

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ELISA MARIA DE MORAES SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL E A ADPF 442: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL**

VITÓRIA
2024

ELISA MARIA DE MORAES SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL E A ADPF 442: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Faculdade de Direito de Vitória, como requisito
parcial para a aprovação na disciplina Projeto
de Conclusão de curso.

Orientador: Prof. Dr. Diego Pimenta Moraes.

VITÓRIA

2024

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que versa sobre a descriminalização do aborto no Brasil até a 12ª semana de gestação. O propósito central é avaliar de que maneira o fenômeno do ativismo judicial pode influenciar a análise jurídico-constitucional de uma questão de elevada sensibilidade e controvérsia como a descriminalização do aborto.

Ao longo da pesquisa, serão analisados os principais argumentos jurídicos e sociais apresentados durante o julgamento da ADPF 442, além de explorar o papel do STF na proteção dos direitos fundamentais, enquanto sua função primordial de “guardião da Constituição”.

Dessa forma, o estudo visa avaliar se a intervenção do STF na ADPF 442 configura uma ação legítima, que reafirma a função do Judiciário na proteção de direitos fundamentais, ou se, ao contrário, representa um risco ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: ativismo judicial; direitos fundamentais; aborto; ADPF 442.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	4
2 O ABORTO.....	8
3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO.....	10
4 JUDICIALIZAÇÃO DO ABORTO.....	13
5 O CASO DA ADPF 442.....	20
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

Do ponto de vista médico, o aborto é definido como a expulsão do produto da concepção que ocorre até a 22ª semana de gestação, quando o feto ainda pesa menos de 500 gramas. Esse conceito é mundialmente aceito pela medicina e foi construído tendo por base a impossibilidade de um feto sobreviver fora do útero materno. Em que pese essa definição, o Código Penal Brasileiro criminaliza a prática do aborto provocado sem fazer alusão à idade gestacional, sendo portanto proibido em qualquer estágio da gravidez.

A discussão em torno do aborto gera muita controvérsia no Brasil e no mundo, tendo em vista uma série de aspectos jurídicos, éticos, sociais e religiosos que permeiam o tema. Enquanto alguns defendem a legalização dessa prática independente dos motivos que levam a mulher a tomar essa decisão, outros defendem o direito de abortar apenas em caso de estupro, de feto anencéfalo, de risco de vida para a gestante ou, ainda, rejeitam a possibilidade sob qualquer hipótese.

Em 2017, em meio ao conflito de opiniões entre parcelas mais conservadoras e parcelas mais liberais da sociedade, esse tema chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) sob a forma de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 442), como uma iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em conjunto com a Anis - Instituto de Bioética. A ação em questão tem por objetivo a descriminalização do aborto no Brasil até a 12ª semana de gestação, entendendo pela não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam a prática. No entanto, essa ação tramita na Suprema Corte há mais de 7 anos e até o momento conta apenas com o voto da ministra Relatora Rosa Weber, que se aposentou no final do ano de 2023. Na sequência, o próximo a votar será o Ministro Luís Roberto Barroso, mas este pediu destaque, o que interrompe o julgamento até que seja definida uma nova data para dar continuidade.

Nesse contexto, cabe atrelar a ADPF 442 à prática do Judiciário chamada de “ativismo judicial”, que diz respeito à tomada de decisões que extrapolam a mera aplicação da lei, na medida em que os juízes se valem de interpretações amplas e extensivas dos textos constitucionais para justificar as suas decisões. Essa junção

entre os dois temas é importante porque o ativismo judicial dos ministros do STF é determinante na análise de temas que possuem grande relevância e impacto na ordem jurídica e social brasileira, como é o caso da ADPF 442.

Fato é que existem opiniões fortes no sentido de que a ADPF seria um instrumento para driblar a tripartição de poderes e o processo legislativo, como um nítido ataque ao Estado Democrático de Direito. Isso porque, para os críticos, mudanças tão significativas como a questão do aborto deveriam ser decididas pelo Congresso Nacional, onde há representantes eleitos diretamente pelo povo. Assim, surge o questionamento quanto à legitimidade dos ministros do STF, que não foram eleitos democraticamente, para decidir sobre o tema da ADPF 442. Para alguns, essa situação seria extremamente antidemocrática, pois envolve a decisão sobre um tema profundamente atrelado à moral.

Por outro lado, há quem acredite que cabe à Corte analisar a compatibilidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal com o princípio da dignidade humana, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, uma vez que o STF é o "guardião da Constituição". Conforme Adriano Pedra (2018, p.09):

[...] A dignidade humana como um valor constitucional é o fator que une os direitos humanos como um todo. Ela garante a unidade normativa dos direitos humanos, que pode ser expressa de três modos: em primeiro lugar, o valor da dignidade humana serve como uma base normativa dos direitos estabelecidas na Constituição; em segundo, serve como um princípio de interpretação para a determinação do alcance dos direitos constitucionais, incluindo o direito à dignidade humana; em terceiro, o valor da dignidade humana tem um importante papel na limitação de direitos constitucionais [...].

Nessa linha, invoca-se este princípio, consagrado no Art. 1º, inciso III, da CF/88, como um dos pilares fundamentais que orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Considerando que o Código Penal vigente é de 1940, na perspectiva dos autores da ADPF 442 essa legislação não estaria de acordo com os valores contemplados pela CF/88, motivo pelo qual deve ser modificada na parte que versa sobre o aborto.

Considerando o panorama apresentado, este estudo visa adentrar especificamente no caso da ADPF 442, tendo em vista que a principal controvérsia apresentada ao STF no julgamento em questão refere-se à sua legitimidade para decidir sobre o

assunto. Esse debate jurídico demonstra-se propício e crucial, na medida em que a ADPF 442 ainda está pendente de julgamento, o que torna essa discussão extremamente atual e necessária. Soma-se a isso o fato de que, indubitavelmente, o aborto é um assunto de relevante interesse nacional, basta observar o quanto gera polêmica entre a sociedade brasileira.

Assim, cabe apontar a importância social da discussão sobre o aborto como um tema que suscita o debate sobre direitos reprodutivos do sexo feminino, na medida em que traz à tona tópicos como o direito de autodeterminação das mulheres sobre seus próprios corpos e desigualdade de gênero. Ademais, a relevância de uma pesquisa que discute o papel e a responsabilidade do Judiciário, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, é inegável. Isso porque, nessa forma de organização estatal, a separação dos poderes exerce uma função fundamental para a garantia do sistema basilar de uma democracia, já que é responsável por delimitar as funções de cada um dos poderes constituídos. Acrescenta-se a isso, o fato de que os valores constitucionais invocados neste tema também são imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, discutir as opiniões controversas sobre a intervenção do STF no âmbito de ADPFs pode ser útil também a outros temas. Ao examinar o ativismo judicial nas ADPFs, abre-se a possibilidade de explorar questões mais amplas que afetam diretamente a jurisprudência e a interpretação constitucional no país. Por exemplo, preceitos constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à saúde, à liberdade e à igualdade, podem ser abordados a partir dessa perspectiva. Além disso, indubitavelmente esse debate envolve o princípio da separação dos poderes e o papel do Judiciário na proteção de direitos civis. Por isso, uma análise do ativismo judicial nas ADPFs pode ter repercussões significativas em uma variedade de questões constitucionais e jurídicas, ampliando assim o impacto e a relevância desse debate para além do escopo específico da ADPF 442.

Logo, para responder a problemática exposta, será adotado o método dedutivo, que parte de teorias gerais para chegar a conclusões particulares tendo por base o raciocínio lógico. Em um primeiro momento, é preciso analisar os argumentos a

favor e contra a atuação do STF em julgamentos de ADPF, para posteriormente confrontar ou confirmá-los a partir de um viés jurídico-constitucional, dando especial atenção aos princípios e direitos fundamentais previstos pela CF/88. Essa análise, inevitavelmente, precisa considerar os limites do ativismo judicial no Brasil e aplicá-los ao caso específico da ADPF 442. Com isso, busca-se avaliar se o ativismo judicial dos ministros do STF pode prejudicar uma análise jurídico-constitucional sobre a descriminalização do aborto no Brasil.

2 O ABORTO

De acordo com o Ministério da Saúde (2011, p. 29), o abortamento é definido como a interrupção da gravidez que ocorre até a 20^a ou 22^a semana de gestação, momento em que o feto ainda pesa menos de 500 gramas. O termo "aborto", por sua vez, refere-se ao produto da concepção que é expelido durante esse processo de abortamento, podendo ser espontâneo ou induzido. Enquanto o primeiro alude à perda natural da gravidez, sem interferências externas, o aborto induzido é um ato voluntário, motivado pelo desejo de interromper a gestação.

Nesse contexto, as razões que podem levar a um aborto são diversas, a depender do contexto e das circunstâncias. Por isso, utilizamo-nos do pensamento de Lorena Ribeiro de Moraes (2008, p. 50), para classificar as espécies de aborto em quatro categorias: natural, acidental, criminoso e legal. Cada uma dessas categorias possui particularidades e implicações que merecem especial atenção, considerando suas especificidades e o impacto que têm sobre a vida das mulheres.

O aborto natural é caracterizado pela interrupção espontânea da gravidez que ocorre devido a fatores biológicos, como problemas de saúde materna ou anomalias no desenvolvimento fetal. Essas interrupções podem ser emocionalmente desafiadoras para as mulheres e muitas vezes são acompanhadas por uma sensação de perda. Por outro lado, o aborto acidental resulta de incidentes inesperados, como traumatismos, quedas ou outras situações que comprometem a continuidade da gestação. Esses eventos podem ocorrer em qualquer momento da gravidez e, muitas vezes, são inevitáveis.

Em contrapartida, o aborto criminoso é aquele realizado em desacordo com as leis vigentes, quando a gravidez é indesejada e por isso decide-se por interrompê-la. Frequentemente, esse tipo de aborto está associado a práticas inseguras, que podem colocar em perigo a vida e a saúde da mulher. Nesse sentido, importa dizer que a gravidade das complicações clínicas decorrentes de um aborto induzido está diretamente relacionada ao tipo de procedimento realizado, na medida em que, conforme o Conselho Federal de Medicina (2000, p. 02):

[...] o aborto provocado por métodos não apropriados ou realizados em condições de risco sem as devidas condições e cuidados de assepsia e antisepsia como uso de sondas, agulhas de tricô, etc, evoluem muitas

vezes com septicemia, podendo haver falência de múltiplos órgãos decorrentes da infecção uterina grave e se medidas urgentes médicas e/ou cirúrgicas não forem adotadas tempestivamente, a evolução para o óbito materno é uma consequência provável. [...]

Por isso, tendo em vista os riscos à saúde da mulher, é importante mencionar que o aborto criminoso pode gerar penalidades legais não apenas para a gestante, mas também para aqueles que corroboraram para esse resultado.

Já o aborto legal ocorre em conformidade com a legislação, sendo permitido em situações específicas, como risco de vida da gestante, anencefalia do feto ou gravidez resultante de estupro. Nesses casos, o legislador considera, à luz do sopesamento de direitos, que outros bens jurídicos, como a proteção da saúde da mulher e o direito à dignidade, devem prevalecer sobre a continuidade da gestação. Essa abordagem reflete a busca por um equilíbrio justo entre os direitos envolvidos, reconhecendo a complexidade das situações enfrentadas pelas mulheres.

Desse modo, saber diferenciar as espécies de aborto é fundamental para o debate sobre as questões éticas, sociais e legais que envolvem o tema, sobretudo porque as repercussões são diferentes para cada tipo de aborto. Com isso, trazem consigo implicações distintas não apenas no âmbito da saúde da mulher, mas também em relação à sua condição social e contexto legal em que está inserida.

3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO

Os dispositivos legais que regulam o aborto no Código Penal brasileiro estão localizados entre os artigos 124 e 128, de modo que o primeiro artigo desse conjunto trata da pena para a gestante, que pode ser de um a três anos de detenção, desde que o aborto tenha sido provocado por si mesma ou com o seu consentimento. Já o aborto provocado por terceiro possui uma pena maior, de três a dez anos de reclusão, quando é feito sem o consentimento da gestante (Art. 125, CP), e de um a quatro anos de reclusão quando é feito com o seu consentimento (Art. 126, CP). Nessa linha, importa dizer que, conforme Rogério Greco (2023, p.115),

Os crimes de autoaborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante somente podem ser praticados a título de dolo, seja ele direto ou eventual, isto é, ou o agente dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar a morte do óvulo, embrião ou feto, ou, embora não realizando um comportamento diretamente a este fim, atua não se importando com a ocorrência do resultado.

Portanto, em razão da ausência do elemento dolo, não se penaliza o aborto culposo no Brasil, por ocorrer sem a intenção de causar a morte. Além disso, importa dizer que a legislação penal também prevê, em seu Art. 127, o aborto sob a forma qualificada, hipótese em que a pena do terceiro que provocou o aborto é aumentada de um terço se a gestante sofre lesão corporal grave em razão do aborto ou dos meios empregados para a sua execução, ou ainda duplicada se qualquer dessas causas resultar em sua morte.

Em contrapartida, no que se refere às situações em que o aborto é permitido, existem apenas duas previstas no Código Penal, em seu artigo 128 (BRASIL, 1940, grifo do autor):

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Percebe-se, com a leitura desse artigo, que a legislação brasileira estabelece restrições rigorosas à prática do aborto, limitando-se a circunstâncias específicas

que refletem a proteção da vida da gestante e o respeito à sua autonomia em casos de violência. Nestes casos, pode-se dizer que ocorre o sopesamento de direitos, buscando um equilíbrio entre a proteção da vida e os direitos da mulher. Especificamente quanto ao aborto necessário, como bem preconiza Rogério Greco (2023, p. 121),

Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário. Isso porque, segundo se deduz da redação do inciso I do art. 128 do Código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista. A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto. Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade [...].

Este estado de necessidade, mencionado por Greco, é o que justifica o aborto necessário. Com isso, estamos diante de uma situação que pode ser interpretada como uma causa de exclusão da ilicitude, uma vez que a interrupção da gravidez é realizada com o objetivo de proteger a saúde da gestante e evitar consequências fatais. Essa perspectiva ressalta a necessidade de considerar o contexto em que o aborto ocorre, reconhecendo a complexidade das questões éticas e legais envolvidas, e enfatiza a importância de uma abordagem que priorize a vida e a saúde da mulher.

Por outro lado, no que concerne à gravidez resultante de estupro, afirma Anibal (apud GRECO, 2023, p. 121) que não se trata tão somente de um estado de necessidade, pois

Em verdade, a questão aí está muito aquém do caso em que se trata de preservar a vida da mulher. Dificilmente se poderia reduzir a hipótese a um estado de necessidade. Mas razões de ordem ética ou emocional que o legislador considerou extremamente ponderáveis têm introduzido essa discriminante em algumas legislações, atitude incentivada por episódios graves que realmente reclamavam medidas de exceção.

Ou seja, no caso da gravidez resultante de estupro, entende-se que o legislador optou por privilegiar a honra e os aspectos psicológicos da mulher violentada, ao lhe conferir a possibilidade de interromper a gravidez. Essa decisão do legislador reflete uma compreensão do impacto devastador que um estupro tem na vida da vítima, reconhecendo que a experiência de violência sexual não se limita ao ato em si, mas se estende a profundas consequências emocionais e sociais. Assim, não seria

prudente obrigar uma mulher a aceitar uma maternidade indesejada, fruto de um crime tão bárbaro e repugnante. O reconhecimento da gravidade desse tipo de violência implica a necessidade de respeitar a autonomia da mulher, permitindo que ela faça escolhas que levem em conta seu bem-estar físico e mental, sem ser forçada a viver uma situação que reforce ainda mais seu sofrimento.

Portanto, enquanto na hipótese de gravidez resultante de estupro o sopesamento de direitos se dá em razão dos aspectos psicológicos da mulher violentada, no caso da gravidez com risco de vida para a gestante busca-se a tutela de sua saúde física. Em ambos os casos, a legislação reconhece a importância de preservar a dignidade da mulher e a necessidade de garantir a sua segurança e bem-estar. No entanto, é preciso ressaltar que se tratam de situações extremas e, atualmente, ocorre uma crescente demanda para que outros direitos sejam tutelados, o que reflete uma abordagem mais abrangente e sensível à proteção dos direitos reprodutivos.

4 JUDICIALIZAÇÃO DO ABORTO

Conforme o parecer do Conselheiro Cristiano Fernando Rosas, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (2000), a medicina entende que o aborto pode ocorrer até a 20^a ou 22^a semana de gestação. Apesar disso, a legislação penal brasileira não faz alusão à idade gestacional, o que significa dizer que a morte provocada do feto poderá ser penalizada em qualquer estágio da gravidez. Como salienta Rogério Greco (2023, p. 109),

Talvez o aborto seja uma das infrações penais mais controvertidas atualmente. Nosso Código Penal não define claramente o aborto, usando tão somente a expressão provocar aborto, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão.

Nesse sentido, restam dúvidas quanto ao que exatamente constitui “provocar aborto” e até qual estágio da gravidez essa prática é considerada aborto. A falta de uma definição precisa leva a diferentes interpretações na jurisprudência, resultando em uma insegurança jurídica que pode afetar tanto profissionais da saúde quanto mulheres que buscam informações sobre seus direitos. Essa situação é agravada pelo fato de que a legislação que regula o aborto no Brasil remonta a 1940, uma época em que as condições sociais, culturais e científicas eram radicalmente diferentes das atuais.

Assim, a obsolescência da legislação penal tem levado a constante judicialização do tema. Há um crescente entendimento de que a lei penal tornou-se insuficiente frente aos avanços sociais e das mudanças nas percepções sobre os direitos reprodutivos e a autonomia feminina. Mais de 80 anos após a promulgação do Código Penal, é evidente que a sociedade evoluiu, e a legislação deve acompanhar essa transformação para refletir a realidade contemporânea.

Portanto, torna-se imperativo que a legislação se adeque ao novo cenário existente, de modo a refletir a realidade contemporânea e a complexidade das questões que envolvem a saúde e os direitos das mulheres. A falta de atualização normativa não apenas perpetua a insegurança jurídica, mas também limita o exercício pleno da cidadania e a proteção dos direitos humanos, reforçando a necessidade urgente de um debate amplo e inclusivo que leve em consideração todas as partes envolvidas.

Dentre as ações que levaram à constante judicialização do tema aborto, merece destaque a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Essa ação foi proposta ao STF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 2004, com o apoio da Anis - Instituto de Bioética. O objetivo era discutir a constitucionalidade da proibição do aborto em casos de anencefalia, considerando que (FERNANDES; XAVIER; SÃO BENTO; RODRIGUES, p.430)

A anencefalia é uma malformação caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo, sendo esta última a forma mais comum; ela é incompatível com a vida extrauterina, sobrevivendo o feto somente por horas ou dias após o parto. [...] Deparar-se com o diagnóstico de um filho incompatível com a vida extrauterina leva os pais a enfrentarem grande sofrimento e intensas vivências emocionais, além de complicações de saúde na gestante, como hipertensão arterial, gravidez prolongada, polidramnia, entre outros.

Nesse sentido, dar seguimento a gravidez de um feto anencéfalo pode ser muito desafiador para a gestante, pois, além de intensificar o sofrimento emocional e psicológico dos pais, também expõe a mulher a riscos à sua saúde física e mental. Por isso, a possibilidade de interromper a gravidez deve ser considerada não apenas uma questão de saúde, mas também um direito da mulher de tomar a melhor decisão para o seu corpo e sua vida.

Foi nesse contexto que a ADPF 54 se tornou um marco ao decidir que, para além das previsões do Código Penal, a interrupção da gestação nos casos de anencefalia também não configura crime, reforçando a necessidade de proteção à saúde e à dignidade da mulher nessas circunstâncias. A decisão da Suprema Corte de 2012, que declarou a inconstitucionalidade da proibição do aborto nos casos de anencefalia, fundamentou-se na inviabilidade da vida extrauterina do feto, e ressaltou que a continuidade da gestação nessas circunstâncias poderia causar sofrimento à mulher, violando sua dignidade.

Ademais, a decisão estabeleceu que a interrupção da gravidez não requer autorização judicial, garantindo às mulheres o direito de optar por essa medida de forma mais ágil e acessível. Assim, a ADPF 54 ficou marcada como um significativo progresso nas discussões sobre direitos reprodutivos no Brasil, refletindo uma evolução na compreensão das questões de saúde das mulheres. Essa decisão gerou debates significativos sobre ética, moralidade e a autonomia feminina,

estimulando uma reflexão mais profunda sobre os direitos das mulheres em contextos de vulnerabilidade.

No entanto, é preciso ressaltar que, embora a ADPF 54 seja vista como um avanço na efetivação dos direitos reprodutivos das mulheres, de acordo com Lúcia Gonçalves de Freitas (2018, p.12),

[...] a perspectiva de descriminalização do aborto, uma célebre reivindicação feminista, e que é tangenciada ao longo de todo o texto decisório, não é enfrentada na ADPF 54. Ao contrário, houve um esforço textual muito empenhado em evidenciar que a decisão restringia seu alcance, exclusivamente, aos casos de gravidez de anencéfalos e que estava excluída do pleito qualquer consideração sobre o direito das mulheres de, por livre escolha, interromper gestações.

Assim, a decisão da Corte em relação à ADPF 54, embora represente um avanço significativo no debate sobre a descriminalização do aborto no Brasil, não trata de maneira direta sobre essa possibilidade. Essa abordagem revela um paradoxo interessante: ao buscar atender a uma demanda pertinente à luta feminista, a Corte acaba, em certa medida, silenciando a questão fundamental da autonomia da mulher no que diz respeito ao aborto voluntário. Para exemplificar, Freitas (2018, p.24) cita o ministro Luis Roberto Barroso:

[...] não falar em aborto para aprová-lo foi uma das estratégias discursivas usadas no acórdão. Em substituição, a Corte adotou a estrutura nominal antecipação terapêutica do parto, criando um jogo de significados estabelecido ainda na petição inicial, proposta pelo atual ministro do STF, Luis Roberto Barroso, à época o advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Por um recurso retórico bastante instrumental, Luis Roberto Barroso, logo na nota prévia da petição, declara: “antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo não é aborto”.

Essa omissão, além de afastar a verdadeira extensão dos direitos reprodutivos, também evidencia a necessidade de um diálogo mais profundo e aberto sobre a capacidade das mulheres de tomar decisões sobre seus próprios corpos. Ao desconsiderar a autonomia feminina, a decisão pode, imprudentemente, perpetuar uma narrativa que reforça estigmas sociais, os quais são prejudiciais à luta por direitos reprodutivos. Portanto, a decisão da ADPF 54 foi importante, mas é preciso expandir para realmente avançar na discussão sobre a autonomia reprodutiva das mulheres.

Nesse contexto, outra manifestação relevante ao tema é o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus (HC) 124.306. O caso em questão envolve a

formação de uma quadrilha que operava uma clínica clandestina destinada à prática de aborto com o consentimento das gestantes. A discussão gira em torno da concessão da liberdade aos impetrantes, que alegam a ilegalidade da prisão cautelar. Nesta ação, o voto do ministro merece destaque por trazer uma reflexão importante em relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Ele defende que uma interpretação conforme a CF/88 exclui a interrupção voluntária da gestação realizada no primeiro trimestre do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 do Código Penal, que criminalizam o aborto. Em um trecho retirado de seu voto no HC 124.306, Barroso defende o seguinte (2016, p. 01):

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.

Portanto, dessa vez, pode-se dizer que o ministro adotou uma postura mais branda e incisiva na luta pelos direitos reprodutivos femininos, na medida em que tratou da descriminalização do aborto como um todo, sem limitá-la aos casos de estupro ou risco de vida para a gestante. Ao reconhecer que a criminalização do aborto impacta diretamente na dignidade da mulher e em sua capacidade de decidir sobre sua própria vida, o ministro sinaliza uma mudança de paradigma que pode influenciar futuras decisões judiciais e a construção de políticas públicas mais justas e inclusivas.

Essa mudança de perspectiva culminou na decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao HC 124.306, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, proferida em 2016, que foi favorável ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso. O tribunal reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal que criminalizam a prática do aborto, defendendo a descriminalização do procedimento no primeiro trimestre da gestação. Essa posição foi fundamentada na proteção dos direitos à autonomia do corpo feminino e da gestante, reafirmando a importância dos direitos reprodutivos na construção de uma sociedade mais igualitária.

Nesse cenário, é preciso mencionar ainda a Portaria de Consolidação nº 5/2017 do Ministério da Saúde (2017), que considerou inconstitucional a exigência de boletim

de ocorrência para a realização de aborto, quando a gravidez é resultante de estupro, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa determinação se baseia na defesa do direito da mulher de interromper a gravidez sem a necessidade de um registro que a obrigaria a reviver traumas associados ao ocorrido. Assim, a medida visa garantir o acesso à saúde de forma mais humana e sensível, promovendo um ambiente em que as mulheres possam receber o atendimento necessário sem o peso de um processo burocrático que possa reviver a dor de experiências traumáticas. Essa abordagem representa um avanço significativo na defesa dos direitos das mulheres, na medida em que reafirma a necessidade de um sistema de saúde que promova a dignidade e o respeito às vítimas de estupro.

Com isso, a mulher que foi vítima de estupro e deseja interromper a gravidez pode buscar atendimento médico pelo Sistema Único de Saúde, independentemente de autorização judicial ou registro policial. Além disso, o Código Penal prevê expressamente que não se pune o aborto praticado por médico “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940). Isso evidencia que a preocupação com a vítima foi colocada em primeiro plano, com o objetivo de assegurar que a mulher tenha acesso aos cuidados médicos adequados e ao apoio emocional necessário, diante de uma situação que pode gerar graves transtornos mentais.

Portanto, ante o reconhecimento de que o aborto nessa situação seria plenamente justificável, o legislador optou por não penalizar os envolvidos, desde a mulher até os profissionais da saúde responsáveis pelo procedimento. Nesse ponto, é importante destacar que o Código Penal de 1940 já contemplava a legalidade do aborto em casos de gravidez resultante de estupro, assim como também já permitia a interrupção da gestação em casos de risco à vida da gestante, situação referida como “aborto necessário” pelo legislador. Com isso, é certo dizer que essas disposições legais já reconheciam, desde então, a complexidade das circunstâncias que envolvem a gestação e a saúde da mulher.

Contudo, ainda é necessário refletir sobre a adequação da legislação penal atual frente às novas demandas sociais e aos avanços nos direitos reprodutivos. Isso porque, a evolução da sociedade, a crescente valorização da autonomia da mulher e

os debates sobre saúde pública exigem uma revisão crítica das normas existentes, visando garantir que a legislação acompanhe as realidades contemporâneas e proteja os direitos das mulheres de forma mais ampla e eficaz. Assim, a discussão sobre a obsolescência das leis frente aos avanços da sociedade brasileira torna-se crucial para promover um sistema de justiça mais justo e humanizado.

Ademais, apesar de o aborto legal ter previsão na legislação brasileira desde o Código Penal de 1940, ainda persiste, nos dias atuais, uma significativa resistência à aplicação da lei. Um exemplo disso ocorreu em Santa Catarina, onde uma menina de apenas 11 anos, vítima de estupro de vulnerável, teve seu direito ao aborto legal impedido pela juíza Joana Ribeiro Simmer, muito embora a mãe da criança tenha entendido que seria o melhor a se fazer. A magistrada argumentou que o aborto só poderia ser realizado se a gestação estivesse abaixo de 22 semanas ou se o feto pesasse menos de 500 gramas, baseando-se em uma interpretação médica restritiva.

No entanto, como já fora mencionado, a legislação brasileira não estabelece um prazo específico para a realização do aborto legal, ficando sobre a responsabilidade do representante legal da criança decidir sobre a solicitação do procedimento. Isso se deve ao entendimento de que uma pessoa menor de 14 anos não possui o discernimento necessário para consentir com a prática de atos sexuais, e muito menos para compreender plenamente as consequências de uma gravidez. Nesse contexto, a decisão da juíza de manter a menina em um abrigo gerou intensas críticas, pois foi interpretada como uma manobra para obstruir o acesso ao aborto, que deveria ser um direito incontestável neste caso.

Com isso, observa-se que, além dos desafios para adequar a legislação penal atual frente às novas demandas sociais relacionadas aos direitos reprodutivos, é preciso enfrentar também os desafios que concernem a aplicação efetiva da lei, visto que muitas vezes não são colocadas em prática em sua literalidade. Isso pode ser explicado pelo fato de que o aborto é um tema que divide opiniões e gera intenso debate, refletindo divergências culturais, religiosas e éticas que se entrelaçam com questões de saúde pública. Essa divisão não apenas dificulta a construção de um consenso social, mas também cria barreiras que comprometem o acesso a serviços de saúde essenciais, impactando diretamente a vida de muitas mulheres.

Evidentemente, a transformação desse cenário exige um esforço abrangente e multidisciplinar, que envolva a revisão crítica das políticas públicas, a educação e conscientização da sociedade, bem como o fortalecimento das redes de apoio e assistência às mulheres, a fim de garantir que seus direitos reprodutivos sejam respeitados e efetivamente implementados.

5 O CASO DA ADPF 442

Salvo nas hipóteses específicas de anencefalia, gravidez resultante de estupro ou risco de vida para a gestante, o aborto é expressamente proibido no Brasil, o que reflete uma legislação que é ainda bastante restritiva. Nas palavras de Vladimir Polízio Júnior (2015, p. 166),

A restrição ao aborto voluntário não se sustenta pela análise de sua constitucionalidade, porque fulmina direitos humanos fundamentais da mulher, que deve ser livre para decidir sobre sua sexualidade e reprodução, e, mais importante, de não ser prejudicada na busca de sua felicidade. A criminalização a torna refém de uma gravidez indesejada, transformando-a em mero objeto cujo escopo é dar à luz uma vida não querida e não amada.

Assim, para além dos direitos conquistados, discute-se o direito de abortar como um direito reprodutivo do sexo feminino, a partir de uma perspectiva de que as mulheres deveriam ter a liberdade de decidir sobre os seus próprios corpos. A liberdade de escolha, nesse sentido, é considerada essencial não apenas para a proteção da saúde física da mulher, mas também para assegurar seu bem-estar emocional, especialmente em situações de violência, escassez de recursos ou circunstâncias que comprometem sua qualidade de vida.

Foi nesse contexto que a ADPF 442 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal em 2017, por iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o objetivo de descriminalizar o aborto no Brasil até a 12^a semana de gestação. Essa ação conta com a participação de mais de 50 entidades que atuam como *amicus curiae*, enriquecendo o debate por meio de suas opiniões antagônicas. Conforme Ezi Francisca da Silva Paulino (2019, p. 69),

Buscando uma aceção mais democrática da decisão judicial, é introduzido no ordenamento nacional o instituto do *amicus curiae* e das audiências públicas pela Lei nº 9.868/99, abrindo possibilidade para o Relator do processo permitir ao amigo da corte participar do debate ou convocar a audiência pública quando entender relevante.

Assim, além de evidenciar a complexidade da questão, as diferentes perspectivas desses grupos promovem uma reflexão aprofundada sobre o tema, contribuindo significativamente para o debate jurídico em torno da questão.

A interposição de uma ADPF exige a identificação de uma lei ou ato normativo do Poder Público que contraria preceitos fundamentais consagrados na Constituição

Federal. No caso específico da ADPF 442, são contestados os artigos 124 a 126 do Código Penal, ao fundamento de que esses dispositivos são incompatíveis com os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade (art. 5º, caput, CF/88), da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF/88), da saúde (art. 196, CF/88) e do planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88).

Além disso, a ação também ressalta a violação aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da cidadania (art. 1º, II, CF) e da promoção do bem de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, CF), o que justifica a interposição desta arguição. Nesse sentido, a petição que deu início à essa discussão ressalta o seguinte (2017, p. 05, grifo do autor):

Por dois métodos interpretativos enfrenta a inconstitucionalidade da criminalização do aborto: *primeiro*, percorre a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana por dimensões essenciais vinculadas a outros direitos constitucionais; *segundo*, pelo teste da proporcionalidade, demonstra como a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo e, além de não coibir a prática, não promove os meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto. **Os dois métodos interpretativos demonstram como a criminalização do aborto resulta em graves infrações de direitos fundamentais vinculados à violação da dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres.**

Portanto, esses dois enfoques corroboram para o entendimento de que, além de infringir direitos fundamentais, a criminalização do aborto revela-se ineficaz e não contribui para a educação da sociedade sobre a prevenção da gravidez. Em essência, não existe um objetivo constitucional legítimo que justifique tal criminalização. Isso fica evidenciado pelo fato de que, em vez de prevenir a prática do aborto, a criminalização leva as mulheres a buscar procedimentos inseguros, o que eleva significativamente os riscos de complicações de saúde e morte. Conforme Marcelli Cipriani (2016, p.132),

[...] existe violência física a partir da omissão pública: os riscos causados através da impossibilidade de busca legal e ampla, bem como de acompanhamento de saúde médico, seguro e popular são responsáveis pela morte e pelas sequelas físicas de milhares de mulheres brasileiras por ano – como, por exemplo, a conseqüente esterilidade causada por um aborto de risco malsucedido.

Ademais, a falta de políticas públicas que promovam a educação sexual e assegurem o acesso a métodos contraceptivos adequados perpetua uma abordagem punitiva que não resolve a questão da gravidez não planejada.

Por conseguinte, a petição inicial da ADPF 442 também destaca que a criminalização do aborto impacta desproporcionalmente mulheres negras, indígenas, nordestinas e em situação de pobreza. Essa realidade gera graves consequências para o projeto de vida dessas mulheres, que frequentemente enfrentam uma série de barreiras sociais e econômicas. Com isso, o aborto se torna um evento mais comum na vida daquelas que vivenciam maior vulnerabilidade social, o que revela a urgência de uma abordagem que considere as desigualdades estruturais que afetam esses grupos.

Ocorre que a ação foi protocolada em 2017 e ainda está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Em 2023, a Ministra Rosa Weber foi a primeira a proferir seu voto, manifestando-se a favor da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Esse voto, considerado um marco no debate, trouxe novas perspectivas à discussão. Após a manifestação da Ministra, o Ministro Luís Roberto Barroso solicitou o destaque do caso. Essa medida permite a retirada do processo da sessão virtual, garantindo que ele seja analisado em um ambiente presencial, onde os ministros poderão discutir e deliberar de forma mais aprofundada sobre essa questão que é tão relevante e sensível.

Nesse contexto, cabe citar o entendimento do próprio Ministro Luís Roberto Barroso (2012, p. 23), que enfatiza que o papel ativo da Suprema Corte não é um fenômeno exclusivo do Brasil, embora a situação brasileira se destaque por seu volume e extensão. Ele observa que:

Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.

Portanto, é pertinente destacar que a transparência nas deliberações do STF, conforme mencionado pelo Ministro Barroso, fortalece a legitimidade da instituição

perante a sociedade e contribui para um ambiente de controle social, onde a atuação do Judiciário fica sujeita à crítica e à análise pública. Assim, com o pedido de destaque feito pelo Ministro, que torna a sessão presencial, ocorre o reinício do julgamento, desconsiderando-se o voto já proferido.

Essa prática permite que os ministros reavaliem a questão sob uma nova perspectiva, mas também levanta preocupações sobre a confiança pública no sistema. Nesse contexto, torna-se imperativa a análise do voto da Ministra Rosa Weber em relação ao seu possível ativismo judicial. Isso porque, especialmente em temas de grande relevância social como o aborto, tal ativismo pode impactar a imparcialidade dos julgadores. Portanto, uma análise cuidadosa de seu voto é fundamental para entender as potenciais repercussões dessa decisão na jurisprudência e na sociedade como um todo.

Nesse ponto, é crucial reconhecer que a discussão sobre a descriminalização do aborto não se limita a questões jurídicas, mas também envolve aspectos éticos, morais e sociais que impactam diretamente na vida das mulheres. Portanto, a forma como os ministros se posicionam em relação a essas questões pode ter repercussões significativas para a justiça social e os direitos humanos no Brasil. Dessa forma, a análise do voto da Ministra se torna um elemento central para garantir que o julgamento transcorra de maneira justa e equitativa, respeitando os princípios fundamentais que regem o Estado democrático de direito.

De início, é importante destacar que a Ministra organizou seu voto em duas partes. A primeira se concentra na análise dos requisitos de admissibilidade e na legitimidade do STF para processar a demanda, enquanto a segunda parte aborda o mérito da questão. Especialmente quanto à competência do STF para discutir o tema, Rosa Weber enfatiza a importância de uma instituição imparcial e não eleita na resolução de conflitos relacionados à interpretação e aplicação da Constituição. Ela argumenta que a legislação por si só é insuficiente para assegurar sua obrigatoriedade universal, uma vez que o significado das normas pode ser contestado tanto em situações concretas quanto em contextos abstratos, devido à indeterminação que caracteriza os textos normativos.

Isso ocorre porque, além dos textos normativos não terem natureza unívoca, há uma necessidade de aplicação a casos concretos. A interpretação constitucional transcende a mera letra da lei, considerando o contexto e as circunstâncias específicas de cada caso. Nesse ponto, cabe apontar que, conforme leciona Elival Silva Ramos (2015, p. 173), “Se toda atividade interpretativa é, ao menos em parte, cognoscitiva, há que se guiar por métodos que permitam uma justificação racional e, nessa medida, controlável do trabalho do intérprete”.

Dessa forma, o intérprete da Constituição não pode se limitar a uma aplicação mecânica da norma, mas, ao contrário, deve adotar uma abordagem crítica que considere a dinâmica social, política e histórica em que as normas estão inseridas. Nessa perspectiva, Ciro di Benatti Galvão (2015, p. 91) sustenta o seguinte entendimento:

Crê-se que, se uma postura de autocontenção extrema é adotada, fatalmente predispõe-se a dizer o direito somente a partir de normas detentoras de certo grau de concretude prévia, apta a se enquadrar ao problema, na expectativa de evitar o comprometimento do sistema jurídico como se somente assim ele fosse constituído e compreendido. Mas o direito não é conhecido, apenas, pelo que está posto ou positivado. Muitas vezes, a norma de decisão far-se-á mediante aplicação de dispositivos normativos, que passam a obter concretude a partir da análise do contexto que envolve o problema carecedor de solução jurídica, mediante a intervenção de intérpretes devidamente autorizados pelo próprio texto constitucional. É sabido que o ordenamento jurídico caracteriza-se não apenas por dispositivos normativos previamente prontos para serem aplicados, mas também, por conceitos normativos mais genéricos, fluidos e com maior capacidade de adaptação contextual, a exemplo dos princípios jurídicos [...]. Assim, em muitos casos, a adoção de uma postura jurisdicional menos autocontida revela-se mais indicada e, talvez, mais exitosa, de acordo com a complexidade apresentada pelo problema ao Poder Judiciário, justamente para dar concretude a normas de caráter constitucional mais genérico ou fluido, igualmente detentoras de importância e, portanto, carecedoras de efetividade prática.

Esse é um processo que envolve a ponderação entre os valores e os princípios constitucionais que formam a ordem jurídica, bem como as necessidades de uma sociedade em constante transformação. No entanto, é preciso reforçar que a atividade interpretativa deve ocorrer de forma coerente com o ordenamento jurídico, respeitando seus princípios fundamentais e garantindo que as decisões judiciais estejam alinhadas com os preceitos da Constituição. O intérprete deve, assim, buscar um equilíbrio entre a estabilidade das normas, que garante a previsibilidade e continuidade do direito, e a flexibilidade necessária para adaptar as normas ao

contexto fático, atendendo às mudanças sociais sem comprometer a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Ministra enfatizou em seu voto que, não obstante a competência do Congresso Nacional para legislar sobre a questão do aborto, o Poder Judiciário detém a competência delegada pela Constituição para enfrentar qualquer questão jurídica a ele apresentada sobre lesão ou ameaça a direitos. Isso porque, conforme o art. 5º, inciso XXXV da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, essa responsabilidade cabe à Suprema Corte. Assim, compete-lhe zelar pela proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, refletindo o compromisso do Estado com a salvaguarda dos direitos individuais.

Neste contexto, é fundamental destacar que, em determinadas circunstâncias, o Poder Judiciário é incumbido de intervir na aplicação e interpretação das normas devido a lacunas normativas deixadas pelo Poder Legislativo. Tais lacunas podem resultar tanto da omissão regulatória quanto de falhas na elaboração de leis ou atos normativos, o que compromete a efetiva implementação das normas. Em razão disso, a matéria é frequentemente submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, cuja função essencial é assegurar que as leis e atos normativos estejam de acordo com os princípios e normas constitucionais, promovendo o controle de constitucionalidade.

Conforme Anderson Pedra (2012, p. 231), não há mais lugar para uma rígida separação de poderes. A lei deixou de ser a única e exclusiva fonte do Direito e o legislativo já não é mais o único órgão constitucional detentor do monopólio da produção normativa. Assim,

[...] cabe desmistificar a Constituição, concedendo-lhe a sua dignidade para que os seus enunciados, mormente aqueles que prescrevem direitos fundamentais, tenham eficácia e aplicabilidade, não mais permitindo que a vontade constitucional fique aprisionada pela omissão legislativa (normativa) inconstitucional. Verificada uma omissão legislativa, deve o Tribunal Constitucional atuar como órgão de normação positiva, desempenhando, assim, não só seu papel de defensor da Constituição e dos direitos fundamentais, mas também de curador.

Nesse sentido, o que justifica a atuação do Tribunal Constitucional no exercício da função legislativa *stricto sensu*, em casos de omissão legislativa, é a preocupação

em eliminar a inconstitucionalidade. Essa atuação deverá ter um caráter eminentemente objetivo, devendo o Tribunal Constitucional se ater à situação factual da necessidade de se efetivar a Constituição.

Com isso, percebe-se que a intervenção judicial não se configura como uma arbitrariedade, mas, ao contrário, como o exercício legítimo de uma competência constitucionalmente delegada ao Judiciário. Nas palavras de Ana Luíza de Moraes Rodrigues (2015, p. 145):

Tal legitimidade, aliás, tem duplo fundamento: um que decorre da própria natureza da função judicial, cuja raiz se encontra na atribuição de funções realizada pela Constituição, e o outro que se relaciona à necessidade de uma releitura permanente e democrática do texto constitucional.

Dessa forma, a atuação do Judiciário não deve ser entendida como uma usurpação do Poder Legislativo, mas como uma resposta indispensável a lacunas ou falhas legislativas, as quais o Judiciário é chamado a suprir no cumprimento de sua função de guardião da Constituição. Além disso, a referida 'releitura' do texto constitucional é imperativa em virtude da dinâmica social, política e econômica em constante transformação, que exige uma interpretação e aplicação atualizadas das normas, alinhadas aos preceitos contemporâneos da sociedade.

Assim, a intervenção do Judiciário, longe de configurar uma mera substituição da atuação legislativa, reflete o cumprimento de um papel crucial na preservação e efetivação do Estado de Direito. Corroborando para este entendimento a visão de Ciro di Benatti Galvão (2015, p. 92), ao afirmar que:

A utilidade e a operacionalidade das decisões judiciais passam a se apresentar mediante o recurso a argumentos de ordem valorativa contidos em normas principiológicas (especialmente, em princípios constitucionais), relativizando, pretensamente, e, de antemão a harmonia (originalmente concebida) dos poderes, implicando, no entanto, e, eventualmente, uma significativa e indicada releitura da postura do Judiciário, visto que ele tende a ser mostrado como um dos principais atores de realização das intenções constitucionais e resguardo da unidade da normatividade constitucional.

Nesses termos, *a argumentação motivada das decisões judiciais, baseada na utilização sistêmica das normas do ordenamento jurídico*, a partir, obviamente, das normas constitucionais e que, eventualmente, possam indicar uma falsa ideia de invasão ou contrariedade às normas de competência legais dos demais poderes constituídos, *passa a auxiliar o Poder Judiciário na obtenção de um esforço funcional mais complexo, revelador de um aprimoramento apto e crucial à potencialização da cumprimento da sua própria função típica e de atribuição de legitimidade ao próprio Estado.*

A atuação do Judiciário, embora possa ser interpretada, em alguns casos, como uma sobreposição às competências dos outros poderes, desempenha um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais e no fortalecimento da democracia. Ao refletir sobre a crescente utilização dos princípios constitucionais nas decisões judiciais, o autor ressalta que esse papel mais ativo do Poder Judiciário afasta a lógica estritamente normativa. Com isso, ocorre a alteração da harmonia entre os poderes, pois o Judiciário passa a se envolver mais profundamente em questões que, tradicionalmente, poderiam ser tratadas por outros poderes. No entanto, essa mudança é vista como um aprimoramento de sua função, que, ao adotar uma argumentação mais complexa e fundamentada, contribui para a legitimidade e efetividade do Estado de Direito.

Por outro lado, cabe citar o entendimento de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Thaís Araújo Dias (2022, p. 41), que diz que a juristocracia surge como um resultado das elites políticas e econômicas que:

[...] ao temerem perda de poder encontram no empoderamento do Judiciário porto seguro para a consecução de seus objetivos. As relações cortinadas de constitucionalidade escondem interesses hegemônicos. Para que haja a formação da juristocracia em um país democrático pressupõem-se elementos que são facilitadores desse processo, já que no Brasil, o Poder Judiciário ampliou sua presença na sociedade e na política. A evidência pode ser observada nos veículos de comunicação; as decisões tomadas, em especial pelo Supremo Tribunal Federal (STF), repercutem no jogo político e nas estruturas sociais.

Não obstante o fato de que os autores não abordam diretamente o conceito de ativismo judicial, seus argumentos acerca da 'juristocracia' estão intimamente relacionados a esse fenômeno. Isso porque, o ativismo judicial, assim como a juristocracia, é um processo no qual o Judiciário assume uma posição de protagonismo nas decisões políticas, especialmente em questões controversas que envolvem direitos fundamentais. O que diferencia esses conceitos, sucintamente, é o plano de aplicação, uma vez que, enquanto o ativismo judicial ocorre em decisões específicas, a juristocracia representa uma condição sistêmica e contínua do Poder Judiciário.

No entanto, é importante tecer uma crítica à visão de Barreto Lima e Dias, pois a crescente intervenção do Judiciário não deve ser encarada, necessariamente, como uma manobra das elites políticas e econômicas. Ao contrário, pode ser interpretada

como uma reação à ampliação da participação da sociedade civil no processo judicial, por meio de ações de controle de constitucionalidade, por exemplo. O ativismo judicial, longe de ser um reflexo de interesses hegemônicos, reflete uma sociedade mais engajada, que recorre ao Judiciário para garantir a efetivação de seus direitos constitucionais. Assim, a maior presença do Judiciário não resulta da ação de uma elite judicial, mas sim da crescente mobilização social, que vê no Judiciário um meio legítimo para a proteção de seus direitos.

Não se pode, no entanto, desconsiderar, à luz do entendimento de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Thaís Araújo Dias, a possibilidade de excessos no exercício do ativismo judicial por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, Inocêncio Mártires Coelho (2015, p.12) faz uma importante ressalva ao afirmar que:

A liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos. Afinal, é de ciência elementar, no âmbito da teoria do conhecimento, que o objeto transcende o sujeito, o qual, por isso mesmo, deve respeitar a autonomia/alteridade do objeto, sob pena de inviabilizar o evento cognitivo, na medida em que este consiste, precisamente, na apreensão — não na criação — do objeto pelo sujeito do conhecimento, mesmo sabendo-se que essa apreensão decorre ou depende do trabalho do sujeito sobre o objeto que intenta conhecer.

Embora o ativismo judicial, em sua essência, represente uma resposta legítima às demandas sociais diante da ineficácia do Legislativo na garantia dos direitos fundamentais, sua atuação deve ser devidamente delimitada para preservar o equilíbrio entre os poderes. Nesse sentido, é crucial que ocorra uma interpretação coerente e responsável das normas, de modo a evitar distorções que possam comprometer a estabilidade jurídica. Além disso, a intervenção do Judiciário não pode ser pautada por decisões políticas ou ideológicas que ultrapassem sua função interpretativa, devendo sempre respeitar os contornos definidos pela Constituição.

Assim, quando devidamente ajustado, o ativismo judicial pode se constituir em um instrumento fundamental para a proteção dos direitos fundamentais e para a defesa da democracia, desde que orientado pelo respeito aos limites institucionais que asseguram a harmonia e a separação dos poderes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno denominado ativismo judicial, à luz das conclusões deste estudo, não deve ser interpretado de forma negativa, mas, ao contrário, configura-se como uma reafirmação da própria democracia. Nas palavras de Ciro di Benatti Galvão (2015, p. 97):

[...] jamais, em Estados de Direito, defender-se-á quaisquer manifestações totalitaristas, por se mostrarem, obviamente, contrárias aos ideais do desenvolvimento do Estado, pós contexto oitocentista. O que se pretende, mediante a realização de posturas ativistas, não é fragilizar ou comprometer o esquema organizatório-funcional do Estado, mas, antes, garantir-lhe legitimidade mediante a boa e coerente atuação das funções estatais, a partir da busca por utilidade nas decisões vinculadas à competência precípua de cada um de seus órgãos. Há que se ter condições de aperfeiçoar continuamente as funções precípua de cada órgão estatal para que se possa ter verdadeiramente um cenário racional do próprio Estado.

O ativismo judicial praticado pelos ministros do STF não é um fenômeno exclusivo dos tribunais superiores, mas uma prática que permeia todo o sistema judiciário. Ao contrário do que usualmente se difunde, possui papel fundamental para a garantia dos direitos fundamentais e a efetividade da Constituição. Esse ativismo se apresenta como uma importante ferramenta de inclusão e participação da sociedade civil, por meio da atuação de *amicus curiae*, o que garante maior transparência nas deliberações do Tribunal. Ao permitir que diferentes segmentos da sociedade se expressem sobre questões de relevância nacional, o STF fortalece o debate democrático e contribui para decisões mais representativas e informadas.

Além disso, o ativismo judicial se justifica pela insuficiência da legislação para cobrir todas as demandas sociais e garantir sua obrigatoriedade universal, visto que a interpretação constitucional vai além da mera letra da lei, levando em consideração a evolução da sociedade e os novos desafios impostos pelo contexto político, social e econômico. Assim, a atuação do STF, ao exercer sua função interpretativa e, em determinados casos, legislativa *stricto sensu*, visa preencher lacunas e omissões da legislação, sempre com o objetivo de eliminar a inconstitucionalidade e assegurar os direitos fundamentais.

É importante reforçar que a atuação do Tribunal Constitucional não se configura como uma invasão das competências do Legislativo, mas como um mecanismo de correção e adaptação às mudanças da sociedade, buscando garantir que a

legislação acompanhe a realidade dinâmica que não pode ser totalmente prevista pelo legislador. Assim, a constante releitura do texto constitucional é imprescindível para assegurar que a Constituição continue sendo um instrumento eficaz na resolução das questões contemporâneas, levando em conta que a legislação sozinha já não é capaz de assegurar a proteção plena e universal dos direitos. Esse ativismo judicial, portanto, é uma resposta necessária para preencher as lacunas deixadas pela legislação e garantir que o ordenamento jurídico seja eficaz diante das novas demandas e complexidades sociais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(SYN)THESIS**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. **Código Penal**. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. 2. ed. Brasília, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2024.

CIPRIANI, M. Violência(s) contra a(s) diferentes) mulhe(res): a proibição do aborto e a urgência de tornar visível o socialmente invisibilizado / Violence(s) against (different) woman(en): the prohibition of abortion and the urgency of turning visible the socially... **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 107–140, 2016. DOI: 10.18759/rdgf.v15i2.521. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/521>. Acesso em: 10 nov. 2024.

COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número especial, p. 02-22, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3157>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3157>. Acesso em: 06 nov. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Despacho COJUR nº 790/2017**. Aprovado em Reunião de Diretoria em 31/01/2018. Brasília, DF. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/despachos/BR/2017/790_2017.pdf. Acesso em: 06 nov. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer nº 24292, de 2000. **Parecer sobre o segredo médico diante de uma situação de aborto**. Brasília, DF. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/SP/2000/24292_2000.pdf. Acesso em: 6 nov. 2024.

DE MORAIS, L. R. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. Senatus, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 50-58, 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf. Acesso em: 18 out. 2024.

FERNANDES, I. B.; XAVIER, R. B.; SÃO BENTO, P. A. de S.; RODRIGUES, A. **Nas vias de interromper ou não a gestação: vivências de gestantes de fetos com anencefalia**. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. 2, p. 429-438, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2020.v25n2/429-438/pt>. Acesso em: 06 nov. 2024.

FREITAS, L. G. A DECISÃO DO STF SOBRE ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE FEMINISTA DE DISCURSO. **Alfa: Revista de Linguística (São José do Rio Preto)**, São Paulo, v. 62, n.1, p.11-34, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/alfa/a/StF9ygBFHgdgJ9Cs6YQMZ8J/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 nov. 2024.

GALVÃO, C. D. B. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 88-99, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3101>. Acesso em: 04 nov. 2024.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Artigos 121 a 212 do Código Penal. v.2**. 20th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. p.110. ISBN 9786559774579. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774579/>. Acesso em: 22 out. 2024.

JÚNIOR, V. P. Aborto como direito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 165–200, 2015. DOI: 10.18759/rdgf.v16i2.681. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/681>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LIMA, M. M. B.; DIAS, T. A. O poder judiciário não cai do céu”: autopreservação hegemônica brasileira e a transição para a juristocracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 39–74, 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v23i1.2023. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/2023>. Acesso em: 2 jun. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017**. Brasília, 28 set. 2017. Disponível em: https://portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Legislacoes/Portaria_Consolidacao_5_28_SETEMBRO_2017.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

PAULINO, E. F. da S. **Os limites da competência do Supremo Tribunal Federal na descriminalização do aborto**. 137 fl. Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2019. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1373>. Acesso em: 5 nov. 2024.

PEDRA, A. S. As diversas perspectivas dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 9–12, 2018. DOI: 10.18759/rdgf.v18i2.1227. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1227>. Acesso em: 2 jun. 2024.

PEDRA, A. S. O tribunal Constitucional e o exercício da função legislativa stricto sensu para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 222-256, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/161/129>. Acesso em: 06 nov. 2024.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: petição inicial**. Brasília, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=626722558&prcid=5144865#>. Acesso em: 10 nov. 2024.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. E-book. p.173. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502622289/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

RODRIGUES, A. L. de M. Ativismo judicial causas e fundamentos. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 107, n. 1, p. 141–152, 2016. DOI: 10.22477/rdj.v107i1.44. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/44>. Acesso em: 5 nov. 2024.

WEBER, R. M. P. **Voto no ADPF 442: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/indispAplicacoes/anexo/Voto.ADPF442.Versa7710Final.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2024.