

# A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

**Amanda dos Santos Alonso<sup>1</sup>**

**Danilo Pierote da Silva<sup>2</sup>**

**Trabalho de Conclusão de Curso<sup>3</sup>**

## **RESUMO**

Com o passar o tempo, o judiciário vem se transformando e adotando diferentes posturas face às demandas sociais como um todo, objetivando alcançar a garantia dos direitos constitucionalmente previstos, principalmente no que diz respeito à dignidade e igualdade da pessoa humana. Isso ocorre em relação a inércia do Poder Legislativo em criar leis que disciplinam sobre os mais variados assuntos, uma vez que a vida em sociedade passa por constantes mutações, as quais exigem interpretações e decisões imediatas no sentido de resguardar e abranger as garantias fundamentais as quais são elencadas como cláusulas pétreas pela nossa lei maior. Esse cenário de omissão legislativa acaba por dar margem a ocorrência do ativismo judicial. Nesse contexto, o objetivo do artigo é analisar a decisão proferida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que descriminalizou o aborto realizado durante o primeiro trimestre de gestação. Outrossim, cabe ainda elucidar a Teoria da Separação dos Poderes, para que seja possível a abordagem de ocorrência concreta sobre o ativismo judicial. Por fim, será feita a análise do caso apontado, sob a ótica dos conceitos explorados, a fim de resguardar os Direitos Fundamentais. O presente trabalho utiliza-se da pesquisa qualitativa, tendo por base o método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria da Separação dos Poderes; inércia do Poder Legislativo; Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES; 2. A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO; 3. O ATIVISMO JUDICIAL; 4. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO JULGAMENTO DE CASOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## **INTRODUÇÃO**

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, São Paulo.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, São Paulo.

<sup>3</sup> Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

O presente trabalho realizará estudos sobre ativismo judicial e sobre a Teoria da Separação dos Poderes, sendo posteriormente analisado o julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, que trata a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, sob a ótica do ativismo judicial e, conseqüentemente, à luz da Teoria da Separação dos Poderes.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário no Brasil vem sofrendo inúmeras mudanças, que extrapolam a simples função de aplicar a lei.

Atuando como guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, como principal membro do Poder Judiciário tem como função concretizar, assegurar e resguardar os Direitos Fundamentais, devendo-se fazer cumprir a Constituição.

No Brasil, diante do crescente número de casos que vem sendo levados ao judiciário, bem como, em decorrência do aumento de demandas sociais que buscam soluções definitivas, principalmente no que concerne a garantia dos direitos fundamentais, nota-se que vem ocorrendo com frequência, uma desordem na atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. Tem-se, portanto, a existência do ativismo judicial, conduta amplamente necessária e imprescindível para garantir o Estado Democrático de Direito.

Diante da discussão sobre ativismo judicial, levante-se a questão da omissão por parte do Poder Legislativo em praticar suas ações, legislando em representação ao legítimo interesse público, dentro do modelo de democracia representativa, e não em representação as ambições políticas do estado. Desse modo, frente à inércia do Poder Legislativo em criar leis que solucionassem os conflitos de forma definitiva, o Supremo Tribunal Federal vem atuando de forma a interpretar extensivamente o texto constitucional em seus julgamentos, buscando preencher as lacunas deixadas na lei.

Tal situação vem ocorrendo constantemente, pois há um conflito entre as questões políticas e de direito que envolvem os dois poderes. Tem-se observado que a omissão do Parlamento está relacionada principalmente as questões político-sociais, já que se exime de legislar sobre os assuntos polêmicos, tal como o caso específico tratado no presente trabalho. O Poder Legislativo, em suas atividades vem carregando acentuado descrédito em suas funções, uma vez que atua colocando em um segundo plano sua principal função: representatividade popular.

Nesse contexto de declarada e manifesta omissão e inércia do Poder Legislativo, os cidadãos buscam soluções em outras esferas do Poder, como vem ocorrendo quando acionam o Poder Judiciário, o qual não pode eximir-se no exercício de suas atribuições.

Com efeito, conclui-se que nesse cenário de busca da efetivação das normas constitucionais frente a inércia na atuação do Poder Legislativo, surge a questão do ativismo judicial. Referido tema tem sido pauta de inúmeras discussões, bem como de diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais contra e a favor da atuação do Supremo Tribunal Federal.

A presente pesquisa gira em torno da discussão de legitimidade ou ilegitimidade do Poder Judiciário em atuar fora de sua competência, decidindo sobre questões que ainda não são objeto de lei. Defende-se ainda, pela posição favorável a tal atuação, pois se há lacunas na lei e há buscas por soluções de casos concretos, estes precisam ser resolvidos de forma clara e coerente, atendendo às garantias de direitos dos cidadãos, de forma a não causar prejuízos à população, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

Assim, faz-se necessária também a análise da Teoria da Separação dos Poderes, trazida por Montesquieu, que previa a fragmentação dos poderes, ou seja, cada poder teria sua autonomia de atuação, sendo cada órgão distinto e independente, especializado em sua área de atuação. Tal teoria trazia os pressupostos da separação dos poderes para validar o Estado Democrático.

Por fim, frisa-se a causa que leva ao ativismo judicial, sendo esta uma consequência da inércia do Poder Legislativo, que acaba por levar uma atuação forçada do Poder Judiciário, frente às demandas que chegam até lá e que não podem ser deixadas de lado sem serem apreciadas, a fim de sanar as lacunas deixadas pelo Parlamento.

## **1. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Iniciando-se por Aristóteles de forma superficial e sendo elaborada por Montesquieu, a teoria da Tripartição dos poderes se resume em um poder que decide sobre os negócios do Estado, outro que compreende ao agir do Estado e por fim aquele que visa a jurisdição.

Quando se trata da Teoria da Separação dos Poderes, faz-se necessário, inicialmente, contextualizar historicamente o período em que se deu os pensamentos e escritas de Montesquieu.

Ao final da Idade Média e durante o período conhecido como Renascimento na Europa, houve uma significativa diminuição das guerras que vinham ocorrendo desde a antiguidade, levando ao enfraquecimento do poder da nobreza, da Igreja e do rei, pois não havia mais a necessidade de um governo centralizado. Desse modo, houve o crescimento do espaço para maior participação da sociedade na política, implicando em descentralização do poder.

Paralelo a isto, a burguesia crescia economicamente e fortalecia seu poder, o que levou ao aumento na cobrança de imposto e conseqüentemente às reações, onde a burguesia tomou o poder e derrubou o “Antigo Regime”, tendo respaldo em filósofos iluministas que sustentavam seus interesses.

Nesse contexto, a concepção de separação de poderes começa a ganhar força, já que aceita em uma sociedade que visava o fim de conflitos, através da humanização, do entendimento mútuo e do diálogo.

Já no Brasil, a separação dos poderes sempre foi enfraquecida pela força do poder Executivo.

No Brasil Império, tínhamos o Poder Moderador, que originou um sistema de quadripartição dos poderes dos Estados, já que este se sobrepunha aos demais. Como passar do tempo, o populismo e o personalismo da política brasileira também favoreceram a concentração dos poderes nas mãos do Executivo. Além disso, a ditadura que assolou o Brasil também favoreceu o fortalecimento do Executivo, estando sempre concentrado todo o poder de legislar e julgar em suas mãos, concretizado através do decreto-lei.

Atualmente, a Constituição Federal prevê instrumento semelhante ao decreto-lei. Entretanto, as medidas provisórias estão limitadas pela relevância e urgência, devendo cumprir tais requisitos para serem criadas.

Outros fatores que auxiliam no fortalecimento do Executivo no Brasil, são os geográficos. Quanto maior as dimensões territoriais, maior a população e conseqüentemente mais difícil a participação ampla da sociedade nas decisões governamentais, facilitando a concentração de poderes.

Para Montesquieu, existe a necessidade de divisão de poderes dentro do Estado:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a

guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 2006, p.165).

Em 1748, Montesquieu compôs sua obra “De L’Espirit des Lois”, em que tratava sobre as questões de separação de poderes, criticando o exercício do poder centralizado nas mãos de uma só pessoa. Assim, passou a defender a existência de três poderes, executivo, legislativo e judiciário, bem como a autonomia de cada e a harmonia entre todos.

Para Montesquieu:

O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca porque essa parte do governo, que quase sempre requer uma ação instantânea, é melhor administrada por um, do que por muitos, enquanto o que depende do poder legislativo é frequentemente melhor ordenado por muitos, do que por uma única pessoa. (MONTESQUIEU, 1998, p. 193)

Visando a harmonia e autonomia dos poderes, Montesquieu ainda instituiu em sua obra, a teoria de freios e contrapesos, onde um dos poderes poderia controlar e evitar abusos dos demais.

Diante dessa visão, o Brasil se dividiu em três poderes. O Poder Legislativo, possui função de representação do poder popular, legitimação das ações de governo e legislação. Já o Poder Executivo tem como principal função a de governar o povo e administrar os interesses públicos de acordo com as leis. Por fim, segundo Luís Flávio Gomes, o Judiciário tem como função “a) aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) controlar os demais poderes; c) realizar seu autogoverno; d) concretizar os direitos fundamentais; e) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito”.

Tem-se, assim, que o princípio da separação dos poderes é fundamental para a democracia. Possui como objetivo geral, evitar a concentração absoluta de poder nas mãos de uma única pessoa (soberano).

Desse modo, diante da Teoria da Separação dos Poderes, pode-se concluir pela visão de uma divisão completa de cada órgão, sendo estes independentes, cada um especializado em sua área de atuação.

## **2. A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO**

Tem o Poder Legislativo a função primordial de legislar, principalmente no que se refere a efetivação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Já o Poder Executivo tem a

obrigação de instituir políticas visando o resguardo dos direitos sociais aos cidadãos. Entretanto, nos tempos atuais observa-se um descaso por parte de referidos poderes, impedindo os cidadãos a terem uma vida mais digna.

Frente a essa situação em que o Poder Legislativo não garante aos cidadãos os Direitos Fundamentais, porquanto não criam, nem aprovam leis para concretização destes direitos, se faz necessária e justificada a intervenção do Poder Judiciário.

Muito embora a Constituição Federal Brasileira seja uma das mais avançadas em termos de dispositivos legais garantidores de Direitos Fundamentais a tutelar os indivíduos, não apresenta efetividade suficiente capaz de resolver questões concretas e específicas, pois há ausência de leis regulamentando, parametrizando e até mesmo limitando referidas questões ou mesmo na existência da lei, há dificuldades em sua interpretação. Daí a necessária intervenção do judiciário, senão para suprir a inércia e as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, como para realizar a interpretação da legislação existente.

Nesse sentido, com propriedade colocam Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito. (SILVA e WEIBLEN, 2007, p. 52)

Assim, a intervenção do Poder Judiciário tem por escopo não deixar os cidadãos, na ausência de lei disciplinadora do caso em ocorrência, bem como, em sua interpretação, sem uma efetiva resposta do Estado. Desta forma, tem-se a judicialização dos casos no intuito de assegurar as garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal.

Sobre o tema, destaca-se a posição do STF quanto à consagração dos Direitos Fundamentais Sociais, no voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, *in verbis*:

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Além disso, as relações sociais mutantes, demandam um Estado Democrático de Direito que as acompanhe no intuito de garantir a efetivação cada vez mais abrangente com relação a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a democracia comporta perfeita combinação com o ativismo judicial.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL**

Muito se discute acerca do surgimento do ativismo judicial. Para cada autor, o surgimento do ativismo judicial se deu em épocas e contextos históricos diversos.

Dentro desse viés, é necessário observar o contexto histórico da atividade judicial.

Quando tratamos do período ditatorial que assolou o Brasil entre os anos de 1964 e 1985, temos que a atividade judicial fora drasticamente afetada, principalmente no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal que sentiu o autoritarismo de forma mais acentuada, levando à uma aplicação mais técnica dentro do direito.

Já com a Constituição de 1988, iniciamos o tempo do Estado Constitucional, que teve força com a articulação dos conflitos sociais e políticos. Assim, passamos a ter uma nova interpretação e compreensão do texto constitucional, rompendo com quaisquer paradigmas de períodos anteriores e implantando novos, diante dos quais os direitos fundamentais são baseados diretamente na Constituição, não dependendo mais de intermediação legislativa.

Luiz Flávio Gomes sustentou que:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos. (GOMES, 2009, p. A2).

Já para Luís Roberto Barroso:

O 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, (...) 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. (BARROSO, 2010, p. 9)

Vicente Paulo caracteriza o ativismo da seguinte forma:

O termo ativismo caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal. (ALMEIDA, 2011)

No que diz respeito ao conceito de ativismo judicial, temos este abordado em sua maior parte de forma negativa no cenário Brasileiro, já que se trabalha seu conceito como sinônimo de extrapolação de funções no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário.

Uma das faces negativas do ativismo judicial são as evidências de que o Poder Judiciário está, de fato, realizando funções fora de suas atribuições, uma vez que não possui poder para legislar, mas acaba por atuar quando das lacunas legislativas e suas interpretações. Assim, acaba por ferir a separação dos poderes, enfraquecendo os poderes em si, e gerando insegurança jurídica.

Carlos Alexandre entende que:

Ante a omissão legislativa, o STF tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar. Por vezes, o STF não se limita a declarar a omissão legislativa, indo além do que a dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário, qual seja, a subsunção do fato à norma, e ante a imposição de obrigações aos outros poderes e aos administrados em geral, a doutrina diz que há intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, ferindo os princípios da separação dos poderes, a democracia e o estado democrático de direito. (AZEVEDO, 2004, P.322)

Por outro lado, o ativismo judicial auxilia como uma forma de suprir as interpretações legais, bem como as omissões e inércia do Poder Legislativo. De todo modo, cumpre-se o estabelecido pela Constituição Federal, vez que as lides judicializadas precisam de solução, levando a decisões ativistas, mas que buscam garantir os direitos expressos na Constituição.

De outro viés, o ativismo judicial acaba por ser instrumento de promoção da democracia. Isso porque, a legitimidade dos membros do Poder Judiciário está expressamente



prevista na Constituição Federal e assim sendo, estes não atuam em nome próprio, mas sim em nome da Lei Maior. Ao realizarem a aplicação da lei, estão somente reforçando e consolidando o texto normativo e a vontade do povo.

Desse modo, é possível conceituar o ativismo judicial como uma atuação ampla, extensiva e proativa do Poder Judiciário, trazendo eficácia à concretização dos direitos fundamentais.

Ainda, necessário se faz a distinção entre ativismo judicial e judicialização.

Trata-se de um fenômeno trazido com a promulgação da Constituição de 1988, que passou a dar mais credibilidade para o Poder Judiciário. A judicialização diz respeito à quantidade de demandas que são levadas ao julgamento no Poder Judiciário, visando a resolução de um caso concreto. Cumpre destacar que tais demandas deveriam ser analisadas e solucionadas, primordialmente, em outros poderes. Assim, a judicialização é a transferência de parcela do Poder Político ao Poder Judiciário e desse modo, as questões mais relevantes no que diz respeito à direitos e garantias fundamentais, estão tendo sua decisão final no Judiciário.

Conclui-se, desse modo, que o ativismo judicial está intimamente ligado à judicialização da política, pois o grande número de demandas com viés político que chegam até o judiciário, faz com que os juízes precisem atuar de maneira ampla, o que muitas vezes ultrapassa os limites, tanto da Constituição como das Leis Infraconstitucionais, uma vez que os juízes, atuando de forma a consolidar os interesses da maioria, não podem deixar de apreciar demandas que chegam para julgamento.

#### **4. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO JULGAMENTO DE CASOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A fim de solucionar os diversos problemas e situações que ocorrem, seja de forma particular ou geral, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se dos Controles de Constitucionalidade Concentrado e Difuso. No primeiro caso (controle concentrado), decide-se questões ocorridas entre particulares, ou seja, as decisões tomadas nesses casos se aplicam somente *inter partes*. Já quando se trata do controle difuso, não há sujeito identificável, mas sim casos em que a repercussão é geral, abarcando grande parte da sociedade que se encontram inseridas nesse contexto (efeito *erga omnes*).

A presente análise tem como objetivo elucidar a ocorrência de ativismo judicial no julgamento realizado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus

124.306/RJ. No caso em questão, pleiteava-se a revogação da prisão preventiva de réus presos em flagrante por manter clínica clandestina de aborto, acusados dos crimes de prática de aborto e formação de quadrilha, (artigos 126 e 288 do Código Penal, respectivamente) em concurso material.

Defendem os impetrantes que não estão presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não justificando a decretação da prisão preventiva. Em defesa, é sustentado que os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante.

Assim sendo, já em julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu não ser cabível o Habeas Corpus, mas ser o caso de desconstituição da prisão preventiva, já que não estavam previstos os requisitos para tal, bem como realizou interpretação dos artigos 124 a 126 do Código Penal, a fim de excluir a incidência destes quando é o caso de interrupção voluntária da gestação dentro do primeiro trimestre, conforme é possível verificar de seu voto:

Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se

submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017)

Assim sendo, após vencido o Ministro Relator Marco Aurélio, prevaleceu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, por maioria dos votos, entendendo pela liberdade dos acusados, bem pela descriminalização do aborto até o terceiro trimestre ou terceiro mês de gestação.

Em inúmeros casos, os tribunais já autorizaram os pedidos de aborto, quando as situações estão previstas em lei, como por exemplo, em casos de anencefalia e má-formação incompatível com a vida pós-nascimento e em alguns casos de estupro. Desse modo, a liberação do aborto no presente caso, traz uma enorme inovação e avanços para a sociedade, resguardando os direitos pessoais das mulheres.

Em profunda análise ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, pode-se dizer que este reconheceu, em razão da necessidade de mudanças, que o caso não se restringiria somente à manutenção ou não da liberdade dos acusados. Tendo isso em vista, seu voto foi mais profundo, realizando uma análise interpretativa dos artigos 124 e 126 do Código Penal, a partir do viés da Constituição Federal.

O Ministro realizou suas observações diante do caso, fundamentando-as na violação de diversos direitos fundamentais da mulher, agredindo, ainda, o princípio da proporcionalidade.

Vale ressaltar de seu voto, as seguintes conclusões:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e

psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. (...) A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

A partir do julgamento do caso concreto apresentado, inúmeras discussões são trazidas à tona, no que tange a eficácia dos artigos do Código Penal que tratam sobre o aborto, tendo em vista o seu efeito erga omnes.

Ao analisar tal situação, provoca-se uma análise sobre a não-recepção ou a reforma dos artigos 124 a 128 do Código Penal, já que estes preveem penas severas em caso de prática de aborto, quaisquer que sejam as situações. Isto se dá diante da idade do Código Penal frente à Constituição Federal, já que nossa Carta Magna é superveniente e traz maior proteção de direitos e garantias fundamentais, bem como maior defesa quando se trata de assuntos tão delicados.

Assim, diante do estudo da decisão apresentada, temos que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação – até o presente momento, pois não se sabe se haverá maior margem para realização do aborto no futuro -, fere intimamente os direitos das mulheres e as garantias constitucionalmente previstas, sendo necessário reformar os artigos do Código Penal que cuidam do aborto, para se adequarem à realidade social brasileira.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dentre as ponderações e elementos trazidos a discussão no presente artigo não podemos olvidar as questões inerentes ao efetivo exercício jurisdicional e suas nuances frente aos embates e enfrentamentos judiciais. Posto que não há como apreciar o objeto de estudo sem que haja a respectiva análise do pragmatismo que envolve o ativismo judicial no ordenamento jurídico pátrio.

Neste condão são indelévels os fatores que dão propulsão a este tipo de comportamento dos poderes, uma vez que há a previsão da Norma Maior que estabelece os parâmetros de equilíbrio e interdependência dos poderes que integram o Estado, objetivando, por intermédio do sistema de freios e contrapesos, um ambiente de harmonia e equilíbrio entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo.

Contudo o que se evidencia é que o sistema jurídico-político não vem acompanhando de modo efetivo todas as mudanças e modulações sociais existentes, ou seja, não há a correspondência dos anseios da sociedade e do exercício dos poderes, onde a legislação necessária a resolução de embates não toma forma, pela já mencionada inércia do poder Legislativo, onde as políticas públicas e atuação do Estado são insuficientes e ineficazes, pela inércia do poder Executivo, fatos estes que geram um déficit de direitos a serem tangenciados.

O resultado da atuação escassa dos poderes faz com que as demandas sociais sejam levadas ao crivo do poder Judiciário que é instado a apresentar uma solução para os casos que lhes são apresentados, ainda que não possua parâmetros técnicos para análise tem que apresentar um juízo de valor acerca do Direito que não foi devidamente positivado pelo poder Legislativo e tampouco regulamentado e validado pelo poder Executivo.

Para que se estabeleça os parâmetros de uma visão crítica do ativismo é preciso delimitar o campo de atuação do mesmo, uma vez que este tipo de movimento do poder judiciário decorrer de uma cadeia de acontecimentos que levam a solução de casos concretos que suplantam a mera aplicação ou análise hermenêutica da norma e tomam aspectos que transcendem a seara de atuação do poder Judiciário, devido a ineficiência dos demais poderes em exercer o seu múnus.

A consequência prática do ativismo judicial abordado na presente pesquisa trata de todos os elementos que o circundam e de seus resultados dentro do prisma de ausência ou leniência de outros poderes, sendo portanto, um elemento indispensável à concretização de objetivos sociais e das diretrizes do Estado, uma vez que a ingerência entre os poderes deve ocorrer para que não haja a estagnação da sociedade como um todo.

Ante a estas ponderações, pode ser concebido o ativismo não como um protagonismo do judiciário ou como um sobressair de um poder sobre o outro, mas sim a atuação resiliente da sustentação das diretrizes e elementos garantidos pelo ordenamento jurídico, onde as lacunas

não preenchidas pelos poderes portadores desta responsabilidade causam a necessidade do poder Judiciário em supri-las.

Destarte o objeto de análise pode ser visto sob um primeiro panorama, devido a leniência ou insuficiência dos demais poderes em cumprir com seus objetivos constitucionais e pela necessidade de adequação das normas aos casos concretos que se sucedem sem que haja um respaldo político-normativo suficiente. No entanto ainda é possível verificar os resultados desta atuação frente aos demais poderes, posto que a garantia de direitos em abstrato pela atuação proativa do judiciário tem impacto em outras esferas sociais.

Neste ponto a análise crítica perpassa os limites do caso concreto e passa a influir no exercício de políticas públicas e gera impactos econômicos e sociais, sejam eles positivos ou negativos, cabe acentuar que os resultados práticos das sentenças e das ordens judiciais trazem outros resultados que não aquele delineado na decisão. Dentre estes impactos, podemos elencar aqueles de cunho econômico, social, legal, dentre outros inúmeros, tendo em vista que determinada decisão não é dada somente dentro dos limites do processo.

A título exemplificativo podemos destacar as decisões provenientes de tratamentos de saúde ou fornecimento de medicamentos que não se encontram dentro do rol a ser implementado pelo SUS, onde o poder Judiciário impõe ao poder Executivo a responsabilidade de arcar com tratamento X além das custas e programações orçamentárias do Estado, gerando um ônus econômico e social, uma vez que o valor destinado ao tratamento ou medicação do caso concreto será retirado do orçamento geral da saúde.

Também é possível estabelecer o mesmo exemplo no sentido do caso estudado na pesquisa, onde a decisão a ser proferida não só traria a aplicação da norma positivada ao caso concreto, mas sim a atribuição legiferante dando nova roupagem normativa ao tema abordado, esta consequência ocorre geralmente no tratamento de temas sensíveis que são indispensáveis ao meio social mas que não possuem o apelo político para serem enfrentados pelo parlamento, fazendo com que o poder Judiciário transcenda os seus limites para poder atribuir o juízo de valor necessário à temática.

Tem-se nestes casos os elementos que abordam todas as esferas do ativismo judicial e dos seus resultados, onde devem ser estabelecidos os limites da atuação judiciária quando os impactos das decisões abarcarem questões que divergem da atuação própria do poder, uma vez que não há análise ou projeção das consequências fora do aspecto judicial.

Conclui-se que para que seja possível a atuação extraordinária do poder Judiciário é indispensável que esta seja acompanhada de uma análise dos efeitos externos da decisão, notadamente quando a abordagem tratar de temas de impacto econômico e social imediatos. Não se pode olvidar que os procedimentos sistêmicos dos poderes são destinados aos seus objetivos e no caso de formulação de Leis, formulação de políticas públicas ou dotações orçamentárias o poder Judiciário não tem competência ou meios suficientes para estas atribuições na égide de atuação de outros poderes.

A crítica é indispensável ao desenvolvimento da pesquisa, uma vez que apesar da necessidade denunciada é pungente a visualização do aspecto geral do tema, para que não haja uma conclusão unidimensional, fazendo com que o resultado da pesquisa leve em conta também os aspectos de toda a problemática enfrentada.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 16 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em: 23 nov. 2015.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de Direitos e Separação dos Poderes**. 1ª edição. Editora Quartier Latin, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988/organização e índice por Geralda Magela Alves e Equipe. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Editora Forense, 2014.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba, Multideia Editora, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4jun. 2009. Disponível em: Acesso em: 29 maio 2019

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz.** Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 15-118, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais.** Editora Letras Jurídicas, 2012.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1979. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod\\_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis\\_completo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf). Acesso em: 14 nov. 2019.

OAB. Notícias. **José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-oativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

PINTO, Marcos José. **Ativismo judicial no Brasil: visão crítica.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3674. Disponível em: Acesso em: 29 maio de 2019

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** 2ª edição. Editora Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A Revisão do Princípio da Separação dos Poderes.** 1ª edição. Editora Lumen Juris, 2016.

ROMANIUC, Jeferson Márcio Silva. **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Visão crítica sobre os limites da atuação judicial.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11081](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081). Acesso em: 29 maio 2019.



SAENGER, Gláucia Fernandes Paiva **O Ativismo Judicial na Consecução dos Direitos Fundamentais.** Disponível em:

[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2009/trabalhos\\_12009/glauciasaenger.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/glauciasaenger.pdf). Acesso em 19 nov. 2015.

VALLE, Vanice Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF.** Editora Juruá, 2009.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil.** Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em:  
<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>. Acesso em 29 maio 2019.