

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS JULGAMENTOS DE CASOS DE ABORTO: É POSSÍVEL FALAR EM ATIVISMO JUDICIAL?

Bruna Cardoso Goulart<sup>1</sup>

Juliana Bedin Grando<sup>2</sup>

**RESUMO:** Em que pese à aplicação do fenômeno do ativismo judicial em numerosas decisões, o seu conceito e objetivo, por vezes, passam despercebidos. Partindo dessa premissa, o propósito do presente estudo foi analisar o ativismo judicial, sua formação no Brasil, bem como a forma em que ele é incorporado nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O estudo focalizou-se, principalmente, em entender o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de casos de aborto até a atual decisão do Habeas Corpus 124.306/RJ, referente a não criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação. Em relação à metodologia, foram consultados, sobretudo, artigos científicos e monografias, impressos e *online*, utilizando-se, portanto, de uma metodologia hipotético-descritiva, com escrita monográfica. Por fim, verificou-se que o STF, de modo a garantir os direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por vezes, extrapola os limites do Poder Judiciário e faz uso do ativismo judicial em decisões que demandam complementação e interpretação de normas já existentes, inclusive no julgamento do HC 124.306/RJ, em que os direitos da gestante foram elevados às divergências políticas, morais e religiosas que rodeiam o tema.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Aborto.

### SUPREME FEDERAL COURT AND JUDGMENTS IN ABORTION CASES: IS IT POSSIBLE TO SPEAK IN JUDICIAL ACTIVISM?

**ABSTRACT:** Despite the application of the phenomenon of judicial activism in numerous decisions, its concept and objective sometimes go unnoticed. Based on this premise, the purpose of this study was to analyze judicial activism, its formation in Brazil, as well as the way in which it is incorporated into the decisions made by the Judiciary. The study focused mainly on understanding the path taken by the Supreme Federal Court in the judgments of abortion cases up to the current decision of Habeas Corpus 124,306 / RJ, regarding the non-criminalization of abortion until the first trimester of pregnancy. In relation to the methodology, scientific articles and monographs, both printed and online, were consulted, using, therefore, a hypothetical-descriptive methodology, with monographic writing. Finally, it was found that the STF, in order to guarantee the fundamental rights listed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, sometimes goes beyond the limits of the Judiciary and

---

<sup>1</sup>Graduanda do 5º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga. E-mail: bccgoulart@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS. Professora do Curso de Direito da URI São Luiz Gonzaga. E-mail: juliana.bedin@yahoo.com.br

makes use of judicial activism in decisions that require complementation and interpretation of existing rules, including in the judgment of HC 124.306 / RJ, in which the rights of the pregnant woman were elevated to the police, moral and religious differences that surround the theme.

**Keywords:** Judicial Activism. Federal Court of Justice. Abortion.

## 1 INTRODUÇÃO

Não raro, toma-se conhecimento da criação de regras e condutas distintas à legislação brasileira atual. Essa realidade decorre, principalmente, da impossibilidade do legislador abranger no texto legal as inúmeras peculiaridades de cada grupo social existente, bem como do descontentamento da população para com as leis vigentes. Essa “lacuna” no ordenamento jurídico incentiva a criação das chamadas normas informais ou paralegais, que nada mais são do que organizações não estatais que visam emanar respostas e solucionar as contendas das partes insatisfeitas.

Considerando que, na atualidade, as referenciadas normas estão ganhando força demasiada, faz-se necessário encontrar soluções para apequenar esta problemática. Pode-se citar como uma das mais pertinentes, a participação do Poder Judiciário. Isso porque, o magistrado, representante do Estado no poder jurisdicional, possui o dever de emanar uma resposta para as partes, mesmo na ausência de amparo legal, podendo recorrer às demais fontes do direito ou até mesmo interpretar as normas de acordo com o caso concreto, observando as especificidades de cada um dos polos da relação.

Assim, ainda que a atual configuração do Estado Brasileiro siga os parâmetros de que as leis sejam desenvolvidas pelo Poder Legislativo, aplicadas pelo Poder Executivo e na execução, garantidas pelo Poder Judiciário, o que se depreende, atualmente, é uma postura proativa do Poder Judiciário em relação, essencialmente, à interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando do uso do ativismo judicial. Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se desse fenômeno, tem decidido questões complexas, que evidenciam grandes divergências políticas, sociais e morais.

À vista disso, o presente artigo buscará conceituar o ativismo judicial e, além disso, demonstrar a postura do Supremo Tribunal Federal em julgamentos de natureza ativista, incluindo uma das decisões mais reivindicadas pela sociedade, a legalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL E SUA FORMAÇÃO NO BRASIL

Cada vez mais presente, o ativismo judicial representa uma inovação no mundo jurídico. Não obstante a incerteza quanto ao seu conceito, pode-se afirmar que a sua criação adveio dos Estados Unidos, mais precisamente de uma decisão da Suprema Corte que entendeu que o princípio da liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal. Quanto à nomenclatura, Marcelo Casseb Continentino (2012, p.142) afirma que “atribui-se a Arthur Schlesinger o mérito de haver cunhado o termo ativismo judicial”, através da publicação do artigo *The Supreme Court: 1947* na popular revista *Fortune*.

No Brasil, as bases do ativismo judicial aludem à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, oportunidade em que diversos direitos sociais foram conferidos à população de maneira tão intensa que a referida e atual Constituição é caracterizada como “Constituição cidadã”. Contudo, a doutrina brasileira não logrou êxito em determinar com precisão uma definição conceitual para o fenômeno. Luís Roberto Barroso (2012, p.25), atual ministro do Supremo Tribunal Federal, assim definiu: “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Partindo-se dessa premissa, é possível assegurar que o juiz ativista é, basicamente, aquele que se preocupa com o texto constitucional e traz para o processo os princípios e garantias da lei suprema, bem como busca conhecer os elementos do caso concreto e visualizar os impactos que sua decisão causará às partes, mesmo que para isso seja necessário extrapolar os limites do Poder Judiciário e abranger a competência dos demais Poderes da República. Entretanto, justamente esse ponto, ativismo judicial e divisão dos poderes, faz com que o fenômeno seja, em muitas das vezes, criticado e suprimido.

Isso porque, o Estado brasileiro é um Estado democrático de direito, que preserva pela participação do povo no processo de construção das leis. Quando o Poder Judiciário avoca para si a função atribuída ao legislador, tem-se que a segurança jurídica das decisões fica por enfraquecida, considerando que os integrantes deste poder não se submetem ao voto popular, não havendo, portanto, participação efetiva

da sociedade na formulação das normas. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari (2016, p.145):

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

Em que pese a visão negativa, o ativismo judicial vem sendo o mecanismo adotado pelo Poder Judiciário para solução das questões mais reivindicadas pela sociedade. Apesar de ferir a separação dos poderes, nos dias atuais, o Supremo Tribunal Federal, na perspectiva de Marcos Paulo Verissimo (2006, p.412) é “chamado a um verdadeiro papel de mediação de interesses e arbitramento de disputas”, deparando-se com diversos casos não previstos em lei e conseqüentemente, a fim de emitir uma resposta, precisa interpretar as normas de forma individual ao caso, até mesmo para garantir às partes os direitos e garantias elencados na Constituição Federal.

Numerosos são os julgamentos que o STF utilizou-se da postura ativista. Podem-se citar alguns deles:

Mandado de Injunção nº 670-ES, no ano de 2007. O pedido do MI foi deferido e, além disso, em vez de apenas comunicar o Poder Legislativo à mora pela não edição da lei da greve de servidores públicos, determinou-se que deveriam ser aplicadas as leis nºs 7.701/1998 e 7.783/1989, que tratam da iniciativa privada.

Petição nº 3.388, que tratava sobre demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa Serra do Sol. O Tribunal julgou parcialmente procedente, declarando a legalidade e a constitucionalidade da Portaria do Ministério da Justiça e do Decreto do Presidente da República que homologou a demarcação, no entanto, impôs à Administração dezenove condições a serem observadas, criando normas para regular situações não previstas em lei.

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação de Constitucionalidade nº 4277/DF em que se discutia o *status* jurídico das uniões homo afetivas, e conferiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”,

entendida esta como sinônimo perfeito de família. Essa decisão reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, alcançando situações fáticas não previstas em lei.

O Supremo Tribunal Federal também fez uso do fenômeno do ativismo judicial quando do julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, oportunidade em que fora mencionada que a possibilidade de interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação também não seria considerada crime quando provocado pela própria gestante ou com seu consentimento. Essa questão está rodeada de divergências políticas, éticas, morais e religiosas. Por isso, faz-se necessário entender o caminho percorrido pelo STF quando do assunto legalização do aborto.

### **3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS JULGAMENTOS DE CASOS DE ABORTO**

Embora previsto legalmente – artigo 128 do Código Penal – as hipóteses em que o aborto não é punido são taxativas, sendo elas: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar de estupro. Na atualidade, é notório o desgosto da população, principalmente das mulheres, em relação a essa temática. Apesar de não haver legislação que permita a prática do aborto em hipóteses distintas às mencionadas, é de conhecimento geral, até mesmo do próprio Estado, que mulheres com gravidezes indesejadas, buscam meios clandestinos e insalubres para concretizarem o procedimento.

Baseado nessa reflexão, a primeira grande discussão que chegou ao Supremo Tribunal Federal, foi a de possibilidade de aborto do feto anencefálico, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54). A matéria foi a julgamento no plenário da Corte em 11.04.2012 e por oito votos a dois, o STF entendeu que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não configuraria crime. Defendendo tal posição, Montenegro, Oliveira e Garrafa (2006, p.83), dispõem:

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Sua proteção não pode ser negligenciada por um Estado democrático de direito. A gestante, cujo feto é portador de anomalia fetal, acaba por se encontrar em um quadro de saúde debilitado. A saúde engloba os aspectos físicos e psicológicos da pessoa humana; nesses casos, a gestante que se vê diante da impossibilidade de interromper uma gravidez frustrada, não tem seu direito à saúde respeitado.

É fato incontroverso que a decisão referida destacou o direito à saúde. Isso porque a norma constitucional fora interpretada de modo a respeitar a integridade física e psíquica da gestante, garantindo a possibilidade de escolha em relação ao futuro da gestação, que se caracteriza, na maioria dos casos, como um procedimento doloroso em razão da constante preparação para a perda do filho. Atualmente, o único requisito para a concretização do aborto do feto anencefálico é um diagnóstico médico que constate a anomalia e a inviabilidade da vida.

Após, o STF decidiu o caso da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento. Tratou-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3510), proposta em 2005, tendo como alvo o art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança). Sobre o tema aborto, restou entendido que as pesquisas com células-tronco não caracterizam a sua prática, tendo em vista não ser possível caracterizar o embrião como ser vivo. Assim, foi declarada a constitucionalidade da Lei de Biossegurança.

Essas foram as prestigiadas decisões envolvendo o tema aborto que antecederam o julgamento do HC 124.306/RJ. A principal característica deste julgamento foi a postura ativista adotada pela Corte, porquanto o órgão excedeu seus limites e legislou de modo a criar uma hipótese de excludente de criminalidade ainda não prevista na legislação penal. Evidenciou-se que o aborto praticado no primeiro trimestre de gestação não configura conduta típica quando praticado pela própria gestante ou com seu consentimento. Conforme trecho da ementa:

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.

Na realidade, o primeiro ponto explorado no julgamento foi a ilegalidade da prisão preventiva dos pacientes, os quais detinham uma clínica de aborto. A nulidade fora reconhecida ante a ausência dos requisitos que legitimavam a prisão cautelar. Após, de forma voluntária, os artigos 124 a 126 do Código Penal foram interpretados em conformidade à Constituição Federal, oportunidade em que direitos fundamentais

da mulher, como os direitos sexuais, a autonomia e a integridade física e psíquica foram destacados.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao apresentar o voto, entendeu que a criminalização da interrupção voluntária da gestação antes do primeiro trimestre não é a medida mais adequada. Disse que existem diversos meios que podem impedir gravidezes indesejadas, como, por exemplo, orientação sexual e distribuição gratuita de contraceptivos e que o enquadramento da conduta enquanto crime, somente serviria para abalar ainda mais o estado de ânimo das gestantes e não auxiliaria o Estado na tentativa de pôr fim as clínicas clandestinas que realizam o procedimento.

Embora considerável a corrente adotada na decisão, que se posiciona a favor do tema, muitas são as questões arguidas pelos opositores da descriminalização, sendo a principal delas, embasada em cunho religioso, referente ao direito à vida do feto. Naara Luna (2014, p.105) menciona que “na perspectiva pró-vida ou antiaborto, o feto engloba a mulher, que é encarada como suporte para o seu desenvolvimento”. Esse tópico não foi esquecido pelo Ministro, que referiu que até o terceiro mês de gestação “o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno”. No entanto, é importante salientar que a tipificação penal somente será afastada se:

(i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

É inquestionável que o voto exarado apresentou os dois lados da controvérsia referente ao aborto, contudo, entendeu-se por sobrepor os direitos e garantias conferidos à mulher, como a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos, bem como a igualdade de gênero. Ao final, evidenciou-se a anterioridade do Código Penal vigente do ano de 1940 à Constituição Federal de 1988, ou seja, o STF, de modo a atualizar a legislação e emitir uma resposta ao caso concreto, utilizou-se do ativismo judicial, abrangendo a competência do Poder Legislativo, para fazer prevalecer as prerrogativas elencadas na legislação suprema.

Embora a supramencionada decisão tenha gerado efeitos somente para as partes do processo, ao passo que se tratava de controle concentrado de

constitucionalidade, o voto ganhou popularidade, vez que fora constatada a criação de uma nova excludente de tipificação penal, através do uso do ativismo judicial. À vista disso, culminou a decisão em servir de base para novos pedidos referentes ao tema, que envolvem os dois grandes lados da discussão, bem como direitos fundamentais imprescindíveis, como a vida e a liberdade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De acordo com os fatos destacados, verifica-se que o ativismo judicial é um fenômeno que está conquistando espaço no mundo inteiro, inclusive no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, principalmente, em busca de solucionar determinadas demandas, acaba por extrapolar os limites do Poder Judiciário. Vários são os aspectos positivos dessa realidade, vez que os direitos e garantias elencados na Constituição Federal são postos em um patamar superior até mesmo ao Estado democrático de direito. Por conseguinte, a população sente-se representada e a criação de direitos paralegais é minimizada.

Não obstante, é necessário salientar que quando o Poder Judiciário avoca para si a função atribuída ao legislador, acaba por sobrecarregar-se, pois além de possuir o título de guardião da Constituição Federal e desempenhar o papel de última instância recursal, precisa, ainda, formular normas, o que não faz parte de sua competência originária. Além do mais, a segurança jurídica das decisões fica por enfraquecida, pois não há participação popular na elaboração das normas, que na maioria dos casos, terão repercussão nacional. Assim, com a segurança jurídica fragilizada, lacunas e interpretações amplas podem vir a existirem.

Dessa forma, diante de casos que ferem ou não atendem o disposto na Constituição Federal, a solução que aparenta ser mais eficaz e adequada é o diálogo institucional dos Poderes, de modo a buscar sanar, cada poder com a sua competência, as questões apresentadas pela sociedade. É exemplo o caso do aborto até o primeiro trimestre de gestação, em que o Poder Legislativo, dotado de poder representativo, deve posicionar-se de modo a apresentar uma resposta concreta aos cidadãos. Com isso, conclui-se que o ativismo judicial apresenta diversos benefícios sociais, porém, deve ser utilizado com cautela.

**REFERÊNCIAS**

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **SYN(THESIS)**, Rio de Janeiro, v.5, p. 23-31, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 20 dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670** – Espírito Santo. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>>. Acesso em 03 fev. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3388**. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em 03 fev. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132** – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em 03 fev. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306** – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em 03 fev. 2020.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 141-148, janeiro/março 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496925/RIL193.pdf?sequence=1#page=142>>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: 33ª Ed. Saraiva, 2016.
- LUNA, Naara. Aborto no Congresso Nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v.14, p. 83-109, 2014. Disponível em: <<https://search.proquest.com/openview/b2281c2d8f3b7a2ecbb016f8faa7a980/1?cbl=1626348&pq-origsite=gscholar>>. Acesso em 03 jan. 2020.
- MONTENEGRO, Sandra; OLIVEIRA, Aline; GARRAFA, Volnei. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencéfalo. **Revista Bioética**, v.13, p. 80-92, 2006. Disponível em: <[http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/94](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/94)>. Acesso em 03 de jan. 2020.
- VERRISIMO, Marcos Paulo. A Constituição de vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, v.4, p. 407-440, 2008. Disponível

em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>>.  
Acesso em 12 dez. 2019.