

GÉSSICA PAULA BIÂNGULO SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL: mitigação do crime de aborto à luz da
jurisprudência do STF**

GÉSSICA PAULA BIÂNGULO SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL: mitigação do crime de aborto à luz da
jurisprudência do STF**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor José Rodrigues Ferreira Junior.

GÉSSICA PAULA BIÂNGULO SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL: mitigação do crime de aborto à luz da
jurisprudência do STF**

Anápolis, ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha família e à Yngrid que com muito carinho me apoiam e incentivam a seguir os melhores caminhos.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Rodrigues Ferreira Júnior pelas orientações ministradas.

E a todos os professores e funcionários do curso de Direito da UniEVANGÉLICA.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno do Ativismo Judicial e sua relação com a mitigação do crime de aborto no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com enfoque no Princípio da Separação de Poderes. Estudar-se-á o papel da Corte Suprema diante de casos emblemáticos, em que, sob o argumento de concretização dos direitos fundamentais, pode-se ameaçar a tripartição de Poderes. Em última instância, perquirem-se quais seriam os critérios definidores dos limites de um ativismo judicial positivo, em detrimento de sua modalidade nociva à ordem constitucional estabelecida. Para isso, serão analisados dois casos importantes que ilustram uma postura ativista da Corte: antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico e a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal de aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre de gravidez. Assim, objetiva-se colaborar com a melhor compreensão do fenômeno do Ativismo Judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à discussão sobre o crime de aborto no Brasil, e analisar, por meio de observações doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a importância e até que ponto a intervenção do Judiciário em outros Poderes pode ser salutar ou nociva à Democracia. Neste estudo, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 54 e o HC 124.306 adotou uma postura judicial ativista.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Crime de aborto. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – ATIVISMO JUDICIAL	9
1.1 Evolução histórica do Ativismo Judicial	9
1.2 Conceito	13
1.3 Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes.....	15
CAPÍTULO II – ABORTO.....	19
2.1 Conceito jurídico.....	19
2.2 Hipóteses legais de aborto na legislação brasileira.....	22
CAPÍTULO III – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISPRUDÊNCIA ATIVISTA SOBRE O TEMA ABORTO.....	29
3.1 Hermenêutica Constitucional.....	29
3.2 Estudos de casos	33
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem acompanhado o gradativo deslocamento de questões que lhes são caras na seara política para o ambiente judicial. Como exemplos, têm-se as discussões travadas acerca da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo e sobre a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação.

Diante do quadro que se apresenta, diversas críticas são tecidas sobre o fenômeno do Ativismo Judicial e o papel do Poder Judiciário, especialmente do STF, frente a temas controvertidos e de elevada envergadura, como a descriminalização do aborto.

Assim, neste trabalho monográfico, analisar-se-á o Ativismo Judicial e a mitigação do crime de aborto no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo serão abordados aspectos gerais sobre o Ativismo Judicial, com enfoque em sua origem histórica, seu conceito e sua relação com o Princípio da Separação de Poderes.

No segundo capítulo será estudado o conceito jurídico de aborto elaborado pela doutrina brasileira, bem como as hipóteses legais de aborto na legislação nacional.

Por fim, no terceiro capítulo será abordada a hermenêutica constitucional, proceder-se-á com a análise do debate sobre o crime de aborto no STF e serão identificados, por meio do estudo de sua jurisprudência, em quais casos sobre aborto esse tribunal tem adotado uma postura ativista.

CAPÍTULO I – ATIVISMO JUDICIAL

O fenômeno do Ativismo Judicial apresenta-se, atualmente, como um tema de grande repercussão no meio social e jurídico. De acordo com Campos (2014), esse termo designa o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos. Neste capítulo serão abordados aspectos gerais sobre o Ativismo Judicial, com enfoque em sua origem histórica, conceito e a relação com o Princípio da Separação de Poderes.

1.1 Evolução histórica do Ativismo Judicial

Uma análise sobre as raízes históricas do Ativismo Judicial implica, necessariamente, no estudo da experiência estadunidense sobre o tema. De acordo com Tassinari (2010), a noção de ativismo judicial e a preocupação com a formação de um governo de juízes nasceu nos Estados Unidos, em razão do sistema jurídico adotado – o *common law* e do *judicial review*.

Sobre o surgimento do Ativismo Judicial, Campos (2014) explica que o principal centro de discussão do papel dos juízes e cortes no sistema político em que operam e o berço do próprio termo “ativismo judicial” são os Estados Unidos, remontando a discussão a tempos ainda mais antigos do que a criação do termo sugere. Pontua que esse tema, nos Estados Unidos, confunde-se com a própria história do constitucionalismo.

Nesse sentido, de acordo com Barroso (2012, p. 26),

[...] As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro

momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (sem grifos no original).

Nessa linha de ideias, Teixeira (2012), assevera que a origem do ativismo judicial é encontrada, certamente, nos Estados Unidos.

Com efeito, a discussão norte-americana sobre o tema é de especial relevância, pois, conforme preceitua Campos (2014), nos Estados Unidos, o ativismo judicial foi desenvolvido em contextos ideológico, político, social e cultural tão ricos e conflituosos, de aspectos tão amplos e, ao mesmo tempo, tão polarizados que seus diferentes elementos e variáveis lhe conferem grande utilidade didática. Apresentando-se como imprescindível a compreensão do debate norte-americano sobre o tema para sua investigação em qualquer outra realidade política, inclusive para a compreensão do ativismo judicial contemporâneo no Brasil.

Valle (2012 *apud* Raupp, 2016), pontua que o ativismo judicial encontrou expressivo desenvolvimento em terras norte-americanas, tanto em razão das próprias características de seu constitucionalismo, quanto pelo papel que se tem reconhecido à Suprema Corte ao longo da história.

Diante disso, mostra-se indispensável para a compreensão da evolução histórica do ativismo judicial, a investigação da relação norte-americana sobre o tema e dos casos em que primeiro se manifestou.

O ativismo judicial está estreitamente relacionado com o controle judicial ou controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*), originado nos Estados

Unidos (RAUPP, 2016), a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 (CAMPOS, 2014; RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014; TASSINARI, 2010).

Segundo Ramos e Oliveira Junior (2014, *online*), atribui-se a Marshall o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803. De acordo com os autores, o caso pode ser assim relatado:

Marbury havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia nos últimos dias da Administração de John Adams, mas tivera sua posse recusada por James Madison, então Secretário de Governo, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson, o qual estava insatisfeito com as nomeações de última hora do Presidente John Adams (conta que Adams teria nomeado juízes até a 21ª hora do seu último dia de mandato, com o propósito de entriçar os federalistas, derrotados nas eleições, nos tribunais; o referido episódio tornou-se conhecido como *themidnightjudges*, ou “os juízes da meia-noite”). Marbury, então, impetra um *mandamus* contra o ato de James Madison, que deixa o *writ* correr à revelia. Durante o tenso clima que antecedeu ao julgamento, na imprensa e no Congresso, chegou-se a sugerir o *impeachment* dos juízes que, deferindo a medida, ousassem aplicar os princípios da *Common Law* à Constituição. A Corte, sob a Presidência do *Chief of Justice* John Marshall, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo. (destaque dos autores).

Para Campos (2014, p. 49), a decisão proferida em *Marbury vs. Madison* “representou a afirmação histórica do poder da Suprema Corte de exercer a *judicial review* e repercutiu, para sempre, em seu papel no arranjo político-institucional estadunidense.”. Isso, ao argumento de que Marbury foi ativista em duas dimensões, tanto porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente, quanto porque Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele (CAMPOS, 2014, p. 50).

Tassinari (2010, *online*), pontua que a decisão de Marshall, doutrinariamente, foi considerada um marco significativo para a história dos Estados

Unidos. De acordo com a autora, no entanto, restava esclarecer “quais os caminhos trilhariam o direito constitucional americano”.

Pois bem, em 1857, a Suprema Corte norte-americana voltou a exercer a *judicial review* ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, no caso *Dred Scott vs. Sandford* (CAMPOS, 2014). De acordo com Barboza e Kozicki (2016), este representa o caso mais vergonhoso da Suprema Corte Americana, pois legitimou o regime escravagista americano, sendo o estopim da Guerra Civil.

Barboza e Kozicki (2016, *online*) resumem o caso *Dred Scott vs. Sandford*, afirmando que a Suprema Corte declarou inconstitucional o *The Missouri Compromise* que limitava a escravidão ao norte da linha de Mason-Dixon, apoiando-se em um precedente que estabelecia que na volta a um Estado escravagista, o escravo, mesmo que tenha sido considerado livre em outro Estado, deveria ser controlado pela lei desse Estado e, portanto, Dred Scott não tinha direito a continuar livre quando retornasse ao Estado do Missouri onde a escravidão era permitida. De acordo com os autores, não obstante isso, em vez de decidir apenas o caso em concreto, a Suprema Corte decidiu que os negros, “[...] ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos” e, por essa razão, não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais.

Quanto ao tema, Campos (2014), afirma que, na tentativa de resolver a controvérsia da escravidão nos Estados Unidos, a decisão exarada em *Dred Scott vs. Sandford*, apenas aumentou a segregação entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, o que acelerou a eclosão da Guerra Civil que transformaria aquele país.

Este autor aduz, ainda, que nesse julgamento foi utilizada uma estratégia de despolitização e judicialização da controvérsia, configurando uma “hipótese ancestral de judicialização da política”, com a transferência de responsabilidade para a Suprema Corte (CAMPOS, 2014, p. 56).

Por fim, na esteira de casos emblemáticos no desenvolvimento do ativismo judicial, cumpre mencionar o julgamento de *Lochner vs. New York*. De

acordo com Barboza e Kozicki (2016, *online*), a Era Lochner era um período conturbado, em que, inspirando-se no Liberalismo Econômico, a Suprema Corte, declarou várias leis inconstitucionais, as quais, de alguma forma, permitiam a intervenção do Estado na economia. Para os autores, a decisão do caso *Lochner v. New York*, de 1905, foi a mais famosa deste período. O caso envolvia uma lei de Nova Iorque que limitava as horas de trabalho dos empregados de padaria em 60 horas semanais e 10 horas diárias. Referida lei foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte “por entender que ela violava a liberdade contratual protegida pela cláusula do devido processo legal da Emenda14”.

Para Barboza e Kozicki (2016), a Suprema Corte fez uma análise substantiva da lei em face do princípio do devido processo legal, e não uma análise meramente procedimental, na medida em que verificou a justiça e a razoabilidade da lei, e não apenas se ela obedecera às formalidades do procedimento democrático.

Esclarecedora reflexão sobre o tema é feita por Tassinari (2010), ao afirmar que se tende a identificar esse período como marcado pela contenção judiciária (*self-restraint*), tendo em vista que a decisão da Suprema Corte não possibilitaria a interferência do Estado nas relações privadas. Por outro lado, afirma que, com a realização de um estudo mais cuidadoso, percebe-se que existe muito de ativismo em um posicionamento como este. Porque havia, em verdade, um caráter eminentemente político na decisão da Suprema Corte, que invadia o âmbito de produção legislativa. De acordo com a autora, resta claro que mesmo um comportamento de não intervenção do Judiciário pode revelar um perfil ativista.

Diante disso, pode-se concluir que o ativismo judicial nasceu e desenvolveu-se nos Estados Unidos a partir do julgamento de casos paradigmáticos pela Suprema Corte, ao longo dos séculos XIX e XX (RAUPP, 2016).

1.2 Conceito

O surgimento da expressão Ativismo Judicial (*Judicial Activism*) é atribuído ao jornalista estadunidense chamado Arthur Schlesinger Jr., o qual publicou um artigo sobre o tema na revista *Fortune*, em janeiro de 1947 (SOLIANO, 2013).

Neste ponto, cumpre mencionar a distinção entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, os quais, por vezes, tendem a ser confundidos.

Com propriedade, o Ministro Luís Roberto Barroso (2012, *online*) traça a diferença entre os dois institutos. Para ele a judicialização e o ativismo judicial são próximos, mas não possuem as mesmas origens. Isso porque, explica o autor, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato”, decorrente do modelo constitucional que se adotou, “e não um exercício deliberado de vontade política.” Afirma que a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil impulsionam a esse fenômeno.

Por outro lado, Barroso (2012, *online*) aduz que “o ativismo judicial é uma atitude”, que ocorre, normalmente, em situações de retração do Poder Legislativo, estando relacionado com uma escolha, com uma forma de interpretar e aplicar a Constituição Federal. Conforme explica, a ideia de ativismo judicial estaria ainda associada a uma maior participação e interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, com o fim de concretização dos valores e fins constitucionais.

Feita essa digressão preliminar, passa-se à análise do conceito de ativismo judicial.

Campos (2014, p. 164) conceitua ativismo judicial como sendo “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”.

Ramos (2009) *apud* Sponchiado Neto (2016, *online*) conceitua ativismo judicial da seguinte forma:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Tassinari (2013) considera o ativismo judicial como relacionado a uma postura, um ato de vontade dos órgãos jurisdicionais que extrapola os seus poderes e, de consequência, ultrapassa os limites impostos pela Constituição Federal.

Em conclusão, o entendimento doutrinário acerca do fenômeno do ativismo judicial é bem sintetizado por Raupp (2016), como sendo uma escolha e um ato de vontade, correlacionado aos diversos decisionismos/subjetivismos do intérprete judicial.

1.3 Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes

Uma vez enfrentada a historicidade do ativismo judicial e realizadas reflexões sobre seu conceito, avança-se, neste ponto, para o debate acerca de sua relação com o Princípio da Separação dos Poderes. Isso se mostra necessário pois a doutrina especializada apresenta um dualismo teórico sobre o ativismo judicial, destacando faces positivas e negativas do fenômeno.

De acordo com Raupp (2016), há uma linha de pensamento que concebe o ativismo judicial como decorrente de uma atuação proativa do Judiciário que busca a concretização de direitos e liberdades fundamentais.

Ávila (2012, *online*) admite que, quanto ao aspecto positivo, o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas a contento pelo legislador. Afirma ainda que muitas vezes, o ativismo judicial surge no contexto de direitos fundamentais de 2ª geração, que são aqueles que ordenam uma conduta positiva do Estado. Segundo o autor, “a falta de regulação de tais direitos não impede o julgador de reconhecê-los e de determinar, principalmente na conduta de outros poderes, a imperatividade de tais preceitos”.

Dentre os defensores desta corrente, pode-se citar o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, o qual, em artigo de sua autoria, asseverou que caberia ao STF, no exercício de sua função representativa, “atender a demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Ou seja, o Judiciário se torna representativo quando o Legislativo não tenha conseguido sê-lo” (2015, *online*).

Ainda segundo Barroso (2015, *online*), muitas vezes cortes constitucionais “atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório”, citando como exemplos, no Brasil, a decisão que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais e abriu caminho para o casamento de pessoa do mesmo sexo e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Por outro lado, seguindo um posicionamento crítico, Daniel Souza Sarmiento (2007, *online*) explica que a euforia na fundamentação principiológica traz à baila o “decisionismo judicial”, em que os juízes passam a negligenciar seu dever de fundamentar seus julgamentos.

Não é diferente o entendimento de Streck (2013), para o qual o juiz não pode proferir uma decisão judicial resultante de escolhas políticas elaboradas *a priori*, em desrespeito aos postulados da integridade e da coerência no momento da aplicação do Direito (elaborado segundo opções axiológicas e políticas pelo legislador).

Streck (2016, *online*) afirma que o intento de sua teoria denominada Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é “despertar a comunidade jurídica acerca do problema da discricionariedade”. Argumenta ainda que a jurisdição deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política, não podendo ser compreendida numa escolha personalista e discricionária. Para o jurista, por exigência democrática, as decisões judiciais não podem espelhar vontades individuais, mas sim “o direito construído pela/na comum-idade”.

Nessa mesma linha de ideias, Figueiredo (2016) afirma que, por vezes, o Judiciário atua como se Legislativo fosse, o que acarreta severas implicações no Estado Democrático de Direito, nos limites de atuação do Judiciário e na ideia de Democracia.

Madeira e Amorim (2013, *online*) afirmam que é necessária muita cautela com a utilização do ativismo judicial, sob pena de instalar-se uma “ditadura do judiciário, com a conseqüente atrofia dos demais poderes e o vilipêndio do secular

princípio da separação dos poderes, o qual está expressamente previsto no art. 2º da Constituição brasileira”.

Assim sendo, mostra-se imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho monográfico, realizar a correlação do tema com o Princípio da Tripartição de Poderes.

De acordo com Ávila (2012), a doutrina especializada é uníssona em revelar que não foi Montesquieu o primeiro a tratar da tripartição de poderes.

Nesse sentido, cumpre citar trecho do livro “A Política” de Aristóteles (*apud* FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016, *online*):

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. [...] O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

A evolução deste princípio compreende ainda o pensamento de John Locke, o qual escreveu sobre a existência de “três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo” (PEIXINHO, 2008, *online*). Segundo Ávila (2012), para Locke, ao poder legislativo caberia a tarefa de definir o modo de utilização da força da comunidade para a sua própria preservação, bem como dos seus membros. Incumbiria ao poder executivo executar as leis em vigor e ao poder federativo dirimir as controvérsias instaladas na sociedade.

A par disso, Soliano (2013) afirma que a ideia de tripartição de poderes foi gestada ao longo dos séculos e recebeu influência de grandes nomes da história, como Aristóteles, Kant, Rousseau e Locke, mas seria indiscutível que a fórmula mais acabada e que mais influenciou o Ocidente foi a produzida por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*.

Nesse sentido, Lages (2018, *online*), pontua que a teoria da separação de poderes formulada por Montesquieu “possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado”, pois propôs uma tripartição de poderes equilibrada ao ressaltar o perigo da concentração, em um único órgão, de todos os poderes do Estado.

Atualmente este princípio encontra-se positivado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Além disso, consta do texto constitucional, em seu art. 60, § 4º, III, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes, constituindo, dada a sua importância, uma cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988).

CAPÍTULO II – ABORTO

Atualmente, os tipos penais que punem condutas abortivas, bem como as hipóteses lícitas de aborto têm gerado intenso debate no Brasil, tanto no âmbito jurídico, como também científico, moral e religioso. No presente capítulo abordaremos o conceito jurídico elaborado pela doutrina brasileira a respeito deste instituto, bem como as hipóteses legais de aborto previstas na legislação nacional.

2.1 Conceito jurídico

Conforme ensina Damásio de Jesus (2012, p. 151):

No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento. A palavra *abortamento* tem maior significado técnico que *aborto*. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão *aborto* é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

Na mesma linha argumentativa Mirabete e Fabbrini (2015) aduzem que alguns autores preferem a palavra abortamento, pois esta designaria o ato de abortar, enquanto outros preferem a palavra aborto, visto que, apesar de se referir apenas ao produto da interrupção da gravidez, é termo de uso corrente tanto na linguagem popular como na erudita.

Diante dessas considerações, utilizar-se-á no presente trabalho o termo aborto, por ser de uso habitual no âmbito jurídico e empregada pelo próprio Código Penal Brasileiro, quando da definição dos tipos penais que incriminam condutas abortivas.

Quanto aos aspectos históricos desta prática, importa destacar que esta nem sempre foi objeto de incriminação. De acordo com Capez (2015), sua realização era comum entre os povos hebreus e gregos. Além disso, na Roma antiga as Leis das XII Tábuas e as leis da República não tratavam do aborto, isso porque, o produto da concepção seria parte do corpo da mulher gestante, de modo que aquela que abortava, nada mais fazia senão dispor do próprio corpo.

Continua Capez (2015, p. 142) discorrendo que:

[...] Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social [...] Na Idade Média o teólogo Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma [...] São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso. É certo que em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato que perdura até os dias atuais. [...]

No que diz respeito à criminalização de práticas abortivas no Brasil, tem-se que o Código Criminal do Império de 1830, punia somente o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o provocado pela gestante, ou seja, o autoaborto. Por sua vez, o Código Penal de 1890, criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, previa atenuação de pena quando a finalidade fosse ocultar desonra própria e ainda autorizava a prática para salvar a vida da parturiente (CAPEZ, 2015, p. 142).

Feitas essas digressões preliminares, passa-se a analisar o conceito de aborto. Pois bem, de acordo com Carneiro Júnior et al. (2015, p. 557), o vocábulo

aborto pode ser conceituado como “a interrupção da gravidez e a consequente eliminação da vida do nascituro”.

Para efeitos penais, o aborto seria “a interrupção intencional do processo de gravidez, com a morte do feto” (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2010, p. 467).

Ney Moura Teles pontua que “aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação”. Continua aduzindo que há aborto ou abortamento quando a gravidez – que é o processo de formação do ser humano e que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide – é interrompida, ocasionando a morte fetal (2006, p. 129).

De acordo com Mirabete e Fabrini:

O aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto. (2015, p. 59)

No entanto, conforme defende Luiz Regis Prado, a mera interrupção da gestação, por si só, não implica em aborto, posto que o feto pode ser expulso e, ainda assim, sobreviver ou, mesmo com vida, ser morto por outra conduta punível (infanticídio ou homicídio). Para esse autor, o aborto consistiria então na “morte dada ao nascituro *intra uterum* ou pela provocação de sua expulsão” (2018, p. 91).

Assim, verifica-se que o aborto pode ser considerado como a interrupção do processo gravídico com a consequente destruição do produto da concepção (óvulo, embrião e feto), ou seja, é a eliminação da vida intrauterina (PRADO, 2018).

Isso porque, apenas a supressão da vida até o início do parto constitui aborto, que pode ou não ser criminoso. Iniciado o parto, a eliminação da vida constitui homicídio ou infanticídio, a depender das circunstâncias (BITENCOURT, 2018).

Para Carneiro Júnior et al. (2015), o aborto pode ser resultado de causas naturais (precário estado de saúde da gestante) ou acidentais (queda violenta). Além do mais, estes autores entendem que o aborto pode ser consequência de uma ação humana voluntária – hipótese que importaria para o Direito Penal – devendo ser entendido, nesse caso, como “a eliminação da vida intrauterina, provocada voluntariamente por alguém (gestante e/ou terceiro) durante a gravidez, ou seja, antes do parto” (2015, p. 557).

Conforme se depreende da revisão bibliográfica feita e acima apresentada, o aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido (CARNEIRO JÚNIOR et al., 2015). Hipóteses que serão estudadas a seguir, com enfoque nas causas legais de aborto.

2.2 Hipóteses legais de aborto na legislação brasileira

Para que se possa realizar a análise das hipóteses de aborto permitidas pela legislação brasileira atual, faz-se imprescindível uma incursão prévia nas espécies de aborto criminoso, ou seja, aquelas tipificadas pelo Código Penal.

Para Bitencourt (2018, p. 187), a melhor definição de aborto criminoso é a seguinte: “interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto”.

O artigo 124 do Código Penal prevê duas figuras típicas, quais sejam: o autoaborto e o aborto consentido (BRASIL, 1940, *online*).

Referido artigo, em sua primeira parte, prevê o aborto provocado pela gestante, também denominado autoaborto, o qual considera crime “provocar aborto em si mesma” (BRASIL, 1940, *online*). Conforme se depreende, trata-se de crime de mão própria, ou seja, somente a gestante pode realizá-lo.

Entretanto, isso não impossibilita a participação no crime em questão, hipótese em que o terceiro responderia pelo crime do artigo 124 do Código Penal a título de partícipe (CAPEZ, 2015).

Por outro lado, a segunda parte do art. 124 do Código Penal também pune a conduta da gestante que consentir que outrem lhe provoque aborto, com pena de detenção, de um a três anos. Este é o chamado aborto consentido, no qual a mulher anui com a prática abortiva, cuja execução material do crime é realizada por um terceiro que, por sua vez, responderá pelo delito descrito no artigo 126 do Código Penal, o qual criminaliza a prática de aborto com o consentimento da gestante, cominando uma pena de reclusão, de um a quatro anos (BRASIL, 1940, *online*).

Já o artigo 125 do Código Penal, descreve a forma mais gravosa do crime de aborto, qual seja, a conduta de provocar aborto sem o consentimento da gestante, conhecido também como aborto sofrido (BITENCOURT, 2018).

Conforme explicitado, o artigo 126 do Código Penal considera crime o aborto consentido, impondo ao agente a pena abstrata de um a quatro anos de reclusão. Por outro lado, de acordo com seu parágrafo único, será aplicada a pena do artigo 125, reclusão, de três a dez anos, “se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência” (BRASIL, 1940, *online*).

Por fim, o artigo 127 do Código Penal prevê duas causas especiais de aumento de pena para o crime de aborto cometido com ou sem o consentimento da gestante que, de acordo com Bitencourt (2018), impropriamente receberam a rubrica de “forma qualificada”. A primeira diz respeito à “lesão corporal de natureza grave”, cuja pena será elevada em um terço, e a segunda se o aborto provocar a “morte da gestante”, cuja pena será duplicada (BRASIL, 1940, *online*).

Superadas as figuras típicas que reprimem a prática de aborto no Código Penal Brasileiro, passa-se agora ao estudo das hipóteses em que o legislador declara lícito o aborto.

Importante esclarecimento faz Prado sobre o sistema das indicações adotado pelo Código Penal Brasileiro:

[...] De acordo com esse sistema, a vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento; a par disso, é possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida (v.g., vida, saúde, liberdade, intimidade etc). É, portanto, uma 'solução de compromisso': 'apenas nas hipóteses (indicações, exceções) preestabelecidas pela lei, e de conformidade com os requisitos exigidos, poderá ser realizado o aborto, o que contribui para uma maior segurança jurídica (sabe-se exatamente quando está permitido ou não) e para evitar subjetivismos ou dúvidas na determinação de qual o interesse preponderante na situação concreta' (2018, p. 98).

Dessa forma, a regra adotada por nosso Código Penal é a punição do aborto e a exceção é a licitude de determinadas hipóteses previstas expressamente (indicadas pelo legislador) (PRADO, 2018).

Dentre as diversas formas de aborto conhecidas (econômico, eugenésico, terapêutico e sentimental) a legislação penal brasileira adota somente os dois últimos. Confira-se o teor do artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940, *online*)

O primeiro caso, descrito no artigo 128, I, do CP, consagra a hipótese do aborto terapêutico que também é conhecido como necessário. Segundo Bitencourt, exige-se a presença de dois requisitos, a saber: perigo de vida da gestante e inexistência de outro meio para salvá-la. Ainda de acordo com esse autor, em caso de perigo de vida iminente, seria dispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal, ou seja, sustenta que "o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante" (2018, p. 194).

Ademais, trata-se de uma espécie de estado de necessidade, excludente de ilicitude da conduta, por não haver outro meio apto a afastar o risco de morte da gestante (PRADO, 2018).

Sobre a valoração dos bens jurídicos em conflito, muito bem observa Capez:

[...] há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou

pela preservação de um bem maior, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado (2015, p. 156).

Do exposto, tem-se que, por opção legislativa, no caso de conflito entre salvar a vida da mãe ou do feto, o médico deverá intervir em benefício da primeira. Pois, conforme observa Prado, o mal provocado (morte do produto da concepção) seria menor do aquele que se pretende evitar (morte da mãe). O que seria decorrência da própria valoração adotada pelo Código Penal, o qual, em diversos casos, “confere maior valor à vida extrauterina que à intrauterina”, cita como exemplo o fato de a pena do homicídio simples ser de seis a vinte anos de reclusão (art. 121, caput, CP), enquanto a do aborto não consentido ser de três a dez anos de reclusão (art. 125, CP) (PRADO, 2018, p. 99).

A segunda hipótese legal de aborto na legislação brasileira é aquela descrita no artigo 128, II, do Código Penal – aborto no caso de gravidez resultante de estupro (BRASIL, 1940, *online*) – denominado também de aborto sentimental, humanitário ou ético (CAPEZ, 2015).

Segundo a previsão legal, não será punido o aborto que seja praticado por médico, se a gravidez for resultante de estupro e desde que a prática abortiva seja precedida de consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz (BRASIL, 1940, *online*).

De acordo com Bitencourt para a autorização do aborto humanitário é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: gravidez resultante de estupro e prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz de consentir, de seu representante legal. Ademais, afirma que “a prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal” (2018, p. 195).

Teles (2006, p. 142), lucidamente justifica a existência da excludente de ilicitude em estudo da seguinte forma:

Vítima de estupro [...], a mulher pode engravidar e ver-se diante de um dilema crucial: gerar em seu útero e permitir o nascimento, assumindo, para o resto de sua vida, um dever moral e legal de mãe, de um ser formado contra sua vontade, ou livrar-se de um ser inocente? A mulher é livre. O ser humano é. Livre para ter relações sexuais com quem queira. Livre para não ter com determinada

pessoa e para não ter senão quando o desejar. Ainda que com o próprio marido ou companheiro. A mulher não é mero objeto do desejo. É senhora de si e não poderá ser compelida à conjunção carnal. Em hipótese alguma. Tanto que é crime o constrangimento ao ato sexual (art. 213, CP). O estupro é uma violência inominável. Se dele resulta gravidez, não pode o Direito obrigá-la a gerar e, depois, ser mãe de quem não queria.

Para Jiménez de Asúa, essa espécie de aborto “significa o reconhecimento claro do direito da mulher a uma maternidade consciente” (1992, p. 321 apud PRADO, 2018, p. 99).

Disso, conclui-se que o Estado não obriga a mulher a gerar um filho fruto de violência, em razão dos graves danos que isto poderia lhe ocasionar (CAPEZ, 2015).

Nas palavras de Teles, “o direito de liberdade da mulher violentada é mais importante que o direito da sociedade de ver nascer mais um indivíduo” (2006, p. 142).

Por fim, além dessas hipóteses legais previstas no art. 128 do Código Penal, existe a possibilidade de aborto de feto anencéfalo, o que foi autorizado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54). Conforme restou decidido, “a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se subsume aos tipos penais dos artigos 124 e 126 do CP” (JESUS, 2012, p. 162).

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal assentou que é inconstitucional a interpretação segundo a qual a antecipação do parto em caso de feto anencéfalo constitui crime de aborto (JESUS, 2012).

Por outro lado, sobre as hipóteses ilícitas e lícitas de aborto se trava importante discussão, a qual reside, principalmente, em definir-se quando se dá o início da vida humana, uma vez que esta é determinante para caracterização e criminalização de práticas abortivas.

Para Teles (2006, p. 130), cabe à doutrina determinar quando se inicia a vida humana, posto que a lei não o faz. De acordo com o autor, existem quatro teorias principais que buscam explicar o começo da vida:

Uma teoria afirma que a vida começa no momento da *fecundação*, quando do óvulo e do espermatozoide se forma o zigoto, que tem potencialidade própria e autonomia genética. Para outros é a *nidificação* ou *nidação* do ovo ou zigoto na mucosa uterina, que se completa no décimo-quarto dia após a fecundação, quando se pode identificar a presença de um ser vivo. Uma terceira teoria afirma que só a partir do momento em que se pode detectar atividade cerebral, com o surgimento de tecidos nervosos e com eletroencefalograma positivo, é que há vida protegida constitucionalmente. Isso vai acontecer por volta de duas ou três semanas após a nidificação. Por fim, defendem outros que só se pode considerar o ser merecedor da tutela penal quando ele demonstrar capacidade de viver fora do útero.

Na sequência, Ney Moura Teles (2006) defende que não há vida humana intrauterina antes da nidificação, que ocorreria depois de quatorze dias da fecundação, pois, antes dessa etapa, ainda não haveria um ser individualizado.

De acordo Aníbal Bruno (apud Carneiro Júnior et al., 2015, p. 557), para o Direito Canônico, a celeuma sobre o início da vida se encerrou no século XVIII, “quando prevaleceu o entendimento de que, a partir da concepção já existe vida humana que precisa de proteção jurídica”.

Por ocasião do julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus n. 124.306 (2016), o tema foi assim sintetizado:

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Essa premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem. (...) na linha do que se sustentou no presente capítulo, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher.

Assim, de acordo com esse julgado do Supremo Tribunal Federal, deve-se interpretar o tipo penal do aborto conforme a Constituição para excluir do seu

âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Ademais disso, existem hipóteses de aborto não agasalhadas pela legislação penal brasileira. É o caso, por exemplo, dos abortos eugenésico e econômico (PRADO, 2018).

De acordo com Prado, o aborto eugenésico é indicado quando há risco “de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez.”. Hipótese esta que garantiria preponderância ao interesse da mãe de preservar a própria saúde em detrimento da vida do nascituro, “despojada das garantias mínimas de bem-estar.”. (PRADO, 2018, p. 100-101).

No entanto, sua prática poderá ser autorizada mediante apresentação de “prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciada em laudos assinados por juntas médicas” (CAPEZ, 2015, p. 159).

Quanto ao aborto econômico, que também não é elencado como hipótese legal de aborto, pode ser conceituado como aquele realizado por motivos econômicos ou sociais. Porém, a indicação socioeconômica, segundo Prado, implicaria “alta dose de insegurança jurídica, já que é muito difícil sua aferição” (2018, p. 101).

CAPÍTULO III – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISPRUDÊNCIA ATIVISTA SOBRE O TEMA ABORTO

A atuação do Supremo Tribunal Federal tem ganhado cada vez mais destaque nos últimos anos. O que tem ocorrido tanto pelo aumento do número de demandas (judicialização), quanto pelo fato de ser instado a se manifestar sobre os mais variados assuntos, de alta complexidade e de grande interesse público, ocupando, em certa medida, o espaço do Poder Legislativo (ativismo judicial). Como é o caso da descriminalização do abortamento de feto anencéfalo (ADPF 54) e da

concessão de ordem de ofício para descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação (HC 124.306/RJ). Neste capítulo será analisado o debate sobre o crime de aborto no STF e identificados, por meio do estudo de sua jurisprudência, em quais casos esse tribunal tem adotado uma postura ativista.

3.1 Hermenêutica Constitucional

De início, cumpre esclarecer que a hermenêutica constitucional está inserida no contexto da interpretação das normas constitucionais (MORAES, 2013).

Para Alexandre de Moraes (2013), a existência da hermenêutica constitucional é justificada pelo fato de existirem diversos bens e direitos constitucionalmente protegidos. Os quais, por vezes, podem envolver-se em relações de colisão ou conflito. E, para a compatibilização das normas constitucionais e sua plena aplicabilidade, a doutrina assinala regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

Conforme definida por Vicente Raó,

a hermenêutica tem por objetivo investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito de orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam (1952, p. 542 apud Moraes, 2013, p. 14).

Para Slaibi Filho (s/d), a hermenêutica distingue-se da interpretação e da aplicação: a primeira é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; essa é o ato de apreensão da expressão jurídica; enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido.

A hermenêutica constitucional pode ser conceituada “como o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das normas constitucionais” (SLAIBI FILHO, s/d, *online*).

A importância da hermenêutica constitucional é evidenciada por Daniel Sarmento, confira-se:

Muita coisa mudou no Brasil nos últimos 20 anos no campo da interpretação constitucional. Se, no cenário pretérito, em que a Constituição era pouco mais do que a 'folha de papel' de Lassale, o tema não tinha maior relevância prática, ele assume uma importância central no atual ambiente institucional brasileiro que é marcado por diversos fenômenos relevantes e inter-relacionados, como a constitucionalização do Direito, a judicialização da política e a progressiva incorporação à prática judicial de métodos e 'estilos' hermenêuticos mais dinâmicos e flexíveis. (2010, p. 217)

Consoante ensinamento de Eros Roberto Grau (2003 apud MENDES e BRANCO, 2013), os textos normativos necessitam de interpretação não apenas por não serem unívocos, como também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais. Ou seja, não só o texto, mas também os fatos a que ele se refere são importantes para a interpretação constitucional a ser dada (MENDES; BRANCO, 2013).

Por outro lado, diversos são os critérios, regras ou métodos de interpretação, por meio dos quais se busca apreender o significado das normas (SLAIBI FILHO, s/d).

Mendes e Branco (2013), seguindo a descrição dos métodos interpretativos de Ernest-Wolfgang Böckenförde (1993), enumera-os em: hermenêutico-clássico, tópico, científico-espiritual, hermenêutico-concretizador e método jurídico-estruturante.

O método clássico pressupõe que se interprete a Constituição de acordo com os mesmos recursos utilizados na interpretação das leis: gramatical, sistemático, histórico e teleológico (MENDES; BRANCO, 2013).

A interpretação literal ou gramatical ou filológica ou textual, é aquela que leva em conta os termos do dispositivo constitucional. Ou seja, busca o sentido das palavras contidas no texto (SLAIBI FILHO, s/d).

Já a interpretação sistemática ou lógica, conforme enuncia Mendes e Branco (2013), visa à compreensão da norma no contexto amplo do ordenamento jurídico.

A interpretação histórica é aquela que analisa o processo de criação da norma, com a investigação de seus antecedentes históricos e trabalhos legislativos preparatórios (MENDES; BRANCO, 2013).

Enquanto a interpretação finalística ou teleológica “confere à norma caráter instrumental de realização dos fins postos pela Constituição” (SLAIBI FILHO, s/d, *online*). Em outras palavras, intenta desvendar o sentido do preceito considerando sua finalidade determinante (MENDES; BRANCO, 2013).

Por outro lado, o método da tópica consiste em uma técnica de “solucionar problemas que, partindo destes, avalia-os sob diferentes pontos de vista disponíveis na busca pela solução mais adequada” (LIMA, 2015, *online*). Em outros termos, o ponto inicial da tópica é o estudo do problema e, posteriormente, busca-se na Constituição a norma mais adequada para a solução do caso concreto.

Para o método científico-espiritual, que tem por expoente Smend, “tanto o Direito, quanto o Estado e a Constituição, são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento”, cujo fim supremo a ser buscado é a integração. Desse modo, a constituição exige uma interpretação extensiva e flexível (COELHO, 2002, *online*).

De acordo com Konrad Hesse (1992 apud KIMURA, s/d), precursor do método hermenêutico-concretizador, não existiria interpretação constitucional independente de problemas concretos. Assim, a leitura do texto constitucional “começa pela pré-compreensão do intérprete, a quem compete concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica” (COELHO, 2002, *online*).

Segundo Mendes e Branco (2013, p. 93), o método jurídico-estruturante, desenvolvido por Friedrich Müller, enfatiza “que a norma não se confunde com o seu texto”, pelo contrário, tem sua estrutura composta também pela realidade social

sobre a qual incide, “sendo esse elemento indispensável para a extração do significado da norma”.

Nesse contexto de ideias é importante mencionar também o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição. Nas palavras de Paulo Bonavides (1996, p. 474):

Em rigor, não se trata de um princípio da interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito.

A *Verfassungskonforme Auslegung*, consoante decorre da explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação 'em harmonia com a Constituição', e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contida, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.

Diante disso, no caso de uma norma que comporte vários significados, “deverá ser encontrada significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando uma declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico” (MORAES, 2013).

3.2 Estudos de casos

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou, em julho de 2004, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, perante o Supremo Tribunal Federal, pleiteando a interpretação conforme a Constituição para que a conduta de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não seja considerada crime de aborto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

O Plenário da Corte, em 12 de abril de 2012, por oito votos a dois, julgou procedente o pedido da ADPF 54, pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Os argumentos a favor da procedência foram os seguintes:

O STF realizou uma série de audiências públicas e procurou ouvir os setores diversos que o caso alcança. Em resumo os argumentos a favor da procedência da ADPF 54 reiteram que: a) a hipótese em julgamento não configura aborto, pois não se trata de potencialidade de vida. Assim, não configura hipótese prevista no artigo 124 do CP; b) o sistema jurídico brasileiro não determina o início da vida, mas fixa o seu fim (com a morte encefálica, nos termos da Lei de Transplante de Órgãos); e c) as normas do Código Penal que criminalizam o aborto são excepcionadas pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição) (ROSÁRIO; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2019, *online*).

Por outro lado, os argumentos contrários, utilizados por outros setores da sociedade foram assim resumidos por Rosário, Oliveira e Oliveira (2019, *online*):

a) o de que o feto já pode ser considerado um ser humano; b) que haveria maiores chances de sobrevivência extrauterina se proibido o aborto, consoante um caso raro de uma criança chamada Marcela de Jesus Galante Ferreira, que apesar de ter sido diagnosticada com anencefalia, teria sobrevivido alguns meses após nascer (médicos rechaçam o uso do “caso Marcela”, por erro no diagnóstico); c) legalizar o aborto de fetos anencéfalos representaria um passo significativo para a legalização do aborto em sentido amplo e irrestrito; e d) o aborto de fetos anencéfalos caracterizaria uma prática eugênica, ou seja, uma forma de aborto preconizada por regimes arianos, a exemplo do nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça.

O Min. Relator Marco Aurélio assim sintetizou a questão:

Na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, a resposta é desenganadamente negativa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013, *online*).

Conforme aclarado pelo Min. Relator, a anencefalia consiste na “malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

Acerca da separação entre Estado e Igreja, o Relator manifestou-se da seguinte forma:

[...] concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. [...] Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

Apoiado em premissas científicas, o Min. Relator asseverou em seu voto que o anencéfalo jamais se tornará pessoa, não se tratando de vida em potencial, mas sim de morte certa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Além disso, os Ministros apoiaram seu convencimento no direito de escolha da mulher, no sentido de que “cabe à mulher e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez” marcada pela inviabilidade de vida extrauterina (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

No entender de Rosário, Oliveira e Oliveira (2019), com esta fala, “o Ministro alça interpretações de extrema importância para a emancipação da mulher e seu corpo dentro de uma sociedade cujos regimes cerceam-lhe liberdade”

Ademais, de acordo com o Min. Ayres Britto:

O que se pede, quanto ao mérito, é o reconhecimento da autonomia de vontade da mulher gestante possa decidir sobre a interrupção de sua gestação, quando lhe parecer que essa gestação não passa de um arremedo de gravidez, pela antecipada certeza da frustração do processo em que ela própria [...] consiste (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

Em contrapartida, votou pela improcedência da ADPF 54 o Ministro Ricardo Lewandowski, por acreditar ser questão afeta ao papel do legislativo, segundo o qual, não seria lícito ao STF a pretexto de realizar interpretação conforme

a Constituição, “envergar as vestes de legislador positivo” e criar normas legais mediante decisão judicial (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

No mesmo sentido, para o Ministro Cezar Peluso, em que pese o feto anencéfalo não possuir vida em potencial, ainda assim, se trata de uma vida. De acordo com o Ministro a eliminação da vida intrauterina, mesmo que acometida de anencefalia, “corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

Por fim, a ADPF 54 foi assim ementada:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *online*).

Para Rosário, Oliveira e Oliveira (2019, *online*), a inércia do poder legislativo implica que os *hard cases*, como este, cheguem aos Tribunais, o que “indica a crise do Direito moderno”.

Diante disso, de acordo com Rosário, Oliveira e Oliveira (2019, *online*), a postura do STF nessa decisão evidencia ativismo judicial. Para as autoras, o STF, “ao adentrar no seu mérito manifestou uma postura ativista, sob o critério de aplicação direta da Constituição na releitura do dispositivo penal questionado”.

Conforme Santos e Rosa (2017, *online*), no caso da ADPF 54, “o STF delimitou a interpretação do dispositivo do Código Penal que tipifica o aborto, [...], modificando os efeitos jurídicos de uma situação concreta não prevista expressamente pelo legislador”, o que indica uma postura claramente ativista da Corte.

Em 29 de novembro 2016, no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, a Primeira Turma do STF concedeu ordem de ofício, decidindo pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção

voluntária da gestação no primeiro trimestre de gravidez (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Na ocasião, o colegiado conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Norteou a decisão a incompatibilidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e sua autonomia, a integridade física e psíquica da gestante e a igualdade entre mulheres e homens:

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 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

Destacou-se ainda, na decisão proferida no âmbito do Habeas Corpus 124.306/RJ, “o aspecto social e econômico que envolve o tema, ao entender que a criminalização da conduta produz um impacto mais significativo sobre as mulheres pobres” (PEREIRA, 2018, *online*):

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

De acordo com o entendimento dos Ministros, a tipificação penal, no caso, viola o princípio da proporcionalidade, pelos seguintes motivos:

(i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível

que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

Frisou-se, por fim, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, como exemplo, foram citados “Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

No que se refere à postura ativista da Corte no presente caso, é importante ressaltar que o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista, anotou que se tratava de habeas corpus, substitutivo de recurso ordinário constitucional. Hipótese que ensejaria a extinção do processo sem resolução do mérito, por inadequação da via processual eleita, nos termos da jurisprudência majoritária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Entretanto, o Ministro, de ofício, analisou a possibilidade de concessão da ordem em razão da “relevância e delicadeza da matéria” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

Inicialmente, Barroso entendeu que a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva “já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e estendida aos corréus” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

No entanto, entendeu por bem analisar a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Consignou que:

O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais

da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, online).

Por fim, destacou que, como o Código Penal data de 1940, bem anterior à Constituição Federal de 1988, seria o caso de não recepção dos artigos 124 a 126 do Código Penal, pois a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Em crítica ao voto do Ministro Barros, Martinelli (2016, *online*), afirma que

Se o intuito do Ministro Barroso era apenas a revogação da prisão preventiva, bastaria apontar a falta do *periculum libertatis*. Nada mais.

Sequer precisaria tocar na existência de *fumus commissi delicti*, pois a prisão cautelar só é legítima quando houver seu fundamento (perigo na liberdade do acusado) e os indícios de autoria de ato ilícito. Ao entrar nos fundamentos da tipicidade do crime em questão e afirmar sua atipicidade, outra não deveria ser sua atitude que a extinção do processo pela ausência de justa causa. Além disso, se no caso concreto a fundamentação para a manutenção da prisão cautelar não fosse suficiente, esta deveria ser revogada sem a necessidade de explicar a ilicitude da conduta imputada.

Em síntese, e com abertura às críticas, o voto do Ministro Barroso é bem fundamentado quanto à ausência dos requisitos da prisão cautelar. Não obstante, ao afastar a tipicidade da conduta imputada ao agente, era seu dever determinar, de ofício, a extinção do processo pela ausência de justa causa. Manter uma pessoa na condição de ré num processo em que o fato narrado seja atípico configura constrangimento ilegal, contrariando, frontalmente, a Constituição Federal.

Por outro lado, de acordo com Moraes (2017, *online*), “em que pese o caso ter sido analisado em sede de controle difuso de constitucionalidade – não há, portanto, efeito erga omnes – é possível depreender que ela abriu espaço para a discussão sobre o tema”.

Para a autora, “o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, além de demonstrar a urgência para a adoção de medidas públicas, reabriu a discussão sobre o tema” (MORAIS, 2017, *online*).

Nesse contexto, tem-se, ainda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, pendente de julgamento, proposta em 15 de março de 2017, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que objetiva a declaração judicial da não recepção constitucional, “dos artigos 124 e 126 do CP para excluir do seu

âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, *online*).

De acordo com Pereira (2018, *online*), “as audiências públicas foram marcadas pela persistente alegação de que o Supremo Tribunal Federal estaria invadindo a esfera de competência” do Poder Legislativo, o que também evidenciaria ativismo judicial.

CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho foi possível verificar as origens históricas, bem como em que consiste o fenômeno do ativismo judicial, o qual pode ser brevemente conceituado como o exercício expansivo do poder jurisdicional.

Para uma melhor compreensão acerca do ativismo judicial e sua correlação com o tema aborto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, realizou-se uma incursão sobre o conceito e as hipóteses permitidas e proibidas de práticas abortivas na legislação brasileira.

Após, foram analisados dois casos envolvendo o tema aborto levados a julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Verificou-se, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial que, diante da utilização de técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declarações de inconstitucionalidade criativas, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF e o Habeas Corpus 124.306/RJ, agiu de forma ativista.

Desta forma, a Corte Suprema brasileira, ao declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, e ao conceder ordem de ofício pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre de gravidez, usurpou competência afeta ao Poder Legislativo, em afronta ao Princípio da Separação de Poderes, previsto na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. **Caderno Virtual**. v. 1, n. 1 (1) XII Curso de formação em Teoria Geral do Direito Público. 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/701/479>>.

Acesso em: 11 de nov. de 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicialreview e o Ativismo Judicial da Suprema Corte Americana na Proteção de Direitos Fundamentais. **Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 733-752, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/8750/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 15 de set. 2018.

BARROSO. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 15 de set. 2018.

BARROSO. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 377-391, set. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58748/57541>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 154-B: Crimes contra a pessoa. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 2 v.
BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 474

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 2 v.

CARNEIRO JÚNIOR, Almicar Araújo. et al. **Código Penal Comentado e sua Interpretação Pelos Tribunais**. 2 ed. Campo Grande: Contemplar, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 230: 163-186, Out./Dez. 2002. Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Desktop/46340-93145-1-PB.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; GIBRAN, Sandro Mansur. O Ativismo Judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a Ideia de Democracia. **Revista Percursos**. 2016, vol. 16. Edição 1, página 104-124. 21p. Disponível em: <<https://web.b.ebscohost.com/abstract?direct=true&profile=ehost&scope=site&authtype=crawler&jrnl=1678569X&AN=122106750&h=XSf4c2wWq53B9tWnLL1pHWAjqE7%2bB9JtTohPBq3hdmPy9o46nsmtZQr6UOvWPKTGJ0IsRciKFP5eh2%2f1mpVVCA%3d%3d&crl=c&resultNs=AdminWebAuth&resultLocal=ErrCrlNotAuth&crlhashurl=login.aspx%3fdirect%3dtrue%26profile%3dehost%26scope%3dsite%26authtype%3dcrawler%26jrnl%3d1678569X%26AN%3d122106750>>. Acesso em 03 dez. 2018.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/291969836/download>. Acesso em: 15 set. 2018.

GALVÃO, Ciro Di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/291969836/download>>. Acesso em: 26 de out. de 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial. Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.

KIMURA, Alexandre Issa. **HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499_arquivo.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política não STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, julho de 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 26 out. 2018.

KOERNER. O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 99, p. 233-255, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000300233&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26 out. 2018.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes**: tensão e harmonia. *Âmbito Jurídico*. 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E>. Acesso em: 03 dez. 2018.

LIMA, João Emmanuel Cordeiro. A tópica como técnica de interpretação constitucional. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564. Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Desktop/1056-3501-1-PB.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial. Instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação de poderes? In: **Hermenêutica**. BORGES, Alexandre Walmott; ADEODATO, João Maurício Leitão; TOLEDO, Iara Rodrigues de (Org.). Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 376-393. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>> Acesso em: 23 nov. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Considerações sobre a decisão do STF sobre o aborto**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/414555561/consideracoes-sobre-a-decisao-do-stf-sobre-o-aborto?ref=topic_feed. Acesso em: 02 out. 2019.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, PAULO Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. 2 v.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
PEIXINHO, Manoel Messias. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3/3>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

PEREIRA, Iasmim Lehrbach. **A descriminalização do aborto praticado no primeiro trimestre de gestação: um conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6092/tcc%20submissao.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 02 out. 2019.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

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

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Revista de Informação Legislativa**. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p25.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

ROSÁRIO, Luana Paixão; OLIVEIRA, Bianca Barbosa; OLIVEIRA, João Mateus Fagundes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: Uma Análise à Luz da Fenomenologia Hermenêutica e do Ativismo Judicial. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 30, p. 83-108, jun. 2019. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1444>. Acesso em: 01 out. 2019.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. O ativismo judicial. **Migalhas**, 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273781,11049-O+ativismo+judicial>. Acesso em: 29 de ago. 2018.

SANTOS, Álisson de Almeida; ROSA, Waleska Marcy. Análise do Caso da ADPF 54/DF Sob as Perspectivas de Hart e Dworkin. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. V. 8, N. 1 (2017). E-ISSN 2237-2261. Disponível em: <http://seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/viewFile/3250/2767>. Acesso em: 01 out. 2019.

SARMENTO, Daniel. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Hermenêutica Constitucional**. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000447-9e5c29f56d/HERMENEUTICA%20CONSTITUCIONAL%20NAGIB%20S.%20FILHO.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direitoe Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5514/2937>>. Acesso em: 23 de nov. de 2018.

SPONCHIADO NETO, Silvio. **Técnicas decisórias de ponderação: por uma busca de limitação ao subjetivismo judicial**. 2016. 175f. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Joçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

STRECK. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN** – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

STRECK. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção O que é isto?, n. 1).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 26 de ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF**. Relator: Min. Rosa Weber. Autuado em 08/03/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 02 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 26 de ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: AURÉLIO, Marco. Redator do acórdão: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 17-03-2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+124306%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qx5dhoh>. Acesso em 02 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Voto-vista. Ministro Luís Roberto Barroso. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 02 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de Jurisprudência Internacional: Aborto**. N 1-B. 18 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa1Abortoatualizada18022019.pdf>. Acesso em: 26 de ago. 2019.

TASSINARI, Clarissa. Revisitando o problema do ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana. Anima: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, v. 4, p. 60-78, 2010. Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/pdf/anima4/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>. Acesso em: 15 de set. 2018.

TASSINARI. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em:

<<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>>.
Acesso em: 14 nov. 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-057, junho de 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 de ago. 2018.

Digite a equação aqui.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212. São Paulo: Saraiva, 2006. 2 v.

VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. Ativismo Judicial: evolução, relevância e limites. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)** – Editora Fórum (Belo Horizonte – Brasil), 25 de Maio de 2014. Ano 1 (2015), nº 3, 201-236. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0201_0236.pdf. Acesso em: 20 de ago. 2018.