

ATIVISMO JUDICIAL – ANÁLISE DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO MINISTRO ROBERTO BARROSO NO *HABEAS CORPUS* 124.306-RIO DE JANEIRO SOB A ÓTICA DE RONALD DWORKIN

JUDICIAL ACTIVISM - ANALYSIS OF JUDGMENT OF MINISTER ROBERTO BARROSO IN *HABEAS CORPUS* 124.306-RIO DE JANEIRO UNDER RONALD DWORKIN'S OPTICS

Vinicius Gonçalves Schelbauer,
bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, mestrando em
Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil.

RESUMO

O 'ativismo judicial' como fenômeno jurídico é conhecido como a postura ativa por parte dos juizes na interpretação da Constituição. Ronald Dworkin coloca o dever dos Tribunais na garantia de direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado, assumindo para si a competência e a sensibilidade necessárias para entregar a sociedade decisões que atendam às necessidades atuais a luz de sua constituição. Mas Dworkin não propõe ao Judiciário o preenchimento de lacunas na legislação por meio de "novos direitos", mas sim, entregar o direito mediante interpretação construtiva do texto constitucional. Para combater a discricionariedade judicial, Dworkin busca com sua teoria um sistema lógico-jurídico onde os direitos das partes sejam pré-existentes ao julgamento do juiz. Tendo como base os ensinamentos de Ronald Dworkin, o presente estudo visa analisar a decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento do *HC 124.306-RJ*, em evidente ativismo judicial, ao conceder de ofício a ordem pretendida, iniciando um debate sobre a tipificação penal do crime de aborto voluntário, expondo que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestão violaria diversos direitos fundamentais da mulher.

ABSTRACT

The 'Judicial activism' as a legal phenomenon is known as the active stance of judges in interpreting the Constitution. Ronald Dworkin places the duty of the courts in guaranteeing the fundamental rights of the individual against the state, assuming for himself the competence and sensitivity necessary to deliver to society decisions that meet current needs in the light of its constitution. But Dworkin does not propose to the Judiciary to fill gaps in legislation through "new rights," but rather to deliver right through constructive interpretation of the constitutional text. To combat judicial discretion, Dworkin seeks with his theory a logical-legal system where the rights of the parties are pre-

existing to the judge's judgment. Based on the teachings of Ronald Dworkin, the present study aims to analyze the decision made by Minister Roberto Barroso in the judgment of HC 124.306-RJ, in evident judicial activism, by granting the intended order *ex officio*, initiating a debate on the criminal classification of crime of voluntary abortion, exposing that criminalizing abortion before the end of the first trimester of pregnancy would violate several fundamental rights of women.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Ronald Dworkin. Aborto voluntário.

SUMÁRIO – INTRODUÇÃO – 1. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL – 2. DWORKIN E O ATIVISMO JUDICIAL – 3. DO *HABEAS CORPUS* 124.306-RIO DE JANEIRO, ENTENDENDO O ACASO – 4. O ATIVISMO JUDICIAL NA DECISÃO DO *HABEAS* 124.306-RIO DE JANEIRO – CONSIDERAÇÕES FINAIS - REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

“A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (29) descriminalizar o aborto no primeiro trimestre de gravidez. Seguindo o voto do ministro Luis Roberto Barroso, o colegiado entendeu que são inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto.”¹

Foi com esta chamada que os principais noticiários brasileiros apresentaram a polêmica decisão proferida pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos de *Habeas Corpus* 124.306-RJ que com base no voto do Ministro Luis Roberto Barroso, entenderam pela inconstitucionalidade dos artigos 124² e 126³ do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada durante o primeiro trimestre.

A polêmica, entretanto, não decorre unicamente do tema que envolveu a decisão, que por si, já renderia debate acalorado, mas sim também por sua forma, proferida em sede de decisão em *habeas corpus*, que processualmente não se prestaria para este fim.

A questão traz à tona o fenômeno do ‘ativismo judicial’ que será abordada pelo presente estudo, que tem como objetivo principal, justificar a

¹ RICHTER, André. **Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime**. Agência Brasil, Brasília, 29 de nov. de 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>> - acesso em 12 de nov. de 2019.

² Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

³ Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 126. Provocar aborto com consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

decisão que transcendeu os limites estabelecidos ao julgador, tendo como base a teoria de Ronald Dworkin, um dos principais filósofos do Direito moderno.

Além do ativismo judicial, tema central do estudo, uma breve análise sobre a questão relacionada ao aborto se fez necessária para melhor compreensão, igualmente baseada pelo entendimento de Dworkin.

O estudo se pautou pela revisão bibliográfica das obras de Ronald Dworkin relacionadas ao tema, além de textos complementares e o método indutivo, visando apresentar uma definição do ativismo judicial, além da análise do voto do Ministro Luis Roberto Barroso proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306-RJ.

1. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

O 'ativismo judicial' como fenômeno jurídico, é definido por Barroso, como *“uma participação ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”*⁴, ou seja, trata-se de uma postura de interpretação da Constituição além do disposto pelo legislador ordinário.

Observa-se pelas últimas décadas, que diversos Tribunais pelo mundo, vêm tomando um papel ativo no controle jurisdicional e na implementação de direitos fundamentais, sendo que este ativismo, ainda que possa trazer resultados efetivos na defesa destes direitos, segundo a visão de Elival da Silva Ramos, provoca conflito direto no que se refere a separação dos Poderes, especialmente em relação ao Poder Legislativo, diante de uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário⁵.

Além do mais, o Poder Judiciário é conhecido como menos legítimo em comparação aos demais poderes, uma vez que seus membros não são constituídos por meio de eleições populares, tal fato, faz do 'ativismo' questão ainda mais delicada, já que as decisões judiciais não podem ser revistas pelos demais poderes.

O termo 'ativismo' aponta como originado nos Estados Unidos da América, por meio de decisões marcantes implementadas pela sua Suprema Corte, estando o movimento plenamente associado na busca pelo Judiciário na efetivação do texto constitucional, diante de uma eventual omissão nas atividades típicas dos demais poderes, Legislativo e Executivo.

Importante se faz destacar, que o 'ativismo judicial' não deve ser confundido com outro fenômeno também atual, que é a 'judicialização', já que o primeiro decorre da iniciativa do próprio Judiciário em promover o direito, interpretando de forma ativa as leis constitucionais, ao contrário do segundo, que se tratam de questões 'levadas' ao judiciário pelos próprios demais poderes ou

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial, e Legitimidade Democrática.** (Syn)Thesis, v. 5, n. 1, 2012. ISSN 2358-4130. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> - acesso em 13 de nov. de 2019.

⁵ RAMOS. Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

agentes políticos desses poderes⁶, ainda que em tese, apresentem resultados semelhantes.

Dworkin, por sua vez, expõe como um papel dos Tribunais a garantia de direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado⁷, devendo, portanto, ser um Tribunal ‘ativista’ preparado para enfrentamento de questões de moralidade política, entregando para a sociedade decisões que atendam às suas necessidades atuais a luz de sua constituição.

Destaca-se ainda, que pelo ativismo judicial de Dworkin, não se propõe ao Judiciário o preenchimento de lacunas na legislação por meio de “novos direitos”⁸, uma vez que não cabe ao Juiz o papel de legislador, mas sim, entregar o direito mediante interpretação construtiva do texto constitucional, em outras palavras, o direito garantido deve estar identificado na própria constituição.

2. DWORKIN E O ATIVISMO JUDICIAL

Na busca da entrega da efetiva prestação jurisdicional, Dworkin expõe que a definição positivista do Direito, que reduz a um modelo de regras e que autoriza o juiz utilizar o poder discricionário⁹ ao se deparar com casos complexos, os chamados *hard cases*, não se mostra suficiente, propondo uma teoria da interpretação que auxilia os operadores do Direito a encontrar uma resposta correta mesmo em tais casos.

Dworkin apresenta crítica ao entendimento positivista, que defende a discricionariedade do Juiz quando deparado em situações que a legislação não aponte solução direita, haja vista que não caberia ao julgador o papel de legislar, apresentando um novo direito ao caso concreto¹⁰, mas sim, buscar a garantia do texto constitucional, por meio de uma interpretação construtiva. Por esta teoria, a Constituição é vinculante e deve-se buscar aperfeiçoá-la por meio da interpretação de suas normas, captando seus ideais da melhor forma possível. Desse modo, não se tratar de ‘inventar o direito’ para os casos onde a legislação existente não aponte solução direita, mas sim, buscar a interpretação dentro da constituição e dos ideais estabelecidos em sua formação.

Dworkin, portanto, reconhece a existência de conexão entre o conceito de lei e moral, haja vista que não se haveria como se separar a interpretação das normas mais relevantes de uma visão moral, assim, a interpretação legal deve se pautar em uma justificação moral para a obediência da lei¹¹.

A correta compreensão da Teoria de Dworkin depende da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, onde os argumentos de política seriam aqueles que protegem a coletividade, enquanto que os

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial, e Legitimidade Democrática**. (Syn)Thesis, v. 5, n. 1, 2012. ISSN 2358-4130. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> -acesso em 13 de nov. de 2019.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p – 231.

⁸ Ibid., p – 127.

⁹ Ibid., p – 128.

¹⁰ Ibid., p – 50.

¹¹ Ibid., p – 9.

argumentos de princípio protegem os direitos de um determinado indivíduo, ou seu grupo, ainda que a comunidade como um todo seja negativamente afetada¹².

Outro elemento importante na Teoria de Dworkin sobre o ativismo judicial é o Princípio da Integralidade, conceituado como uma construção coerente do direito¹³, com fidelidade aos princípios fundamentais, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade. A filosofia de Dworkin busca comprovar que a integridade, enquanto virtude política, forma um estilo de comunidade jurídica comprometida com a moral do direito e, por consequência, com seu poder coercitivo.

O princípio da integridade tem aplicação no Poder Judiciário, à medida que leva os juízes a extrair os direitos e deveres do ordenamento jurídico tendo por pressuposto que foram criados por um único autor, ou seja, a comunidade personificada, sempre como expressão máxima de justiça e equidade¹⁴.

Como operador desta Teoria, nasce a figura do ‘Juiz Hércules’¹⁵ como concretização do conceito ideal de Justiça. O ‘Hércules’ esculpido por Dworkin deve, por sua vez, dominar todos os princípios vigentes e torná-los integrados ao direito por meio de elementos argumentativos. Compete igualmente ao ‘Hércules’, no processo interpretativo, o dever de desprezar os precedentes que forem incoerentes e impróprios para compor a solução do caso concreto em pauta. O objetivo, portanto, é alcançar a melhor decisão, alicerçando-se sempre nos princípios, destacando-se, entre eles, a moralidade e a integralidade.

A Teoria de Dworkin coloca ‘Hércules’ como a figura ideal do magistrado, com poder moral e intelectual tão intenso que se equipara às forças físicas e inteligência sobrenaturais do respectivo semideus, maior herói da metodologia grega.

3. DO HABEAS CORPUS 124.306-RIO DE JANEIRO, ENTENDENDO O ACASO

Antes de adentrarmos ao tema central do presente estudo, que é evidentemente a análise do ativismo judicial na decisão proferida pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que acompanhou o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306-RJ, se faz importante entendermos corretamente o caso, e suas respectivas peculiaridades.

Tratou-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de medida cautelar impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341-RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. O fato importante a se destacar, é que os pacientes do respectivo HC mantinham clínica de aborto, e foram presos em flagrante, devido

¹² Ibid., p – 129.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p – 203.

¹⁴ Ibid., p – 204.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p – 165.

à suposta prática dos crimes descritos nos artigos 126¹⁶ e 288¹⁷ do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado aborto na gestante com o consentimento desta.

Vale ressaltar, que no *habeas corpus* em questão, os impetrantes alegaram que não estavam presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312¹⁸ do Código de Processo Penal.

A primeira questão controversa surge logo no início do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, uma vez que segundo o mesmo e a lógica processual, seria incabível *habeas corpus* impetrado contra acórdão unânime proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça por inadequação da via processual, todavia, em decorrência das particularidades da matéria, o Ministro passou a averiguar a possibilidade da concessão da ordem ofício.

Como é sabido, a concessão da ordem foi deferida de ofício, mesmo quando incabível o *habeas corpus*, nos termos do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso, citado pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

[...] a liberdade dos acusados tanto não oferece risco ao processo que a instrução criminal tem transcorrido normalmente, conforme revelou a consulta realizada no sítio do Tribunal de Justiça, noticiando o comparecimento de todos à última audiência de instrução e julgamento, ocorrida no dia 17 de agosto de 2015, quando já soltos.¹⁹

Como se não bastasse a ausência dos pressupostos para a concessão da prisão preventiva, que por si, justificaram o conhecimento de ofício da ordem, lembrando, de *habeas corpus* processualmente incabível, buscou o Ministro Barroso uma segunda razão para concessão da ordem, que foi a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Buscou o Ministro Barroso o debate sobre a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124²⁰ a 126²¹ do Código Penal, que punem tanto

¹⁶ Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 126 – Provocar aborto com consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

¹⁷ Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 288 – Constituir, organizar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena – reclusão, de quatro a oito anos.

¹⁸ Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal)

Artigo 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto (*Apud.* Ministro Marco Aurélio). Supremo Tribunal Federal.

²⁰ Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

²¹ Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 126. Provocar aborto com consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros, mesmo com consentimento da gestante. Ainda que extremamente relevante a vida potencial do feto, que é o bem político protegido, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação, segundo o Ministro, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Citando Robert Alexy, o Ministro Barroso inicia que *“os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas”*, sendo característica essencial destes direitos, o fato de serem oponíveis às maiorias políticas, dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que segundo o Ministro Barroso, *“legítima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa”*.

O voto aponta que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, como por exemplo o da dignidade de pessoal humana, haja vista que a decisão pelo aborto, segundo ao Ministro Barroso, escolha trágica, que por si causa dor a mulher, não podendo-se admitir a hipótese de que alguém faça aborto por prazer, e por este motivo o Estado não deve punir ainda mais a vida desta pessoa, processando-a criminalmente. Por consequência, sendo legítima a conduta da mulher, os profissionais de saúde que viabilizam a escolha não podem ser igualmente processados.

No que se refere a condição do embrião durante a fase inicial da gestação, o Ministro Barroso expõe a existência de teorias antagônicas sobre o tema, onde a primeira considera a existência de vida desde a concepção, e a segunda apenas com a formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência, o que geralmente ocorre após o terceiro mês da gestação. Todavia, para solução da controvérsia, sempre se dependerá de uma escolha íntima de cada um, de cunho religioso ou filosófico a respeito da vida.

O ponto chave conforme fundamentação exposta pelo voto, é que existindo vida ou não a ser protegida, o que está fora de discussão em qualquer esfera é a viabilidade de o embrião sobreviver fora do útero materno nesta fase de sua formação, em outras palavras, ele dependerá integralmente do corpo da gestante.

O Ministro Barroso enumera os direitos fundamentais das mulheres violados em decorrência da criminalização do aborto com consentimento da gestante, como a violação à autonomia da mulher; violação do direito à integridade física e psíquica; violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; violação à igualdade de gênero; Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres; e, por fim, a violação ao princípio da proporcionalidade.

Destes princípios, destaco o da violação à igualdade de gênero, no sentido de que apenas a mulher suporta o ônus integral da gravidez, já que o homem não engravida, e a igualdade plena somente existiria se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca de sua manutenção ou não, citando o

Ministro Carlos Ayres Britto, o voto acrescenta frase histórica proferida pelo Ministro, “*se os homens engravidassem, não tenho dúvidas em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*”.

Importante se faz dizer, que a decisão do *habeas corpus* não ‘declarou’ a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal sobre o tema, vez que a decisão não poderia gerar efeitos *erga omnes*, mas sim expõe sobre a inconstitucionalidade dos mesmos como forma a justificar a concessão da ordem, afastando a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-a aos corréus.

No mais, a decisão do *habeas corpus* não teve o condão de absolver os acusados, que ainda respondem ao processo criminal original sob a numeração 0014492-75.2013.8.19.0021, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, que será levado ao tribunal do júri ainda sem data marcada, mas certamente a decisão serve parâmetro, como um norte a ser seguido pelos Tribunais inferiores.

4. O ATIVISMO JUDICIAL NA DECISÃO DO HABEAS 124.306-RIO DE JANEIRO

Importante se faz o comentário contextual sobre o aborto nos dias de hoje, e a notória morosidade do Poder Legislativo brasileiro em enfrentar o tema, que se pauta em legislação datada de 1940.

O próprio Ministro Barroso apresenta em seu voto, que “*praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestante durante a fase inicial da gestação como crime, ai incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália*”. Acrescento a estes países a recente legalização do aborto na Irlanda após consulta popular²².

No Brasil, o Código Penal tipifica hipóteses quando não se pune o aborto²³, a primeira na inexistência de meio alternativo para salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez resultar de estupro e precedido de consentimento da gestante ou de seu representante, quando esta for incapaz.

Em 2012, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decidido pela descriminalização do aborto na hipótese do feto anencéfalo, tema este que também poderia muito bem ter sido decidido pelo Poder Legislativo, obrigando o Poder Judiciário, em uma amostra de ativismo judicial, a expandir os casos de descriminalização.

²² GUIMÓN, Paulo. **A Irlanda enfrenta o seu último tabu: o aborto**. El País. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/23/internacional/1527101735_801848.html> acesso em 30 de nov de 2019.

²³ Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal)

Artigo 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário, I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro, II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Entre os dias 03 a 06 de agosto de 2018, por meio da Ministra Rosa Weber, foram realizadas audiências públicas, onde foram ouvidos cerca de 60 (sessenta) especialistas na sala de sessões da Primeira Turma, tendo como objetivo promover debate sobre a viabilidade da liberação do aborto até a 12ª semana de gestação. Com o resultado as audiências, aguarda-se relatório da Ministra.

Tal necessidade, decorre de ação promovida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que busca o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto até a décima segunda semana de gestação, iniciativa partidária esta, consequência do próprio julgamento do *habeas corpus* 123.306-RJ, que como dito, não promoveu efeitos *erga omnes*.

Neste caso da ação movida pelo PSOL, vale lembrar que se trata do fenômeno da 'judicialização', haja vista que a questão que deveria ser resolvida em processo legislativo é levada ao judiciário, todavia, enaltece o papel do Judiciário brasileiro em preencher lacunas deixadas pelo legislativo.

O presente estudo não busca defender a descriminalização ou mesmo critica-la, mas sim apontar que a questão carece de enfrentamento pelo Poder Legislativo, que parece estar confortável em sua inércia, outorgando, ainda que implicitamente ao Poder Judiciário, o papel de decidir sobre questões morais, justamente porque este Poder, o menos legítimo, não passa pelo crivo do processo eleitoral.

Portanto, o ativismo judicial nasce justamente desta inércia do Poder Legislativo, já que seus membros ainda que defendam posições nos bastidores do congresso, preferem não transmitir por meio de votos, certamente em decorrência do 'efeito nas urnas' que tal decisão poderia resultar. Nesta enorme lacuna exposta pelo Poder Legislativo, não pode o Poder Judiciário permitir que o cidadão a quem o Estado deve assistir, sofra com as consequências deste 'medo', obrigando-se a decidir na busca da garantia dos direitos fundamentais a luz da constituição.

Em todo caso, independentemente da inexistência de legislação positivista sobre o tema, isto não permite ao Poder Judiciário que simplesmente crie o Direito, devendo a decisão judicial se pautar em princípios pré-existentes, cabendo ao juiz, o papel de apresentar a melhor interpretação possível de sua constituição.

O ativismo judicial, portanto, não se fará quando o juiz se utiliza de um poder discricionário para entregar um novo Direito, já que a este não cabe o papel de legislar, mas sim buscar dentro dos ideais previstos pela constituição, a garantia dos direitos fundamentais das minorias.

Inicia-se, diante de tudo isso, a análise do *habeas corpus* 124.306-RJ, quanto a possibilidade de seu conhecimento de ofício, haja vista que conforme exposto pela própria decisão, o *habeas corpus* era incabível para o fim de desconstituir a prisão preventiva, já que se tratava de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a via processual era inadequada.

Nesta hipótese, um Tribunal com visões meramente positivistas entenderia pela aplicação da jurisprudência dominante da primeira Turma do STF e extinguiria o recurso, sem resolução do mérito, todavia, o mesmo Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pela possibilidade do reconhecimento de ofício do *habeas corpus*.

Ainda que seja tema de menor relevância na presente decisão, seu conhecimento de ofício é uma demonstração do ativismo processual, haja vista que reconhece o direito fundamental da parte impetrante, concedendo a ordem, ainda que tecnicamente o recurso tivesse que ser rejeitado.

Como se não bastasse a concessão da ordem diante do reconhecimento de ofício da ausência dos requisitos processuais para decretação da prisão preventiva, o Ministro Luís Roberto Barroso foi além, examinou a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus.

Aplicando a teoria de Dworkin, podemos afirmar que a concessão de ofício da ordem buscada pelo *habeas corpus* operou-se por um 'argumento de política', haja vista que teve como objetivo garantir os interesses da sociedade como um todo, no caso, ainda que processualmente inviável o recurso impetrado pelas partes, diante do não preenchimento dos requisitos para a manutenção da prisão preventiva, o latente interesse público se justifica para o seu reconhecimento, ainda que de ofício.

Todavia, no momento em que o Ministro Barroso busca justificar a descriminalização do aborto com consentimento realizado no primeiro trimestre de gravidez, o mesmo utiliza-se de 'argumentos de princípio', já que neste caso a decisão passou a defender os direitos de um determinado indivíduo, ou seu grupo, ainda que a comunidade como um todo seja negativamente afetada.

Nesta lógica, tanto 'argumentos de política' como 'argumentos de princípio' podem justificar o ativismo judicial, diferindo estes quanto a tutela de interesses de escala coletiva ou individual.

Mas isto não significa que o Supremo Tribunal Federal passou a inventar o direito, apontando a inconstitucionalidade do dispositivo legal com base em princípio novo, que retroage aos fatos, mas sim, se justificou em princípios enclavados no próprio texto constitucional, em outras palavras, procedeu com interpretação construtiva do texto constitucional.

Neste contexto, a decisão pautada em 'argumentos de política' não dependerá de questões morais, já que visa garantir um benefício comum da sociedade, todavia, no momento em que a decisão passa a valer-se de 'argumentos de princípio', utiliza-se da conexão entre o conceito de lei e moral apontado por Dworkin, já que não há como se separar a interpretação das normas mais relevantes de uma visão moral, devendo ainda esta interpretação legal, prestar obediência a lei.

O próprio Ministro Barroso em seu voto sustenta que a questão envolvendo o tema do aborto dependerá de uma escolha íntima de cada um, de cunho religioso ou filosófico a respeito da vida.

Interessante se faz pincelar o ponto de vista do próprio Ronald Dworkin sobre o tema em sua obra “Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais”, fazendo observação ao relacionar a questão dos direitos do feto à possibilidade ou não de se atribuir personalidade aos nascituros, defendendo que apenas se poderá falar em direitos quando existentes interesses, inexistindo interesses individualizados quando não há consciência ou qualquer vida mental propriamente dita por parte do indivíduo que se busca proteger.

Para Dworkin, não é raro que conservadores em matéria de aborto também admitam outras exceções, quando por exemplo, para salvar a vida da mãe, quando a gravidez resultar de estupro ou incesto, sendo que quanto mais exceções forem admitidas, mais claro se torna que a oposição conservadora ao aborto não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida.

Todavia, Dworkin atribui à vida valor intrínseco, no sentido de algo inviolável, de valor incomum, sagrado, mas não no seu sentido religioso, uma vez que para ele, entrar na discussão da possibilidade ou não de classificar o nascituro como pessoa é não só controverso como também de difícil aplicabilidade prática, tanto para o Direito, quanto para a Medicina. O autor critica as posições mais conservadoras, pois demonstra que pouquíssimas pessoas acreditam que o feto seja uma pessoa com direitos e interesses equivalentes aos dos outros membros da sociedade, desde o momento de sua concepção.

Dworkin expõe que a aceitabilidade moral ou não do aborto fica na dependência do motivo, moralmente aceitável ou não. Assim, o aborto apenas deveria ser rechaçado, quando a sua prática tiver como consequência algum tipo de desrespeito ao valor intrínseco da vida humana.

O autor também destaca em sua obra a existência de inconformidade das leis acerca do aborto com qualquer uma das teorias por ele elencadas, explicando que as justificativas fornecidas pelos textos legais atuais para a proibição dessa prática acabam por não utilizar nenhuma base filosófica ou doutrinária coerente, isto porque a lei não abriria exceção ao ponto de permitir o aborto em casos de estupro por exemplo.

O grande conflito do debate sobre descriminalização do aborto decorre do embate dos direitos constitucionalmente previstos da mulher em oposição aos direitos assegurados ao feto, haja vista que ambos são protegidos pela Constituição Federal.

O Ministro Barroso em seu voto, utiliza-se do princípio da proporcionalidade no intuito de demonstrar qual direito possui preferência em detrimento do outro, uma vez que a mulher acaba por ter seus direitos violados com a criminalização do aborto, tais como o direito à privacidade, à autonomia, à liberdade, à vida, à dignidade, à igualdade, à saúde, entre outros.

Neste sentido, constranger a gestante à manutenção de uma gravidez indesejada seria atingir o seu valor humano intrínseco, ofendendo tanto aos princípios e direitos constitucionais assegurados a elas, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito, como também princípios morais, éticos e sociais.

Segundo os ensinamentos de Dworkin, diante das exceções estabelecidas em nosso texto constitucional, como nos casos de risco a mãe ou gestação originada de estupro, não se poderia conceber que o feto seja uma pessoa com direito à vida, porque se assim fosse, não poderiam existir exceções.

O Supremo Tribunal Federal ao decidir a questão com base no voto do Ministro Barroso, apresenta entendimento que em relação ao feto, ainda nos primeiros três meses de gestação, não lhe é garantido o direito a vida, uma vez que não é considerado como uma pessoa com direitos equivalentes ao de sua genitora.

O voto, inclusive, busca tangenciar este tema, alegando que existindo ou não vida a ser protegida ao feto, o que estaria fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de formação.

Neste ponto, me parece aceitável crítica ao posicionamento do voto do Ministro Barroso, uma vez que a dependência em relação a mãe não me parece argumento sólido para justificar ausência de direito a ser tutelado, uma vez que na medicina, são raros os casos com sucessos de nascimentos prematuros com menos de cinco meses de gestação, ou seja, utilizando-se o mesmo critério do voto, se estaria igualmente a permitir o aborto para casos além dos três meses de gestação.

De qualquer forma, o papel do Supremo Tribunal Federal neste caso se assemelha ao ideal do Juiz Hércules defendido por Dworkin, uma vez que buscou defender os direitos intrínsecos da vida das mulheres, agredidos pela criminalização, mesmo que tecnicamente o *habeas corpus* não se prestasse para este fim, apresentando ao caso a melhor solução possível, que certamente servirá de parâmetro para o julgamento do caso, que como dito, será levado ao tribunal do júri sem data marcada até o presente momento.

O ativismo judicial se faz latente justamente neste ponto, vez que o acórdão apresentou entendimento gratuito sobre o tema, que não gerou sequer efeitos sobre os interessados, como dito, sequer absolvidos foram, mas aponta uma luz para onde se quer, ou se deve chegar, já que é evidente que toda a defesa seguirá este raciocínio, assim como futuras decisões sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diferentemente dos casos considerados como fáceis encontradas as premissas, o Juiz, utilizando-se de dedução silogística, pode chegar a uma solução satisfatória e facilmente aceitável, os *hard cases* se configuram quando dentro do ordenamento jurídico, não se encontram norma aplicável, ou quando existir mais de uma norma aplicável, ou ainda, quando a solução encontrada causar extrema estranheza aos costumes e coletividade.

Dworkin defendeu que para os *hard cases* deverá o julgador se pautar em argumentos de princípio, e como exposto, foram os argumentos de princípios que formaram a base do voto no sentido de descriminalizar o aborto realizado com consentimento da gestante até o terceiro mês de gravidez.

Todavia, como visto, os argumentos de política também se mostram suficientes para se justificar o ativismo, porque também visam garantir direitos fundamentais, mas em uma esfera coletiva.

O julgamento abordado no presente estudo é sem sombra de dúvidas um *hard case*, haja vista que apresenta decisão controversa do ponto de vista da sociedade, visando garantir os interesses dos envolvidos com base em princípios norteadores da constituição, mesmo que a decisão não seja bem recebida por todas as esferas da sociedade.

Entretanto, ainda que a decisão possua papel de extrema relevância e que tecnicamente tenha razão, inclusive em seu mérito, considerando uma visão “dworkiana”, o certo é que o ativismo judicial deve ser considerado com cautela, mas que sem sombra de dúvidas, apresenta papel importantíssimo na defesa da democracia e da consolidação dos direitos fundamentais gestados, realizado pelos próprios julgadores.

O Juiz Hércules, assim podemos dizer, em uma permanente interpretação construtiva da lei, deve enxergar o Direito a ser aplicado em um certo caso concreto, especialmente quando se tratar dos casos complexos que não são previstos por uma determinada norma específica, ou mesmo que esta decisão venha contrariar o senso popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial, e Legitimidade Democrática**. (Syn)Thesis, v. 5, n. 1, 2012. ISSN 2358-4130. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> - acesso em 13 de nov. de 2019.

Decreto-Lei nº 2.848/49 (Código Penal).

Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUIMÓN, Paulo. **A Irlanda enfrenta o seu último tabu: o aborto**. El País. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/23/internacional/1527101735_801848.html>

RAMOS. Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICHTER, André. **Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime**. Agência Brasil, Brasília, 29 de nov. de 2016.

Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>> - acesso em 12 de nov. de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 124.306 – Rio de Janeiro. 1ª Turma, Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Dje: 17/03/2017.