destinado a solucionar casos concretos a partir deles. [...] no que se refere à atividade jurisdicional, os tribunais seriam o local adequado para promover este tipo de debate tendo em vista a padronização da interpretação da fundamentação das normas jurídicas.³⁴

Imperativo dizer que, conforme Tavares³⁵ uma das formas para que o ativismo judicial não se torne lesivo ao estado democrático de direito seria um amplo diálogo entre os sujeitos sociais e a sociedade promovendo e efetivando a democracia.

Compreende-se desta forma que o judiciário ao adotar uma posição ativista acaba gerando insegurança jurídica, colocando em risco a democracia. Isto porque os riscos para a legitimidade democrática advêm dos membros do Poder Judiciário não terem sido eleitos, atuando como representantes indiretos da vontade da população, assim, o judiciário a priori é o “guardião da Constituição”, devendo fazê-la valer em prol dos direitos fundamentais e dos valores procedimentos democráticos.

Cabe ainda dizer que as decisões devem respeitar as “fronteiras procedimentais e substantivas” do Direito, sejam estas a motivação, a correção, a racionalidade e a justiça.³⁶

³⁴ Idib, p. 203

³⁵ TAVARES, F. M. M.; SILVA, C. B. P. Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP. Florianópolis: **CONPEDI**, 2019.

³⁶ TAVARES, F. M. M.; SILVA, C. B. P. Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP. Florianópolis: **CONPEDI**, 2019.

2. O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O aborto é um tema ainda polêmico, dividindo opiniões e em diversos casos são omitidos pela legislação, sendo que as concessões para esta prática não contemplam a realidade brasileira desconsiderando aspectos psicológicos da mulher. Acrescido a esta realidade tem-se os riscos dos abortos clandestinos, praticados muitas vezes por profissionais não qualificados e que aumentam a taxa de óbitos.

A Pesquisa Nacional de Aborto realizada em 2016, traz que o aborto ainda é uma prática frequente e persistente entre as mulheres, envolvendo diversos grupos raciais, classes sociais, religiões e níveis educacionais. Um dado relevante aponta que uma em cada cinco mulheres já realizou pelo menos um aborto, estimando quase cinco milhões de mulheres.

Cerca de, aproximadamente, meio milhão dos casos das mulheres precisou interromper a gravidez e metade necessitou de cuidados médicos devido às consequências de procedimentos inseguros. Dados do Ministério da Saúde registrou pelo Sistema Único de Saúde (SUS), em 2016, duas centenas de mulheres vítimas de aborto clandestino, o que representou uma morte a cada dois dias. No ranking mundial, o Brasil é o 5º país, onde morrem mais mulheres em idade fértil.

Outro dado importante apontado pela pesquisa refere-se a desigualdade racial e de classe, sendo que 15% das mulheres eram negras, 24% indígenas e 9% brancas, sendo a maior frequência entre mulheres com menor escolaridade. Conforme informações da ONU (Organização das Nações Unidas) mostra que a criminalização do aborto não reduz o número de abortos, ao contrário impacta de forma significativa no aumento das mortes e sequelas nas mulheres.

Apesar da evolução e expansão na proteção dos direitos fundamentais das pessoas, reconhecendo-as como sujeitos de direitos, ainda se tem circunstâncias sociais que se distanciam das leis da realidade dos conflitos. Caberia ao legislativo criação de leis para regular o Estado e a própria sociedade, assim diante da inércia do Poder Legislativo na normatização de temas que envolvem a população, o judiciário acaba por proceder o protagonismo na interpretação das leis existentes, com o objetivo de adequá-las às necessidades jurídicas, culturais, políticas e sociais à luz da Constituição Federal.

A despeito disto cabe ainda destacar que a criminalização do aborto tratada na lei brasileira já possui mais de oitenta anos, muitas demandas e conflitos se acentuaram ao longo deste tempo, logo há um descompasso entre o ordenamento jurídico e a realidade social.

O Código Penal Brasileiro, traz o valor da vida como direito fundamental, sendo adicionada como uma das cláusulas pétreas previstas pela constituição de 1988. Muitos doutrinadores defendem, contudo, que deve ser descriminalizada a conduta do crime do aborto, tendo em vista os índices de mortes das mulheres via aborto clandestinos e agregada a esta tese tem-se o direito que a mulher dispõe sobre o próprio corpo e no princípio da dignidade da pessoa humana. Defende Nucci ³⁷ que

Certa intervenção do estado na esfera do particular é sim necessária e útil dentro do que propõe o próprio conceito de estado e de liberdade individual. Ocorre que esta intervenção deve sempre respeitar os direitos da pessoa e sua dignidade aos moldes do que prega um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro há três possibilidades de interromper a gestação, sendo relativas ao risco de vida da gestante, quando a gravidez resultou de um estupro e casos constatado de anencefalia no feto. Nos demais casos, segundo o ordenamento pátrio, considera-se crime.

No que tange o aborto necessário quando há risco de vida da gestante, Cunha ³⁸ assevera que

Não é necessário que o médico seja especialista na área de ginecologia-obstetrícia. Caso seja necessária a realização do aborto por pessoa sem habilitação profissional do médico (parteira, farmacêutico etc.) apesar do ato ser típico estará o agente e acobertado pela discriminante do estado de necessidade (art.24), aplicando-se a mesma solução se a própria gestante pratica o aborto movida pelo espírito de salvar a própria vida

Bittencourt ³⁹ denota a percepção de que:

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de

³⁷ NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 230.

³⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** Salvador, JusPODIVM, 2014. p. 91.

³⁹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158.

vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.

Assim, a interrupção da gravidez pode ocorrer sem o consentimento da mulher pelo profissional que avalie sua necessidade, não necessitando de autorização judicial. Para Nucci⁴⁰ não há hierarquia entre direitos fundamentais, seja do direito da gestante ou do feto, afinal são princípios que entram em conflito, um deve ceder ao outro adotando o critério de ponderação e da proporcionalidade. Logo, o aborto necessário deve ser tratado como verdadeiro estado de necessidade.

O Código Penal confere maior valor à vida humana extrauterina do que uterina, pois a conduta do médico visa afastar o perigo. No objeto jurídico o bem jurídico esta sendo protegido, tendo como objeto material o feto ou embrião e a gestante nos casos em que puder sofrer lesão corporal gravíssima ou morte.

Quando a gravidez ocorrer por violação da dignidade sexual, estupro, o aborto sentimental está previsto no inciso II, do artigo 128 do Código Penal. Conforme tipificado no código penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I – [...] 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 ⁴¹.

Neste caso não se tem descriminalização e sim despenalização, pois não se pune o aborto praticado pelo médico para salvar a vida da gestante em consequência de estupro. Desta maneira tanto médico quanto a mulher estuprada estarão acobertados pela excludente da ilicitude do estado de necessidade, como ocorre no aborto necessário.

Ainda conforme Noronha ⁴² descreve que:

Mulher violentada, agravada na honra e envilecida por abjeta

⁴⁰ NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 230.

⁴¹ BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Brasília, DF, Presidência da República do Brasil, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de abr. 2022.

⁴² NORONHA, M. **Direito penal: dos crimes contra a pessoas, dos crimes contra o patrimônio**. Vol 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 124.

lubricidade, tem o direito de desfazer-se do fruto desse coito. Diversos códigos assim também dispõem: o da Polônia, Uruguai, equador, cuba, argentina e outros.

Na mesma linha de pensamento Nucci argumenta:

Na mesma esteira de raciocínios, pode-se afirmar que em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São os dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente⁴³

Portanto, o aborto sentimental seria uma forma de garantir a integridade psicológica da gestante, tornando-se uma forma de garantia da dignidade da mulher sendo ainda dispensável a autorização judicial ou processo criminal contra o autor do crime sexual, uma evolução na proteção da integridade física-psíquica da mulher.

Em relação ao aborto anencefálico pode-se dizer que consiste numa grave malformação fetal que resulta da falha do fechamento do tubo neural, impedindo a possibilidade de vida extrauterina. Nesse sentido já é pacífico o entendimento que é o aborto é possível.

Em 2004, a Conferência Nacional dos Trabalhadores da Saúde ajuizou ao Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 54, a proposição de que houve a descriminalização do aborto de feto anencefálico, sendo então autorizado o abortamento.

Neste sentido observa-se que a legalização do aborto necessário, sentimental ou anencefalia representam uma evolução no ordenamento jurídico, visando proteger a mulher no que tange ao respeito a saúde. Contudo a ampliação da discussão do tema deve primar pela garantia do Estado Democrático de Direito com vistas ao princípio da dignidade humana.

2.1. Os direitos humanos como processo de emancipação da dignidade humana

Considerado como princípio máximo de um Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana representa o valor absoluto e intrínseco à pessoa provida de direitos e de personalidade. Para o filósofo Kant⁴⁴ a dignidade humana apresenta dois pilares, sendo estes: “o homem como fim em si mesmo” e a dignidade, a autonomia da vontade.

⁴³ NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 658

⁴⁴ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68

Ainda sobre Kant é importante destacar que o filósofo ressalta a capacidade racional e a valoração do indivíduo por meio da emancipação, propondo ao indivíduo que se libertasse da tutela de algumas instituições, pois esse seria o caminho da autonomia e emancipação.

Segundo Freire⁴⁵, a emancipação, é um processo de libertação política, social, humana e cultural do ser oprimido e será verdadeira somente quando não houver reincidências em relação ao opressor. Assim, para libertar-se é necessário que seja rompido as barreiras do medo, tendo encontro com seu eu, a dualidade deve ser superada e, é necessário educar-se para a liberdade. Logo, a emancipação não é inerente ao ser humano, e sim uma conquista gradativa.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, trata em seu artigo 1º princípios e garantias fundamentais, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um dos princípios basilares. Os estudos de Bonavides, Miranda e Agra⁴⁶ apontam para a definição do conceito de dignidade como aquela que se relaciona ao respeito, liberdade, escolha e clareza. Para os autores

a dignidade da pessoa humana é um conceito amplo e complexo. E um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas. Cada pessoa pode exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente quando se encontra inserida no conjunto dessas condições, em um ambiente favorável, onde se respeitem e se efetivem os direitos de todos. A historicidade entra como peça fundamental para definição do conceito de dignidade, pois faz entender a peculiaridade de cada cultura em seu tempo⁴⁷

Desta forma a dignidade apresenta-se como uma característica inerente, sendo atribuída a qualquer ser humano. Apesar disso a Carta Magna em seu artigo 5º reafirma a igualdade de gênero, assim por analogia todos os direitos e deveres são aplicados para homens e mulheres, visando equiparar as injustiças sofridas às minorias sociais. Importante destacar que historicamente à mulher lhe foi negado vários direitos o que reverbera atualmente, ainda, na forma de discriminação e desigualdade fundadas no gênero.

Aprofundando argumentos sobre os direitos humanos, cabe destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual delinea os direitos humanos básicos, como o direito à vida, a liberdade de expressão de opinião e

⁴⁵ FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

⁴⁶ BONAVIDES, P.; MIRANDA, J.; AGRA, W. de M. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 21.

⁴⁷ Idib, p. 23

de religião, entre outros. Assim, são direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de raça/etnia, sexo, nacionalidade, classe, religião ou qualquer outra condição.

O artigo primeiro da Declaração dos Direitos Humanos, dispõe que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” ⁴⁸

O artigo 2º da Declaração dos Direitos Humanos determina que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania⁴⁹

É necessário compreender que os direitos fundamentais são mandamentos que visam melhorias, assim a jurisprudência pátria se manifesta em relação à proteção aos direitos fundamentais à vida e à saúde:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. 1. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública a fim de garantir direitos indisponíveis tais como a saúde e a vida. Precedentes. 2. Não havendo, nos autos, recurso extraordinário com o intuito de rever o entendimento de que a legitimidade do Ministério Público estaria respaldada no artigo 127 da Carta da República, cabe a aplicação da Súmula 126/STJ. 3. Agravo regimental não provido⁵⁰.

Em relação a temática de gênero é possível asseverar que após uma época de avanços, em 2000, a Declaração do Milênio, traz à tona a reivindicação, apontando para as Oito Metas do Milênio, dentre elas a promoção da igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres. No mesmo ano, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 1325, sobre mulheres,

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁹ UNICEF. Declaração dos Direitos Humanos, 1948.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2010

paz e segurança.

Em 2010, a Assembleia Geral da ONU criou a ONU Mulheres, visando à defesa dos direitos das mulheres, destacando seis áreas de atuação: liderança e participação política das mulheres; empoderamento econômico; fim da violência contra mulheres e meninas; paz e segurança e emergências humanitárias; governança.

Sabe-se que apesar deste dispositivo há a ineficácia dos Estados na aplicação normativa, emergindo obstáculos e retrocessos, fragilizando a consolidação e a efetivação dos direitos humanos. Em consequência há milhares de mulheres com direitos violados, seja relacionado às condições dignas de vida e de proteção. O que acaba por marcar uma história de exclusão, desigualdade e violência, abarcando questões políticas, econômicas e culturais que perpassam gerações.

As mulheres por muito tempo não foram consideradas como sujeitos de direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas como objeto de tutela; por isso, a violência contra as mulheres tem como consequência a falta de acesso ao direito.

Por certo que quando se pensa na naturalização das diversas formas de violência contra a mulher na construção e desenvolvimento do capitalismo no Brasil, é possível entender porque o Direito por décadas exerceu (e ainda exerce) um papel fundamental em muitas vezes de legitimar a prática dessa violência e até mesmo de ratificá-la. A exemplo disto tem-se um legado em que somente aos homens era permitido ingressar na política, editar leis e normas, e figurar como protagonistas das relações jurídicas como um todo, essa cultura patriarcal e machista, inevitavelmente, se expressou no mundo jurídico.

Para Mello esta relação tenha sido umas das causas, que historicamente, impediu ou tornou o processo mais moroso nas edições de normas protetivas e de inclusão da mulher pelo Direito. “Nosso sistema de justiça não se subtrai a essa realidade, ao contrário, é local de produção e reprodução da discriminação da mulher”⁵¹.

É notável que o reconhecimento dos direitos humanos está enraizado nos diversos dispositivos legais, inserido a pessoa na vida do Estado e efetivando o

⁵¹ MELLO, A. de. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2017.

exercício dos direitos individuais e sociais. Contudo há uma amplitude de discussões quando se estabelece uma relação intrínseca entre os direitos das mulheres e questões da descriminalização do aborto, isto porque há décadas o movimento de mulheres argumenta sobre os direitos reprodutivos, de autonomia e de liberdade.

Ao considerar os princípios da dignidade e seus pilares torna-se primordial compreender que há uma violação ao direito da mulher em relação a autonomia da vontade sobre seus corpos, quando passam por condições inerentes a uma gravidez indesejada, tendo em vista que o direito a vida do feto torna-se mais valiosa que a vida da mulher.

Nesta perspectiva tem-se o aborto como um tema conflituoso, um problema de saúde pública que envolve embates políticos, morais e jurídicos.

2.2 Os fundamentos jurídicos para a realização do aborto à luz da dignidade da pessoa humana

O Código Penal traz o aborto considerado como crime no Brasil, em seus artigos 124 a 128. Entretanto, muitas mulheres continuam a prática do aborto recorrendo à abortos clandestinos, que muitas vezes resultam em suas mortes. No Brasil, não é considerado prática criminosa quando se trata de aborto natural, necessário e de anencéfalos. O aborto assim revela a dura realidade pela qual passam milhares de mulheres no Brasil.

Nesse cenário é preciso uma análise sobre a temática da descriminalização do aborto à luz do direito à vida e ao direito à dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico brasileiro o direito à vida é reconhecido e resguardado, havendo proteção à vida desde o momento da concepção, reconhecendo o feto como sujeito de direito, antes do reconhecimento à personalidade jurídica. Logo, para efeitos jurídicos o início da vida na concepção é entendida como processo de nidação. Assim, a partir deste momento até o parto a interrupção do processo pode ser caracterizado como aborto, decorrente de uma conduta dolosa e que provoca a morte do nascituro. Tem-se, portanto três tipificações sobre o aborto.

Em relação ao auto-aborto, primeira tipificação do aborto, é aquele

praticado por livre e espontânea vontade da mulher, a qual pratica manobras abortivas ou, com seu consentimento, através da ajuda de um terceiro pratica o crime, o Artigo 124 do Código Penal trata da penalidade de detenção de um a três anos, visando então punir a atividade criminosa do aborto.

A segunda tipificação diz respeito ao aborto praticado por um terceiro à gestante, conforme dispõem o Artigo 125 do CP: “Art. 125. Provocar aborto, sem consentimento da gestante: Pena - reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.”.

A outra tipificação é o aborto praticado por terceiro, tendo o consentimento da gestante, sendo essa menor de 14 anos, o que aumenta a pena máxima estipulada, deixando de ser detenção e passando a ser reclusão, como visto no Artigo 126 do CP: “Art. 126. - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.”.

Desta forma o aborto é considerado crime contra a vida e se encontra previsto entre os artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro. Para Martins são as espécies de aborto:

auto-aborto (art.124 do Código Penal), aborto provocado sem o consentimento da gestante (art.125 do Código Penal), aborto provocado com o consentimento da gestante (art.126 do Código Penal), aborto qualificado (art.127 do Código Penal) neste tipo estão classificados quanto aos meios empregados para provocar o aborto ou quando desse aborto resultar a lesão corporal grave ou gravíssima ou ainda quando resultar na morte da grávida. E o último tipo de aborto tipificado no Código Penal, será a modalidade do aborto necessário ou legal (art.128 do Código Penal), neste caso essa exceção que não constitui crime será obtida pelo médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante (denominado de aborto necessário), ou então quando o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (denominado de aborto sentimental ou Humanitário) ⁵²

Fala-se então, da interrupção da gestação antes que haja vida do feto fora do útero, antes do seu desenvolvimento completo ou ao menos viável, resultando assim na morte deste. O direito penal criminaliza as condutas dolosas ou culposas que lesionam ou colocam em risco bens jurídicos protegidos.

O direito à vida é um desses bens protegidos, protegendo à vida desde a fecundação, porque, mesmo não sendo caracterizado como pessoa, é reconhecido como sujeito de direito, antes de ser reconhecida a personalidade

⁵² MARTINS, J. P. B. Tipos de aborto e a problemática do aborto de fetos anencéfalos. 2009, p. 47. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5022/Tipos-de-aborto-e-a-problematICA-do-aborto-de-fetos-anencefalos>. Acesso em 15 de maio de 2022.

jurídica, que acontece somente através do nascimento com vida. Sendo assim, o direito reconhece e protege esse direito à vida durante toda sua formação.

Do Aborto Legal, o artigo 128, do Código Penal, estabelece as formas de abortos permitidas pelo ordenamento pátrio brasileiro, além de ser permitido nos casos de anencefalia (ADPF 54). O inciso I, do referido artigo trata do aborto necessário, pois ele autoriza o aborto tendo como finalidade curar ou prevenir que algo aconteça com a gestante, ficando evidente a preocupação do legislador com a saúde da gestante, ou seja, o legislador autoriza o aborto quando a vida da mãe corre risco em decorrência da gravidez.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio um dos argumentos seria que

O Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. (AURÉLIO, Marco. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Voto na ADPF 54)

A legislação brasileira, apesar de criminalizar o aborto, permite algumas exceções, sendo quando a gravidez colocar a vida da mãe em risco; quando for fruto de estupro; ou quando o feto sofrer anencefalia. Discute-se, recentemente, quanto a interrupção da gravidez para gestantes que contraíram o zika vírus, ou a descriminalização do aborto, quando praticados até a terceira semana de gestação. Percebe-se que a legislação pátria não é rígida quanto ao assunto, sendo passível alteração.

Cabe destacar que a legalização do aborto à luz da legislação pátria teve início com o Código Penal instituído no Brasil, por meio do Decreto nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, repercutindo o tema. Conforme Bitencourt

O código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extra-uterina. Nessas condições, e perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis

anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso⁵³.

No entanto a pauta sobre o aborto, no Congresso Nacional, apresentou-se na década de 1991, no Projeto de Lei 1135/91, a fim de sua descriminalização, quando realizado pela gestante ou nas hipóteses em que houvesse seu consentimento, ou que fosse legalizado quando realizado pelo médico até a décima segunda semana de gestação por vontade da gestante e, até a vigésima semana se a gravidez fosse fruto de estupro. Somente em 2018 o projeto passou por votação, sendo rejeitado.

O tema retoma a corte em 2016 por meio de pedido de habeas corpus HC em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concede a ordem de ofício para descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação⁵⁴.

A tendência legislativa brasileira demonstra-se conservadora quando o assunto é aborto, o que pode incorrer tanto para revogar ou tornar mais restritivo os aspectos legais.

Para Baltar as últimas décadas revelaram tentativas “frustradas de emendas constitucionais para revogar os excludentes de penalidade do aborto ao sustentar o pressuposto moral do direito à vida do feto desde a fecundação”⁵⁵. No entanto desde a Constituição Brasileira de 1988 os debates mantêm-se vivos, no mesmo sentido as tentativas de descriminalização, portanto, cabe destacar que a criminalização viola direitos essenciais à mulher previstos na Constituição de 1988, tais como o direito à dignidade, cidadania, à vida, à igualdade, à liberdade, o direito de não ser torturada física e psicologicamente, ao planejamento familiar.

O processo de descriminalização representa o direito de proteção da mulher no que se refere ao respeito de resguardá-la em sua saúde físico-psíquica, assim é imprescindível uma análise a partir da garantia à dignidade da pessoa humana e sua autonomia na livre escolha.

Considerando os marcos legais, principalmente no que se refere ao

⁵³ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158.

⁵⁴ Como processo de análise, abordar-se-á no próximo capítulo a temática a fim de aprofundar o tema em questão.

⁵⁵ BALTAR, M. I. **A questão do aborto no Brasil: o debate no Congresso**. Estudos Feministas, n. 2, p. 381-398, 1996.

conflito entre o direito à vida do feto e o direito à saúde e à liberdade de reprodução da mulher, ambos inseridos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 , faz-se necessário ponderação entre os princípios. Importa destacar que sempre prevaleça os direitos da mulher, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e com o sistema internacional dos direitos humanos, nos termos dos tratados ratificados pelo Brasil.

3. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 124.306/RJ

O acórdão do Habeas Corpus (HC) nº 124.306 - RJ/STF, julgado em 29-11/2016, trata-se de um pedido de liberdade junto ao Supremo Tribunal Federal de pacientes, presos preventivamente, sobre suposto crime previstos no Código Penal nos artigos 126 – provocar aborto com consentimento da gestante, e artigo 288 – formação de quadrilha. Concedeu-se o pedido por ordem de ofício, sendo um substitutivo de recurso ordinário constitucional, afastando a prisão preventiva, estendendo-se aos corréus.

Com voto - vista do Ministro Luís Roberto Barroso a decisão acabou por descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação. Desta forma a Primeira Turma da Corte entendeu que a interrupção da gravidez não pode ser equiparada ao aborto.

É importante destacar que a criminalização do aborto, antes de concluir o primeiro trimestre da gestação, viola os direitos da mulher, sejam este à autonomia, à saúde física e psíquica, de igualdade ou de reprodução. No mesmo sentido não observa com precisão o princípio da proporcionalidade, o qual é preciso se interpretar, conforme prevê a Constituição Federal.

Há que se destacar portanto que a decisão deva se fundamentar no: artigo 1º, ao cuidar da dignidade da pessoa humana; artigo 5º, que trata da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade; da não submissão de pessoa alguma à tortura ou tratamento desumano ou degradante, inciso III.

Vale, portanto destacar que a temática do aborto, por meio da decisão da Corte trouxe mobilizações sociais, políticas, jurídicas, tendo em vista um tema complexo e com grande repercussão na sociedade brasileira. A ação da Corte – ativismo judicial, buscou analisar o objeto em si, sem qualquer definição, tendo em vista que o tema é discussão do Parlamento, por meio de projetos de lei sem análise concreta ainda.

3.1 Análise do Habeas Corpus 124.306/RJ com voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso emitiu seu voto no Habeas Corpus

124.306/RJ/STF a partir da metodologia utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha percorrida por Alexy⁵⁶, a técnica da ponderação subsidiada pela máxima da proporcionalidade, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido restrito.

Alexy⁵⁷ realizou um estudo, denominado lei da colisão, o qual trata sobre a colisão entre princípios, a qual se perfaz quando a realização de um princípio dificulta a concretização de outro princípio. Logo, todos os princípios têm o mesmo valor e peso e, caso colida, deve ser ponderado no caso concreto qual princípio prevalecerá para se ter a justiça. Günther reafirma que

A resolução da colisão consiste, ao contrário, em se estabelecer, tendo em vista as circunstâncias do caso, uma relação condicional de precedência entre os princípios. O estabelecimento da relação condicional de precedência, por sua vez, consiste em que, em referência ao caso, sejam indicadas as condições sob as quais um dos princípios precede o outro.⁵⁸

Nesse sentido sobre a decisão da Corte é possível refletir que no contexto da interrupção da gestação há uma colisão entre feto e mulher, o que provocou a análise do caso, buscando assim solucionar a questão nos fundamentos da proporcionalidade.

Ao analisar o habeas corpus, tem-se à primeira vista um caso em que pacientes pedem a revogação de prisão preventiva para responder à ação penal em liberdade. Em questão estavam os pacientes, réus em processo penal instaurado com fundamento nos artigos 288 e 126 do Código Penal. Para a conclusão do julgamento apontou-se a ordem pedida devido à ausência de elementos e também com o fundamento de que, na interpretação da Constituição, seria inconstitucional a incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal em se tratando de interrupção voluntária da gestante nos primeiros três meses. Segundo Steinmetz⁵⁹ pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal,

por meio de uma de suas instâncias e em controle incidental de constitucionalidade, adotou a tese, já assentada em alguns países por

⁵⁶ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵⁷ Idem

⁵⁸ GÜNTHER, K.. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. Justificação e Aplicação. Landy: São Paulo. 2004.

⁵⁹ STEINMETZ, W. **Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre**: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. Espaço Jurídico Journal of Law. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017

meio de decisão judicial e em outros por meio de lei, de que a criminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre viola direitos fundamentais da mulher.

Importante destacar que Steinmetz⁶⁰ também apresenta que no caso decidido no Habeas Corpus 124.306/RJ põem-se em evidência os elementos constitutivos do segundo fundamento para a concessão da ordem que revogou a prisão preventiva dos pacientes:

[...] 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 proporcionalidade⁶¹

Cabe dizer que segundo o autor esse fundamento é um elemento novo na matéria de aborto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas a decisão traz o tema da descriminalização do aborto na agenda política e jurídica do Brasil.

Retomando os argumentos de Steinmetz⁶², o ponto de partida do controverso debate sobre o aborto está o problema do “status jurídico” do embrião. Assim, para o autor há duas teses antagônicas e inconciliáveis, ou seja, uma tese que diz respeito à vida desde a concepção e outra que diz que não há vida antes da formação do sistema nervoso central, fenômeno fisiológico que ocorre após o terceiro mês da gestação.

Destacando que na Constituição Federal institui-se o direito à vida como direito fundamental de resistência a intervenções estatais injustificadas e como direito à proteção contra violação ou ameaças de violação de terceiros. Porém, a Constituição não define o momento inicial da vida, logo na visão da Primeira Turma da Corte não há solução jurídica, e que esta depende de escolhas apoiadas em valores e fundamentos filosóficos e religiosos.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso assume a premissa de que “não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno

⁶⁰ STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1.

⁶² Idem

nesta fase [primeiro trimestre] de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher”.⁶³

Argumenta ainda que a criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre viola direitos fundamentais das mulheres. Assim, “coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.”⁶⁴

Em relação a criminalização da interrupção voluntária da gestação, no primeiro trimestre, segundo Steinmetz que esta viola: a) a autonomia da mulher no direito fundamentado de liberdade e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A despeito disso o Ministro Luís Roberto Barroso argumenta que a autonomia “é o poder [da mulher] de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez.”⁶⁵

Conforme estudos de Steinmetz ⁶⁶

direito à integridade física e psíquica da mulher, tendo em vista que a continuidade de uma gravidez indesejada provoca ou pode provocar danos ou riscos de danos à saúde física e psíquica da mulher. Para o Barroso envolve dois planos, o plano físico, há, no mínimo, as transformações indesejadas do corpo e, no plano psíquico, há a assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser.”⁶⁷ Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Neste caso o Ministro Luís Roberto Barroso, apoia-se na definição de direitos reprodutivos do Relatório da Conferência do Cairo (Capítulo VII):

§ 7.3 Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.⁶⁸

⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. julgamento em 09 ago. 2016, p. 17.

⁶⁴ Idib, p. 16

⁶⁵ Idib, p. 17

⁶⁶ STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**.Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

⁶⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016, p. 17

⁶⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016, p. 17

Ao dar continuidade ao processo de descriminalização Barroso aponta também a violação do direito à igualdade de gênero que segundo o autor

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 reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.⁶⁹

Por fim, destaca que também há uma violação à igualdade social o que afeta, de forma desproporcional, as mulheres pobres.

Ao considerar como objetivo a criminalização do aborto a partir do direito à proteção da vida do feto, Barroso coloca que se deve verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres resistem ao exame da proporcionalidade. Um exame composto por tese de adequação, tese de necessidade e tese de proporcionalidade em sentido restrito.

Utilizando-se de estudos internacionais e do método da lei de colisão, Barroso conclui que os índices de aborto são os mesmos de países em que a prática do aborto é legalizada, assim a criminalização não incidirá na redução de abortos no Brasil. Assevera que

ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres⁷⁰

Nesse sentido a coibição não é uma medida desejada, tão pouco eficaz no trato em relação ao aborto.

Para Steinmetz ao realizar o exame de necessidade Barroso conclui que há meios alternativos que são menos restritivos aos direitos fundamentais das mulheres do que a intervenção penal e que são mais eficazes para alcançar o fim pretendido, a saber, proteger a vida do feto. Em sua tese, Barroso, destaca a necessidade da criação de uma rede de proteção social como alternativa à adoção do direito penal no enfrentamento do problema.⁷¹

⁶⁹ Idib, p. 20

⁷⁰ Idib, p.20

⁷¹ STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n.3, set./dez. 2017, p. 770.

Steinmetz⁷² ainda destaca que na análise de Barroso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. Razões pautadas na impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe são algumas hipóteses levantadas na prática do aborto. Desta forma Barroso reafirma a importância da existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social.

A argumentação do Ministro Luís Roberto Barroso corresponde à descriminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre de gestação. No entanto para além desse período de gestação, o ministro registra que

É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.⁷³

A conclusão da análise do caso define-se, portanto, na colisão de direitos fundamentais, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, com o consequente ônus de argumentação no exame da ponderação.

Diante do exposto as questões jurídicas em discussão a Ministra Weber considerou o voto quanto a possibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 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, por ser uma escolha política penal desproporcional com os direitos fundamentais da mulher no âmbito reprodutivo, sexual e de igualdade.

⁷⁴

Ainda complementou

Por tais razões, entendo, compartilhando das premissas argumentativas defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante aos fundamentos jurídicos e juízo de proporcionalidade, que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana,

⁷² STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

⁷³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016, p. 26

⁷⁴ Idib, p. 45

bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados. Nossa ordem constitucional, incluída nossa jurisdição constitucional que tem por função precípua a definição da interpretação constitucional, como deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.⁷⁵

A partir dos argumentos defendidos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de ofício, alegando ausência de requisitos para a decretação da prisão preventiva dos pacientes réus e, por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição, deliberou inconstitucional a incidência do tipo penal no caso de interrupção voluntária da gestação trimestral.⁷⁶

3.2. Os efeitos do julgamento do Habeas Corpus e a relação com o controle de constitucionalidade

É notório a abrangência do tema para sociedade, tendo em vista a grande demanda de mulheres que buscam a autorização judicial para prática do aborto, que expande nos casos de estupro e nas demandas de natureza dos princípios do direito à saúde, de autonomia, de gênero e tantos outros que necessitam de uma análise.

A discussão, a partir da análise do habeas corpus, conduz ao tema, o qual não é novidade no campo jurídico, para contribuir ao entendimento que há controvérsias e que dependendo dos interpretes jurídicos o tema é tratado de certa forma.

Importante destacar que nos últimos anos a jurisprudência brasileira vem sofrendo alterações, do qual envolvem casos de direitos fundamentais que envolvem a vida humana. A decisão da Corte, no que tange o mérito do habeas corpus 124.306/RJ, a partir do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, reconhece-se a necessidade e “delicadeza” do tema, contribuindo para uma argumentação voltada ao deferimento da ordem de ofício, o que levou ao

⁷⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016, p. 26

⁷⁶ STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

afastamento da previsão preventiva dos pacientes e corréus, considerando a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto.

A partir deste pressuposto, do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, adicionou-se à dimensão processual penal a dimensão constitucional substantiva controversa e de grande repercussão. Segundo Steinmetz⁷⁷, em relação do controverso, a discussão sobre o aborto está no problema do status jurídico do embrião na fase inicial da gestação.

Esta relação traz à tona desdobramentos nos planos judicial e político-legislativo. Conforme Steinmetz o Habeas Corpus 124.306/RJ coloca que a questão constitucional foi suscitada em controle incidental, não tendo assim representatividade de uma decisão do plenário nem efeitos que possam atingir os indivíduos da população para o direito nacional – erga omnes.

No entanto a decisão da Primeira Turma impacta nos planos da agenda judicial e político-legislativo sobre o debate jurídico e político do aborto.

A exemplo disso tem-se o ajuizamento da ADPF 442⁷⁸ pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em 2017, o qual questiona-se que a criminalização da interrupção da gestação nos três primeiros meses desrespeitaria os preceitos fundamentais à dignidade da mulher. Assim pleiteava a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para descriminalizar a conduta de aborto, nas primeiras doze semanas.

Como argumentos, os advogados do PSOL apontam para

a criminalização do aborto e a consequente imposição da gravidez compulsória compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, pois não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida”, bem como “provoca violações ao direito à saúde (CF, art. 6º), à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), uma vez que a negação do direito ao aborto pode levar a dores e sofrimentos agudos para uma mulher, ainda mais graves e previsíveis conforme condições específicas de vulnerabilidade que variam com a idade, classe, cor e condição de

⁷⁷ STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

⁷⁸ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 foi protocolada em 08 de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, dispondo de pedido de medida cautelar, assinada por Luciana Boiteux, Luciana Genro, Gabriela Rondon e Sinara Gumieri, vindo a ser distribuída em 15/03/2017 à Sra. Ministra Rosa Weber, com número único 0002062-31.2017.1.00.0000 (STF, 2017, on-line). Atualmente ainda aguarda julgamento, sendo que em janeiro de 2022 houve nova petição para esclarecimentos do Ministério da Saúde.

deficiência de mulheres, adolescentes e meninas”. Ou seja, o objetivo da ADPF é que o Supremo Tribunal Federal reconheça que os direitos de escolha da mulher devem se sobrepor aos direitos do nascituro.

Steinmetz⁷⁹ revela que o pedido coincide com a decisão da Primeira Turma. Reforça também que no plano legislativo,

há um movimento de reação que vem de encontro à decisão da Primeira Turma do STF e pretende se antecipar à eventual decisão de procedência na ADPF 442. Trata-se da PEC 181/2015 com a apensação da PEC 58/2011. O texto original da PEC 181/2015, do Senado Federal, propunha a alteração da redação do inciso XVIII do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O autor ainda explica que o objetivo era a ampliação da licença maternidade na hipótese de nascimento prematuro.

Já na Proposta de Emenda Constitucional 58/2011, da Câmara dos Deputados, havia o pressuposto de alteração na ampliação da licença maternidade, no inciso XVIII do artigo 7º, “à quantidade de dias que o recém-nascido passar internado”.

Em 2017 houve o pedido de parecer à PEC 58-A/2011, em razão da correlação de matérias, determinando que a PEC 58/2011 soma-se à PEC 181/2015, a qual alteraria o dispositivo do artigo 7º, o qual se aprovado teria a seguinte redação

licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.

Em 2017, a Comissão Especial emitiu parecer favorável, contabilizando 18 votos a favor e um contra, ao substitutivo às propostas de emenda à Constituição n. 181-A/2015 e de n. 58- A/2011 (BRASIL, 2011a). Steinmetz⁸⁰ apresenta que o substitutivo mantém a redação da PEC 181/2015 do Senado Federal e dá nova redação ao inciso III do art. 1º e do caput do art. 5º da Constituição Federal.

⁷⁹ STEINMETZ, W. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017

⁸⁰. Idib, p. 47

O Substitutivo propõe a seguinte redação para o inciso III do art. 1º: “dignidade da pessoa humana, desde a concepção.” A nova redação do caput do art. 5º seria esta: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”⁸¹

Notório afirmar que, segundo Steinmetz⁸², no parecer aprovado pela Comissão Especial, o relator deputado Jorge Tadeu Mudalen “indica claramente que o objetivo da PEC 181-A/2015 é bloquear o denominado ativismo judicial do STF”. Assim, o relator reivindica o Estado de Direito, a separação dos poderes e as competências do parlamento para a matéria.

Nas decisões apresentadas no ajuizamento da ADPF 442 e no parecer favorável da Comissão Especial da Câmara dos Deputados à PEC 181-A, demonstram que a decisão da Primeira Turma do STF no HC 124.306/RJ ganhou um sentido e um alcance que transcenderam os limites do próprio caso decidido.

Para Barroso a Constituição de 1988 procedeu à

criação de novas ações diretas a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal e outras autoridades, órgãos e entidades”, aproximando o STF dos Tribunais Constitucionais europeus, prevendo a possibilidade de concessão de efeitos vinculantes no bojo das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado, ampliando-o e aperfeiçoando-o⁸³.

Assim, pode-se dizer que a Constituição prevê, em seu artigo 125, o controle por via principal de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, realizando o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, como bem explicita Cunha,

à vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.⁸⁴

Para o autor

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸² Idib, p.87

⁸³ CUNHA JR., D. da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador/BA, JusPODIVM, 2017, p. 185

⁸⁴ Idib, p. 184

a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de questão principal, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém, jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental - é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.⁸⁵

Considerando tais pressupostos a Constituição Federal dispõe de quatro instrumentos para o controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação de inconstitucionalidade por omissão (AIO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)⁸⁶

Com base nos instrumentos é possível proceder a análise valorativa da Constituição Federal, identificando seus preceitos fundamentais. Para Cunha

pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tenta a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição aferível pela nota de sua indispensabilidade.⁸⁷

Em relação a atuação do Supremo Tribunal Federal é evidente as importantes decisões nos últimos anos, conforme Barroso aponta no que tange a Magna Carta, competências dos Poderes constituídos e à política nacional, gerando ao mesmo tempo aprovação e críticas, na medida em que também torna palpável a fluidez existente entre política e justiça na contemporaneidade⁸⁸.

No mesmo sentido destaca duas críticas em relação a inexistência de legitimidade dos tribunais para realizar o controle de constitucionalidade

⁸⁵ CUNHA JR., D. da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador/BA, JusPODIVM, 2017, p. 185

⁸⁶ NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 180.

⁸⁷ CUNHA JR., D. da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador/BA, JusPODIVM, 2017, p. 387

⁸⁸ BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, 7 ed, p. 74

(i) a chamada dificuldade contramajoritária, materializada no argumento de que “agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões de órgãos legitimados pela escolha popular”; (ii) a inviabilidade de controle democrático das decisões proferidas pelos órgãos judiciais quando do esgotamento dos recursos cabíveis, diga-se de passagem, na esfera do próprio Judiciário, exceto através da superação da decisão proferida através de uma emenda constitucional.⁸⁹

Barroso assevera que a democracia está pautada na concretização de valores essenciais e na efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, através de ferramentas que garantam a participação isonômica e livre de todos os cidadãos no processo de tomada de decisão⁹⁰.

Por fim advoga que a atuação da Corte no controle judicial de constitucionalidade representa ganhos reais à democracia

Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem-intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia. Com efeito, a legitimidade formal do controle de constitucionalidade advém da própria Magna Carta, e da necessidade de defesa dos princípios fundamentais advém sua legitimidade material, e, em assim sendo, em última instância, é a própria vontade popular, fonte do Poder Constituinte, que confere à justiça constitucional o ônus de sua legitimação⁹¹.

A necessidade de um equilíbrio entre os Poderes é primordial para assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos. Importante destacar que, conforme Verissimo, diretamente vinculado a esse processo de judicialização da vida pública nacional, emerge um Judiciário ativista que passou a desempenhar competências mais amplas tanto sobre a política parlamentar, quanto sobre as políticas de ação social do governo⁹².

É nesse sentido que Barroso sintetiza a questão afirmando que o ativismo judicial é uma solução, a qual deve ser utilizada de forma moderada.

⁸⁹ Idib, p.77

⁹⁰ Idib, p. 81

⁹¹ Idib, p. 79

⁹² VERÍSSIMO, M. P. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008, p. 409.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivos compreender como ocorre a atuação e a interpretação do judiciário frente os processos democráticos e analisar os efeitos do ativismo judicial, considerando os limites de interpretação e decisões da Corte, perante o Habeas Corpus 124.306/RJ, estabelecendo assim, a relação entre a atuação da Corte sobre a temática do aborto, tendo os fundamentos jurídicos e o juízo de proporcionalidade como suportes.

A atual postura ativista do Poder Judiciário tem gerado repercussões nas relações sociais e, especificamente, em relação ao modo de se ver a função judicial dentro do ordenamento jurídico. Essa tendência de protagonismo do judiciário, sobretudo no que concerne à interpretação e aplicação do texto constitucional, é parte de um contexto muito mais amplo, formado por um conjunto de determinações institucionais, como também pode mostrar-se como uma ameaça democrática.

Em relação ao ativismo judicial Barroso destaca que expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário⁹³.

No mesmo sentido Barroso também destaca que é 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. Assim se parte da premissa que determinadas questões que antes não eram tipicamente resolvidas pelo poder judiciário, agora o são. Não é um ato de vontade do judiciário, mas um conjunto de circunstâncias que fazem com que o judiciário tenha essa atuação.

Contudo o ativismo judicial é uma realidade presente no Judiciário brasileiro. Há autores que condenam e outros que o defendem.

O Ativismo judicial subvaloriza a política de tal forma que o jurídico assuma o posto do político, portanto, o ativismo decide fora do jurídico, sendo

⁹³ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p.11-22, jan./dez. 2009, p.17

em grande parte populista, pois toda vez que o Judiciário decide para além dos princípios do direito, ele julga politicamente.

Concluiu-se, portanto, que a questão pode ser entendida da seguinte maneira: o julgar politicamente e o julgar problemas que são afins à política são atividades distintas e que possibilitam pensar e verificar se, diante de uma Democracia Constitucional, os critérios normativos e de legitimidade foram cumpridos e as instituições públicas estão agindo legitimamente para com seus cidadãos.

Percebe-se uma atitude proativa dos juízes que fundamentam decisões com interpretações que expandem o sentido e alcance da Constituição, muitas vezes inovando o ordenamento jurídico. Portanto, cabe ao poder judiciário, ao aplicar as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, a tarefa de interpretá-las de modo a possibilitar a aplicabilidade imediata de tal direito.

A proteção dos direitos dos indivíduos é de competência dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário. Logo, quando ocorre a atuação do Judiciário na intervenção de determinada execução de procedimentos para cumprimento de políticas públicas, não faz com que o Judiciário aproprie-se das funções do Poder Executivo.

Trata-se de correção de omissão estatal, bem como a compreensão de que o magistrado não pode ser encarado como mero aplicador mecânico da lei. Deve, sim, buscar atender o interesse maior (consistente na proteção do indivíduo) e que constitui a razão de existência do Estado, justificando a atuação do Judiciário em resgatar a efetivação das previsões constitucionais.⁹⁴

Na tomada de decisão judicial é importante que a Corte paute-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade sem deixar de observar os valores e direitos constitucionais. Em relação ao aborto cabe destacar que ainda é um tema que gera conflitos, um problema de saúde pública que envolve questões políticas, morais e jurídicas, contudo deve-se considerar os princípios e seus pilares na busca decisória sobre a questão da descriminalização do aborto.

Na interpretação de Barroso sobre o Habeas Corpus 124.306/RJ o

⁹⁴ NUNES, A. L.T.; COUTINHO, N. C.; LAZARI, R. J. N.de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p.222

problema parte da perspectiva de que o aborto conduz à configuração de colisão de direitos fundamentais, sejam estes o direito á vida do feto, à autonomia da mulher sobre seu corpo, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos e igualdade de gênero no que concerne à mulher.

Portanto, ao buscar compreender os efeitos do ativismo judicial numa perspectiva hermenêutica, lança-se ao entendimento de como ocorre a atuação e interpretação do judiciário frente os processos democráticos na sociedade brasileira à luz dos referenciais teóricos.

Cabe ressaltar que o estudo sobre o tema “O ativismo judicial e seus efeitos na sociedade: o habeas corpus 124.306 – STF”, visa possibilitar uma visão mais ampla sobre as possibilidades de interpretação da Corte, vislumbrando um caminho à compreensão de que as intervenções da Corte podem ser eficaz ou não à democracia.

5.REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, F. B; OLIVEIRA, G. F. de. Democracia e Ativismo Judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Jacarezinho/PR: **Revista. Argumenta**, nº 20, p. 33-45, 2014.

BARBOSA, E. M. de Q. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalidade e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, L. R. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2008.

BARROSO, L. R.; **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium – **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p.11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, 7 ed.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158.

BONAVIDES, P.; MIRANDA, J.; AGRA, W. M. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Brasília, DF, Presidência da República do Brasil, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

CRISTOVAM, J. S.S; CIPRIANI, M. P. Sobre o ativismo judicial nas questões

relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 163-188, Set.-Dez., 2017

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte geral** Salvador, JusPODIVM, 2014. p. 91.

CUNHA JR., D. da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9ª ed. Salvador/BA, JusPODIVM, 2017.

FILHO, F. E. A. C. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial**: a necessária postura moderada entre subjetivismo e formalismo jurídico. 2020. Conteúdo Jurídico. Disponível em [www. https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55231/neoconstitucionalismo-e-ativismo-judicial-a-necessaria-postura-moderada-entre-subjetivismo-e-formalismo-juridico](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55231/neoconstitucionalismo-e-ativismo-judicial-a-necessaria-postura-moderada-entre-subjetivismo-e-formalismo-juridico). Acesso em 25 de abril de 2022.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. Justificação e Aplicação. Landy: São Paulo. 2004.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68.

MARTINS, J. P. B. Tipos de aborto e a problemática do aborto de fetos anencéfalos. 2009, p. 47. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5022/Tipos-de-aborto-e-a-problematICA-do-aborto-de-fetos-anencefalos>. Acesso em 15 de maio de 2022.

MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

NORONHA, M. **Direito penal**: dos crimes contra a pessoas, dos crimes contra o patrimônio. Vol 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 124

NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 230.

NUNES, A. L.T; COUTINHO, N. C.; LAZARI, R. J. N.de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p.222.

OLIVEIRA JUNIOR, J. F de. **Ativismo Judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da Constituição**: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo norte-americano e as teorias de diálogo. 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014

RAMOS, P. R. B.; OLIVEIRA JUNIOR, J. F. De. **Revista de Informação**

Legislativa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2021.

RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes:** para uma crítica do Direito (Brasileiro). FGV Editora: Rio De Janeiro, 2013.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2012.

SARMENTO, D. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In. LEITE, George Salomão; SARLET, I. W. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 208

SILVA, E. L.; MENEZES, E. M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação.** 3ª ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001

STEINMETZ, W. **Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre:** análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306/RJ. Espaço Jurídico Journal of Law. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil in: **Novos Estudos Jurídicos.** Volume 8. Nº 2. Porto Alegre, RS. maio/ago. 2003. p.257-301.

TASSINARI, C. **Ativismo judicial:** uma análise da atuação do judiciário na experiência brasileira e norte-americana. Rio Grande do Sul, 2012

TAVARES, F. M. M.; SILVA, C. B. P. **Constituição e democracia II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

VALLE, V. R. L. de Q. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal:** laboratório de Análise e Jurisprudencial do STF. Curitiba: Jurua. 2009.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul. 2008. Disponível em: <. Acesso em: 05 mai. 2022