

ATIVISMO OU SEPARAÇÃO DE PODERES? ATÉ ONDE O ABORTO PODE PONDERAR?

Activism or separation of powers? Up to where the abortion can balance?

Rogério Sganzerla*

Resumo: Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal vem adotando posicionamentos cada vez mais liberais e discutíveis sob o ponto de vista da separação de poderes, vide por meio de decisões como o feto anencefalo e a união estável homoafetiva. Logo, o presente artigo visa estabelecer quais são os limites para essa atuação e questionar se o Poder Judiciário estaria usurpando esta sua competência ao abordar a questão do aborto. Para isso, será levantado a discussão entre procedimentalistas e substantivistas e como esse debate se aplica ao aborto. Mais ainda, é importante questionar até que ponto a separação de poderes protegeria um possível ativismo do Poder Judiciário no Poder Legislativo quando houver um debate efetivo sobre o aborto?

Palavras chave: Aborto, Substantivismo, Procedimentalismo, Ativismo Judicial

Abstract: In recent years the Supreme Court has increasingly adopted liberal and questionable positions from the point of view of separation of powers, see through decisions such as anencephalic fetus and the homosexual union. Therefore, this paper aims to establish what are the limits to this acts and to question whether the judiciary would be usurping this jurisdiction approaching the abortion issue. For this, the discussion between proceduralists and substantivists and how this applies to the abortion debate will be raised. Furthermore, it is important to question the extent to which the separation of powers protect a possible judicial activism in the Legislature when an effective debate of abortion raises?

Keywords: Abortion, Substantivism, Proceduralism, Judicial Activism

* Assessor Jurídico vinculado à 2ª Procuradoria da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito pela UNIRIO, Graduado em Direito pela Escola de Direito (FGV-RJ), Graduando em Filosofia pela UNIRIO. Contato: rogeriosganzerla@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Nos debates durante a ADPF 54, na arguição daqueles que defendiam a parte contrária ao aborto de anencéfalos, surgiu em diversos momentos a fala de que a competência para tomar esta decisão não era do Supremo Tribunal, sendo este papel do Poder Legislativo através do Congresso Nacional. Seria uma postura inadmissível o Poder Judiciário ditar o ritmo de um país e sair de sua esfera judicial e interpretativa de lei. Qualquer uma dessas atitudes seria uma forma de ativismo judicial, quebra da separação de poderes e afronta ao Estado Democrático de Direito.

Na mesma linha, nos debates da ADPF 132 sobre a união estável homoafetiva, esta mesma argumentação foi levantada. Nesse caso, ainda mais gritante foi que a alternativa dada pela Corte através de interpretação conforme o dispositivo constitucional que falava homem e mulher, reinterpretando-o para homem e homem ou mulher e mulher. Essa escolha gerou muitas críticas daqueles que estava contra a união homoafetiva sob o argumento que o STF estaria legislando e, novamente, usurpando poderes do Legislativo.

Toda esta argumentação, seja a favor ou contra, corriqueiramente é chamada de ativismo judicial. Contudo, por mais que o Supremo Tribunal Federal esteja cada vez mais tomando atitudes mais questionadoras sob o manto da separação de poderes, é preciso também questionar o que está levando este Poder a fazer isso. O que para muitos é simplesmente uma forma de interpretação ou satisfação de um direito constitucional que deve ser garantido na vigência de um Estado Democrático de Direito, para outros é uma legislação indireta e uma exasperação da função típica e atípica do Poder Judiciário.

Por tudo isso, é preciso entender o que é este debate entre substantivistas e procedimentalistas e o que ambos delimitam como razoável (ou não) de posturas do Poder Judiciário. Além disso, é também de se questionar se no caso do aborto é necessário ou não haver esta referida intromissão/ação (que para outros é uma simples atitude diante da efetiva omissão do Legislativo) do Supremo Tribunal Federal como forma de se posicionar sobre o tema.

Para responder a esta pergunta, será necessária a análise de como está sendo o tratamento da matéria pelos Poderes Legislativo e Pelo Poder Judiciário. Como é um debate sobre se há ou não reserva de jurisdição no tocante a legalização ou não do aborto, o Poder Executivo não entraria neste momento em análise, haja vista que ele

somente teria alguma hipótese de intromissão no caso de uma Medida Provisória, o que seria claramente inconstitucional tendo em vista a competência sobre a matéria.

Dessa forma, tomando como ponto de partida o debate entre esses dois poderes que podem, efetivamente, tomar alguma atitude concreta sobre a legalização ou a criminalização do aborto, pretende-se debater, a partir das posições adotadas por esses dois Poderes em suas ações no julgamento e apresentação de projetos de lei, até que ponto é possível argumentar que há uma inércia/omissão ou ativismo de determinado Poder em razão de outro sobre o tema do aborto.

O que se pretende não é determinar o que se deve fazer, nem mesmo qual papel deve ser adotado, mas sim trazer a discussão sobre quais possibilidades são mais convenientes e mais tendenciosas a serem utilizadas em virtude das posturas adotadas por cada Poder no tratamento da questão.

2. O DEBATE ENTRE SUBSTANTIVISTAS E PROCEDIMENTALISTAS

Há um debate importante e que é comumente trazido em grandes questões julgadas pelo Poder Judiciário relativo ao ativismo e a concretização de valores constitucionais por meio de processos judiciais. Em resumo: estaria ou não o Poder Judiciário, ao julgar determinada demanda específica (ou mesmo questões em abstrato), quebrando a separação de poderes e ferindo os procedimentos democráticos de procedimentalização de leis previstos na Constituição?

Para responder essa pergunta é preciso analisar duas correntes que abordam o assunto: substantivistas e procedimentalistas. O pano de fundo das duas teorias gira em torno do procedimento democrático. O Poder Legislativo é o poder eleito pelo povo para representá-lo, cumprindo as funções típicas e atípicas determinadas pela Constituição. As funções típicas são aquelas principais e pelas quais determinado Poder tem como objetivo de realização em especial. Já a função atípica é uma função secundária e subsidiária. No Poder Legislativo, como função típica está, por exemplo, a de legislar, enquanto como funções atípicas estão a de fiscalização e controle dos outros poderes, tais como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Já o Poder Judiciário tem como função típica a de julgar os processos judiciais, por exemplo, e como função atípica a função de controle e fiscalização dos outros

Poderes. A questão é: **até onde a atividade exercida pelo Poder Judiciário, ao decidir determinada matéria, estaria usurpando a função típica do Poder Legislativo e se essa decisão estaria dentro dos escopos de atividades típicas (ou atípicas) do Poder Judiciário? Mais ainda, é preciso perguntar também se, por mais que isso esteja presente e determinado como função do Poder Legislativo na Constituição e o Poder Judiciário esteja (talvez) adentrando nessa esfera típica do Poder Legislativo, até onde isso seria “errado” e uma usurpação de poderes? Em resumo: até que ponto a separação de poderes protegeria um possível ativismo do Poder Judiciário no Poder Legislativo?**

Dessa forma, é importante ressaltar historicamente as posições conflitantes. O debate advém da superação do Estado de Direito e do Estado Social na compreensão do Estado Democrático de Direito. Com a Constituição de 1988, um capítulo específico sobre os direitos individuais e coletivos, os direitos políticos e os direitos sociais. Com isso, há um espaço enorme de efetivação de políticas públicas que conflitam interesses divergentes. A consequência disso é um campo para ponderação de interesses e discricionariedade no qual é preciso, muitas vezes, decidir quais recursos e interesses proteger em detrimentos de outros. Numa atmosfera de escassez de recursos, efetivação de direitos e proteção social, é evidente que muitas dessas demandas não serão resolvidas e, possivelmente, até ignoradas. Como alternativa dessa ausência prática, o Poder Judiciário tomou uma postura de efetivação desses direitos previstos na Constituição.

Lenio Luiz Streck (2002, p. 27-37), um importante doutrinador e defensor substantivista, observa que, nessa efetivação de direitos, a Jurisdição Constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. É através do controle de constitucionalidade e dos remédios constitucionais que a Jurisdição Constitucional deverá exercer a defesa da Constituição, combatendo as investidas indevidas do Poder Executivo na atividade legislativa, bem como as inércias inconstitucionais do Poder Legislativo, que obstruem a fruição dos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão.

Essa posição é exatamente oposta daquela exposta por Habermans (1997, p. 336). Em sua argumentação, explica o autor procedimentalista que o importante é criar um método de justificação das normas para que o seu nascimento se dê de modo correto, de acordo com os procedimentos democráticos que evitem decisões monocráticas sobre a questão pertinente a valores. Ao exercer a Jurisdição

Constitucional, o Poder Judiciário se impõe em detrimento do legislador democrático, o que acabaria por afetar o princípio da separação de poderes. Essa interferência indevida afetaria a atividade do legislador eleito democraticamente, por mais que seja importante a atividade da Jurisprudência Constitucional em impor procedimentos democráticos e não em questões políticas ou axiológicas. A liberdade para criar direito através da sentença com inspiração política seria também criticável por ir contra a lógica da divisão de poderes.

Logo, para esta corrente procedimentalista não importa muito o compartilhamento de valores ou a posição de um tribunal sobre a concretização de preceitos, mas sim garantir os conteúdos procedimentais e assegurar a formação democrática da opinião e da vontade. O Poder Judiciário não pode invadir a sociedade e enfraquecer a democracia representativa, desrespeitando a separação de poderes, utilizando de métodos ativistas e que usurpem a competência do Poder Legislativo na prerrogativa de legislar.

Por outro lado, a justificativa substantivista é de que é preciso garantir que grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, criem uma oportunidade para consecução de suas expectativas e direitos em um processo judicial (STRECK, 2004, p. 161). Assim, o papel do Poder Judiciário de interpretação e julgamento de leis não pode se resumir à lógica e procedimentos, sendo necessário o trabalho criativo do juiz. Mas por quê? A resposta para a pergunta está na democracia, a mesma que Habermas tenta proteger. Enquanto que para procedimentalistas é necessária a omissão para sua efetivação (deixando esse papel para os representantes do povo), para os substantivistas é preciso de uma sociedade que atinja um espírito crítico e que eduque seus cidadãos. Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política (STRECK, 2004, 162).

Portanto, a divergência entre os entendimentos se dá, basicamente, sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Vale relembrar as perguntas realizadas no início do tópico: até onde a atividade exercida pelo Poder Judiciário, ao decidir determinada matéria, estaria usurpando a função típica do Poder

Legislativo e se essa decisão estaria dentro dos escopos de atividades típicas (ou atípicas) do Poder Judiciário? Mais ainda, é preciso perguntar também se, por mais que isso esteja presente e determinado como função do Poder Legislativo na Constituição e o Poder Judiciário esteja (talvez) adentrando nessa esfera típica do Poder Legislativo, até onde isso seria “errado” e uma usurpação de poderes?

A resposta para isso levará em conta as duas correntes aqui apresentadas (substantivistas e procedimentalistas) para entender o que é melhor (ou mais prudente) para o Brasil a fim de resolver o tema do aborto. Para isso, o próximo passo é entender o que já foi levado e debatido pelo Poder Judiciário na sua esfera de competência e se o Poder Legislativo pode ficar a parte dessa discussão. Por fim, será questionado se, por mais que haja uma determinada ação (ou discussão) sobre o tema, até onde é possível que isso caracterize uma inércia de um Poder ou, ao contrário, permite que outro Poder exerça um papel ativo no conflito. A seguir, será feito um breve relato das decisões que chegaram ao Supremo Tribunal Federal sobre o aborto e como o respectivo órgão se comportou nestes julgamentos.

3. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Supremo Tribunal Federal, a primeira discussão concreta sobre aborto que chegou ao Tribunal foi através do HC 84.025/RJ. Nele foi discutido o caso de aborto por má formação do feto. Por meio de exames, constatou-se que o feto era portador de uma grave anomalia: anencefalia. O juiz de direito de Teresópolis indeferiu o pedido liminar, pois não haveria previsão legal, uma vez que a postulação não se encaixava no rol das hipóteses de exclusão de ilicitude previstas n art. 128, CP. Recorreu o Ministério Público dessa decisão tendo a desembargadora relatora do caso concedido medida liminar autorizando a realização da intervenção cirúrgica destinada a promover a interrupção da gravidez. Por intermédio da imprensa que publicou uma matéria no jornal O GLOBO em 20 de novembro de 2003, dois advogados, sendo um deles desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpuseram agravo regimental à Segunda Câmara Criminal. Pelo colegiado, em 25 de novembro de 2003, foi mantida a decisão da desembargadora que tinha autorizada a realização do aborto. Porém, em 21 de novembro de 2003, um dia após a publicação no

jornal e quatro dias antes da sentença do colegiado, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, sacerdote e presidente da associação pró-vida, sediada em Anápolis, impetrou no STJ um *habeas corpus* visando desconstituir a decisão monocrática da desembargadora que veio a ser confirmada pelo colegiado. No Superior Tribunal de Justiça foi concedida liminar para sustar a decisão do Tribunal de origem até o julgamento por este órgão. Em 18 de fevereiro de 2004 foi finalmente julgado o *habeas corpus* decidindo que o caso não se enquadrava nas hipóteses d art. 128, CP, e “o máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão”. Em face desta decisão, a impetrante e algumas associações impetraram o referido *habeas corpus* com fundamento na coação da liberdade por proibição da antecipação do parto, a inoportunidade de aborto, a necessidade de tutela e à saúde física e mental da paciente e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No seu voto, o Ministro Relator Joaquim Barbosa salientou que em nenhum momento se cogitou os eventuais direitos da gestante. Toda a discussão levada a efeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça diz respeito aos direitos do nascituro, sem qualquer alusão a eventuais direitos da gestante, como se esses direitos, constitucionalmente protegidos, não estivessem intimamente entrelaçados, ou seja, como se a proteção do nascituro tivesse o condão de excluir completamente a proteção aos direitos da gestante. Por ser um feto fadado ao fracasso e a morte, os estudos multidisciplinares indicam que as reações emocionais dos pais após o diagnóstico de malformação fetal abrangem conjuntamente ou não, os seguintes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração (FRIGÉRIO, 2003, p. 291).

Utilizando também do conceito de aborto, a interrupção se configuraria quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito tipificado. Mesmo nas hipóteses do art. 128, I, CP (aborto necessário) e do art. 128, II, CP (aborto sentimental: resultante de estupro), a lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou não do feto. De qualquer forma o bebê estará fadado à morte, seja no momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gravidez. Na ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia da mulher, entendeu o Min. Joaquim Barbosa que deve prevalecer a dignidade da mulher e o direito de liberdade dela de escolher aquilo que melhor representa seus interesses particulares, suas convicções morais e religiosas e seu sentimento pessoal.

Por fim, diz o Relator, o art. 128, CP, não ampara a situação do aborto, visto que a viabilidade do feto (morte) não se encontra tipificada no artigo.

Porém, ao prolatar este voto, foi surpreendido o Ministro Relator Joaquim Barbosa que a Requerente já havia dado a luz à criança, julgando prejudicado o *habeas corpus*, mas fazendo juntada também do voto anteriormente elaborado.

Após este caso, chegou ao STF a questão sobre as células tronco através da **ADI 3510**. Foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo alvo o art. 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) que diz: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

Argumenta o Procurador Geral da República que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica a preservação da dignidade da pessoa humana”.

Especificamente sobre o tema do aborto, decidiram os Ministros que a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: embrião é embrião, feto é feto, pessoa é pessoa. O embrião não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. Toda ação gestação humana principia com um embrião igualmente humano, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo

menos enquanto ovócito (óvulo já fecundado) não ter introduzido no colo do útero feminino. A lei no cuida de irromper a gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar.

Assim, foi entendida a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, entendendo-a como não infratora aos princípios da dignidade humana, direito à vida, autonomia da vontade, direito à saúde e também como não tipificação como crime de aborto, tendo em vista não se caracterizar o embrião como vida.

Por fim, chegou ao Supremo Tribunal Federal a **ADPF 54**. Nela, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde pretendeu dar interpretação conforme à interrupção do parto de feto anencéfalo no enquadramento penal do aborto. A anencefalia é a má formação por defeito de fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o à morte, intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A ciência, neste caso, atua com margem próxima a 100%. Se o feto anencéfalo não possui os hemisférios cerebrais nem o córtex, na verdade, ele se assemelha àquela situação do ser humano, já vivo, portanto, que teve a sua morte cerebral decretada, sentenciada, diagnosticada e que, no entanto, continua a viver por efeito de aparelhos. A vida já não está mais ali, apenas há uma pulsação nos demais órgãos por mérito, por virtude de aparelhos. A permanência do feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da e à vida da gestante.

O feito foi distribuído ao ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido liminar requerido pela autora, tendo o Plenário cassado a sua decisão monocrática (ADPF 54-QO), em razão da irreversibilidade dos procedimentos médicos deles decorrentes. Levado ao plenário, manifestou-se o relator Ministro Marco Aurélio que nesta ADPF não se discute a descriminalização do aborto, já que existe uma clara distinção entre este e a antecipação de parto no caso de anencefalia. “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”, frisou. A anencefalia, que pressupõe a ausência parcial ou total do cérebro, é doença congênita letal, para a qual não há cura e tampouco possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior. “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”, afirmou o ministro.

Nesse sentido, no entendimento do relator, não há que se falar em direito à vida ou garantias do indivíduo quando se trata de um ser natimorto, com possibilidade quase

nula de sobreviver por mais de 24 horas, principalmente quando do outro lado estão em jogo os direitos da mulher. Dados apresentados na audiência pública demonstram que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família.

Além disso, ao proferir seu voto, o ministro reforçou ainda o caráter laico do Estado brasileiro, previsto desde a Carta Magna de 1891, quando da transição do Império à República. “A questão posta nesse processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo - não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”, frisou.

Nesse sentido, acompanharam o entendimento do relator os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello. Divergindo do relator encontraram-se os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Vale trazer outras observações interessantes. Para o Ministro Luiz Fux, esse intuito punitivo que não só não se coaduna com a sociedade moderna, como está desconectado “da necessidade de se reservar para o direito penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade”. O ministro enquadrou a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos como matéria de saúde pública que aflige, em sua maioria, mulheres de menor poder aquisitivo, sendo, portanto, uma questão a ser tratada como política de assistência social. Já a Ministra Carmen Lúcia frisou que “não há bem jurídico a ser tutelado como sobrevalor pela norma penal que possa justificar a impossibilidade total de a mulher fazer a escolha sobre a interrupção da gravidez, até porque talvez a maior indicação de fragilidade humana seja o medo e a vergonha”. De acordo com ela, a mulher que não pode interromper a gravidez de feto anencéfalo “tem medo do que vai acontecer, medo físico, psíquico e de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar”. Por fim, o Ministro Ayres Britto ressaltou que o direito brasileiro protege a decisão da mulher que queira interromper a gestação de um feto anencéfalo. “Se (a mulher) for pela interrupção da gravidez, (essa decisão) é ditada pelo mais forte e mais sábio dos amores: o amor materno”. Ele argumentou que “o amor materno é tão forte, tão sábio, tão incomparável em intensidade com qualquer outro amor, que é chamado por todos de instinto materno”. E concluiu: essa decisão da mulher é “mais que inviolável, é sagrada”.

Em sentido contrário também são importantes algumas observações. Para o Ministro Ricardo Lewandowski, “não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”. Já o Ministro Cezar Peluso frisou que, do ponto de vista jurídico, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, “abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina”. Nesse sentido, o aborto do feto anencéfalo é “conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica”. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade “são limitados pela existência das leis”, e, nos casos tipificados como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica. Os apelos para a liberdade e autonomia pessoais são “de todo inócuos” e “atentam contra a própria ideia de um mundo diverso e plural”. A discriminação que reduz o feto “à condição de lixo”, a seu ver, “em nada difere do racismo, do sexismo e do especismo”. Todos esses casos retratam, de acordo com o voto, “a absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros”.

4. A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO

Nesse sentido, o foco necessário a se verificar é se o Poder Legislativo está sendo pragmático e se utilizando das questões contextuais do cenário brasileiro ou está simplesmente se atendo a questões hermenêuticas, tais como a interpretação jurídica do que é vida ou não. Para isso, resta perguntar que tipo de argumentos o Estado, através do Poder Legislativo, está defendendo? A importância do foco no Poder Legislativo é o claro teor majoritário que o caracteriza, contrapondo a clara defesa das minorias característico do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, argumentando com base numa pesquisa empírica sobre as justificativas apresentadas em todos os projetos de lei sobre aborto, poderia verificar que o Poder Legislativo está impregnado de valores morais (sejam religiosos, raciais, de gênero e sexuais) e que está pouco aberto às mudanças sociais, à opinião pública ou qualquer debate envolvendo a questão. Considerando este cenário, a sua legitimidade para atuação e realização do debate estaria mais que fundamentada. É preciso levar em consideração que é um peso político forte para a Corte e para o Congresso reverem importantes decisões tomadas ou mesmo não basearem suas

decisões na maioria (ou até mesmo basear decisões em asserções valorativas, o que muitas vezes pode representar grupos minoritários).

Assim, poder-se-ia dizer que o tema do aborto seria um ponto contra majoritário e, ao mesmo tempo, majoritário? Numa abordagem superficial, é possível dizer que o Poder Legislativo adotaria uma postura contra majoritária se defendesse um lado (legalização do aborto) quando a maioria da população não o quisesse. Seria necessário argumentar que o Poder Legislativo está defendendo o direito fundamental individual em detrimento à posição da maioria. Mas essa é a sua função ou é papel (somente) do Poder Judiciário em adotar essa postura? Por outro lado, quando o Poder Legislativo adota uma postura contra majoritária ao defender questões morais, religiosas, sexuais, de gênero ou qualquer outro valor, supostamente em defesa de uma maioria, sendo que, em verdade, está suprimindo o exercício (e o debate) de um direito fundamental ou exercendo a defesa de um valor minoritariamente representativo, não estaria ele sendo arbitrário e autoritário? Mais ainda, por mais que esse direito represente uma maioria, mas prejudique uma minoria, em situação inversa, estaria ele fazendo Justiça? Como fazer justiça? É seu papel fazê-lo ou é (somente) do Poder Judiciário?

O mais importante e que está por detrás destes dois pontos é o que faz do pragmatismo essencial para a elucidação da questão: as consequências e sua utilidade prática. Utilizar-se de audiências públicas, plebiscitos e outras formas abertas de embasamento fático, popular e social é um dever do Poder Legislativo em qualquer questão importante. Negligenciar é abdicar do poder de decisão, da democracia e dos direitos das minorias. Justamente aquele que não é obrigado a justificar sua decisão com base em pressões de maioria ou em favor do momento político, social ou econômico atual, é aquele quem, especificamente no caso do aborto, realizou audiências públicas sobre a questão e se engajou em ouvir a população sobre sua opinião.

Não se diz que o Poder Legislativo não o fez, mas sim que o Poder Judiciário, aquele que não está obrigado a fazê-lo, o fez. **Nessa esteira, qual foi a postura do Congresso sobre o assunto? O que o Poder Legislativo realizou de modo a entender a questão?**

Não se pretende defender a legalização do aborto ou que permaneça criminalizado, mas sim se isso é efetivo. De um lado há um cenário liberal onde as pessoas poderiam decidir se abortariam ou não sem sofrer qualquer sanção legal (desde que dentro do procedimento próprio); do outro está um cenário no qual o Estado elege a vida como bem importante a ser tutelado, somente sendo excepcionado em hipóteses

extremas. De um lado o poder de decisão está na mão das pessoas; do outro está na mão do Estado.

A questão é: num cenário constitucionalista, se o intuito é promover valores constitucionais e possibilitar uma interpretação razoável quando há princípios conflitantes, claramente NÃO SE VÊ uma solução à vista no caso do aborto. Conforme crítica realizada anteriormente, o paternalismo antiliberal de imposição de valores comprovadamente não está surgindo efeito. Primeiro, pois as discussões sobre o aborto, no cenário brasileiro, cada vez mais estão distantes das esferas que, anteriormente tinham o poder de decisão (Poder Legislativo). Quanto mais as discussões sobre aborto chegam ao Poder Judiciário, mais ele é demandado a resolver a questão em lugar do Poder Legislativo. Inclusive, decisões que são de cunho concentrado e abstrato, com efeitos vinculantes, estão tomando o lugar de leis, vide as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o casamento civil homoafetivo e o aborto de feto anencéfalo. Segundo, pois se a intenção é que a repressão e restrição do direito à liberdade do corpo da mulher representa a realidade social, o objetivo, igualmente não está surgindo efeito. Não é preciso aprofundar nos dados fáticos, mas a cada ano o número de abortos clandestinos (e não autorizados) aumenta, o número de clínicas que realizam o procedimento ocultamente também aumenta e o número de mortes com procedimentos abortivos impróprios também aumenta. O cenário é tão descarado que uma das primeiras perguntas que se faz quando uma mulher dá a notícia a alguém sobre um filho gerado de forma acidental e imprevisível é: vai manter o filho ou vai abortar?

A interrogação aqui não é saber se isso é correto ou não, se isso acontece ou não na realidade, ou se os dados são verdadeiros ou falsos, mas sim discutir um ponto anterior a isso: o mundo está correndo e o Poder Legislativo está parando (talvez até inerte a esse movimento). O que o Poder Legislativo está fazendo para alterar esse panorama e tornar-se ponto central da discussão?

5. ABORTO: ATÉ ONDE É POSSÍVEL IR?

Utilizando toda a argumentação gerada a partir do debate entre procedimentalistas e substantivistas e também da análise de argumentos e decisões oriundas dos Poderes Legislativo e Judiciário, pode-se aprofundar mais os questionamentos acerca dessa legalização ou não do aborto.

Aqueles que defendem o ativismo judicial (ou simplesmente um maior espaço de atuação do Poder Judiciário), o justificam em razão da prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria, mas isso não significa um enfraquecimento democrático, pois o juiz não se coloca no lugar do legislador, devendo estar limitado àquilo que define a lei fundamental. Como argumenta Lenio Streck (2002, p. 145), a concretização há de pertencer ao legislador, devendo o Tribunal, por princípio, respeitar o poder da maioria, desde que não ultrapasse os princípios constitucionais. Além disso, esses preceitos são dotados de força normativa, não podendo haver institutos excluídos de sua concretização. Logo, não cabe ao juiz se auto-delimitar no exercício de seus poderes, nem sob o pretexto de invasão em questões políticas, pois essa tarefa caberia ao próprio texto constitucional. Nada mais é que o princípio da supremacia da Constituição.

Isso se dá, muitas vezes, pela chamada “patologia da representação” que Boaventura de Souza Santos (2005, p. 39) explica justificando quando os cidadãos se consideram cada vez menos representados por aqueles que elegeram. Essa omissão por parte do governo em atribuir efetividade aos direitos garantidos constitucionalmente gera uma fragilidade na democracia representativa.

Por isso, há quem defenda que uma possível decisão sobre a legalização ou não do aborto seja feita no Poder Judiciário através do controle concentrado de constitucionalidade. Porém, pergunta-se: o que impede, então, de que isso fosse feito até agora ou que isso seja feito hoje, até porque a disposição penal que criminaliza o aborto está em vigor desde a promulgação do Código Penal de 1940? *A contráriu sensu*, se não foi levada até agora esta questão ao Tribunal, o que deveria mudar para que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre a matéria?

O que muitos criticam na decisão da Suprema Corte dos EUA quando legalizou o aborto foi que esta questão não poderia ter sido feita pelo Judiciário (argumento procedimentalista). Porém, mais ainda, também o que se criticou fortemente foi que esta questão sequer foi instigada ou demandada no Poder Legislativo para deliberação, seja internamente, seja por Audiências Públicas. O argumento contrário que justificaria essa atitude é que, por mais que o Poder Legislativo não atuasse, era dever do Poder Judiciário fazê-lo. Esse dever se fundamentaria no princípio da proteção das minorias, função basilar do Poder Judiciário e que rege o Estado Democrático de Direito.

Por meio da proteção das minorias, não poderia o Poder Legislativo sequer criminalizar ou discriminar o aborto, obrigando as mulheres a terem seus filhos, tendo

em vista os princípios individuais e liberais que regem o sistema dos Estados Unidos. Essa interpretação seria a mesma adotada para o caso dos Negros e Casamento Gay, nos quais o maior debate sobre o tema se deu exatamente na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que as leis justamente feriam essa liberdade individual.

No caso brasileiro, este argumento é um pouco prejudicado em razão dos diversos projetos em trâmite no Congresso Nacional, seja para defender a descriminalização do aborto, seja para aumentar a punição desta prática. Além disso, há uma recente mobilização de bancadas do Congresso numa possível aprovação do Estatuto do Nascituro, o que restringiria os direitos da mulher ainda mais e daria mais força ao feto.

Caso o Poder Judiciário resolvesse atuar através de uma argumentação de proteção às minorias, teria duas formas: a primeira seria vetando uma alteração do Código Penal, pois uma possível descriminalização do aborto por parte do Poder Legislativo geraria uma supressão muito alta da esfera de liberdade da mulher, recorrendo à argumentação de que o núcleo essencial da individualidade da mulher estaria comprometido ao passo que a aprovação desta alteração em favor do feto teria menos benefícios e maiores negatividades à mulher que o momento anterior, ou seja, entendendo que uma possível alteração geraria mais efeitos perversos que os benefícios pretendidos. Já outra posição seria a de entender que, alterando ou não legislativamente o Código Penal com a aprovação de uma lei que restringisse os direitos da mulher, seria um abuso conceber que a mulher, como minoria, tivesse a liberdade individual cerceada com a proibição do aborto, concedendo assim a descriminalização do aborto. Por fim, caso resolvesse não atuar, outra posição do Supremo Tribunal Federal seria permanecer inerte a qualquer atitude do Poder Legislativo, seja permitindo a atual situação de criminalização do aborto ou futuras alterações penais de alteração legislativa pró/contra o feto.

Na primeira hipótese, seria viável esta atitude por parte do STF. Nesse caso, quem atuaria primeiramente seria o Congresso na aprovação da lei, estando o Poder Judiciário como órgão de controle. Esta conduta poderia não ser uma forma de ativismo judicial, mas sim poderia ser interpretada como um controle de jurisdição constitucional tendo em vista a garantia constitucional de liberdade individual da mulher com seu núcleo essencial violado (controle de inconstitucionalidade). A probabilidade desta atitude ocorrer já é outra questão que estaria a cargo da ciência política e seria uma

questão a ser abordada no conjunto de decisões que o STF toma, haja vista a sua jurisprudência da Corte, a maneira como os Ministros pensam e a tendência/possibilidade deles continuarem adotando a mesma postura em situações a seguir.

Na segunda hipótese, o Poder Judiciário atuaria de forma um pouco mais intensa. Esta postura mais acentuada poderia gerar uma argumentação de que o STF estaria sendo ativista, pois já houve outros momentos na história que o órgão poderia ter se manifestado sobre o assunto e não o fez. A diferença é que, neste momento, além de simplesmente controlar o outro Poder, adotaria uma postura mais enérgica e declararia a inconstitucionalidade de uma lei nova, que já está há muito tempo enraizada na sociedade. Alteraria discricionariamente uma situação política, econômica e social que há muito tempo já está pacificada, criando insegurança jurídica. Isso geraria uma enorme reprimenda por parte de diversos grupos da sociedade (especialmente os religiosos) e ainda mais no Poder Legislativo (cuja bancada religiosa é muito forte), correndo sérios riscos de que houvesse uma retaliação a esta atitude. Por outro lado, a defesa do Poder Judiciário seria a de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que já está pacificada, em verdade, torna-se necessária para que a sociedade evolua. Argumentando através de decisões que chegam à Corte por repetidas vezes, pode afirmar que a sociedade mudou, os meios científicos mudaram e os cenários contextuais da época do legislador que proibiu o aborto também se alteraram, justificando a descriminalização do aborto. Se é ou não o papel do Poder Judiciário realizar essa análise é outra questão, mas que ele possui competência para tanto, isso é inegável.

Por último, mas não menos importante, estaria a inércia do Poder Judiciário diante de qualquer ação tomada pelo Poder Legislativo ou mesmo a inércia diante do cenário atual. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal adotaria (e continuaria adotando) uma posição passiva (e omissa) diante do Congresso Nacional sobre o tema. Isso, em termos práticos, significaria que o STF prefere uma postura procedimentalista em detrimento a uma substantivista (diferente das outras duas situações anteriores).

6. CONCLUSÃO

A partir das análises realizadas no decorrer do trabalho é possível afirmar que é possível que haja uma adoção de uma postura tanto procedimentalista quanto

substantivista pelo Poder Judiciário brasileiro. Isso pode ser afirmado em virtude das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que cada vez mais vem se posicionando a favor do aborto e em prol dos direitos individuais, através de uma postura interpretativa e que afirma a prevalência dos direitos individuais para o exercício do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, também é possível argumentar que o Poder Judiciário está realizando uma postura (relativamente) procedimentalista ao passo que, sobre o tema, não realizou um ativismo direito ao dizer que determinada lei é inconstitucional ou que o aborto não é considerado crime. O máximo que foi feito foi dizer que o feto anencéfalo sequer seria considerado aborto em razão de não ser considerado vida, o que extirparia a objetividade do tipo penal.

Por tudo isso, em razão da impossibilidade de determinar a probabilidade de adoção de condutas ou qual a possibilidade delas ocorrerem, pois se tratam de outros ramos de estudo e necessitam de pesquisas mais aprofundadas sobre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, seria possível afirmar que em razão dos fatos apresentados sobre o tema aborto que o Poder Judiciário, em virtude de suas práticas já adotadas, poderia atuar numa proibição a um cerceamento maior aos direitos da mulher, proibindo uma maior restrição a sua individualidade.

A interrogação aqui não é saber se isso é correto ou não, se isso acontece ou não na realidade, ou se os dados são verdadeiros ou falsos, mas sim discutir um ponto anterior a isso: o mundo está correndo e o Poder Legislativo está parando (talvez até inerte a esse movimento). O que o Poder Legislativo está fazendo para alterar esse panorama e tornar-se ponto central da discussão?

A análise dessa pergunta será feito em novo artigo, limitando-se aqui a demonstrar a necessidade de uma visão pragmática para o tema do aborto e que o Poder Judiciário está sendo o foco das discussões atuais. Um novo trabalho mais profundo será realizado tendo como enfoque o Poder Legislativo e o tipo de argumentação jurídica utilizada na sua atividade diária como forma de identificar o que está acontecendo para que o Poder seja alvo de tantas críticas pela sociedade ao lidar com questões controvertidas e porque o seu poder decisório em questões centrais está foi transferido para outro Poder.

7. Bibliografia

COELHO, Livia Mendonça. A (re)dimensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro: considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões de mandado de injunção *In Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 95, Out/Jan 2009/2010.

DOWRKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. Tradução Emílio Peluso Neder Meyer *In European Journal of Philosophy*, nº 3:1, 1995.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin. “Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal no Brasil”, **in: Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 41, jan/mar 2003.

HABERMANS, Jüger. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**.vol. I. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1997.

LEAL JUNIOR, João Carlos, SHIMAMURA, Emilim. Sobre precedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde *In Revista CEJ*, Brasília, Ano XV, nº 52, jan/mar 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.