

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA: A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO

POLICY JUDICIALIZATION AND DEMOCRACY: THE  
DECRIMINALIZATION OF ABORTION UNTIL THE THIRD  
MONTH OF PREGNANCY

**Jânio Pereira da Cunha\***  
**Roberta Pessoa Moreira\*\***

\*Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Acadêmico) e do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: janiopcunha@hotmail.com

\*\*Mestranda em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento pela UNICHRISTUS. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Bacharela em Direito pela UNIFOR. Analista Judiciária – Área Judiciária na Justiça Federal no Ceará, exercendo a função de assessora. E-mail: pessoa\_roberta@hotmail.com

**Como citar:** CUNHA, Jânio Pereira da; MOREIRA, Roberta Pessoa. Judicialização da política e democracia: a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 178-199, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p178. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** Investiga, de maneira descritiva e exploratória, se decisões judiciais acerca de temas sensíveis e polêmicos, no meio social, comprometem a democracia e, em caso positivo, quais as razões do enfraquecimento democrático. Recorre-se às pesquisas bibliográfica e documental sobre os temas aborto, judicialização da política e os reflexos desta na democracia. Mediante demanda empírica, o objeto de estudo é a ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, baseada no voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal. Pretende-se obter resultado puro e qualitativo acerca da temática, sob a perspectiva de que o excesso de judicialização da política subverte a Constituição e desrespeita a soberania popular, já que juízes, não eleitos pelo voto, interpretam e se auxiliam de princípios para proferirem, muitas vezes, decisões discricionárias e arbitrárias. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, ao conceder a ordem no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, descriminalizou conduta prevista, objetivamente, no Código Penal, como crime e desrespeitou direito individual fundamental, o direito à vida, contido na Constituição Federal, com um considerável comprometimento da democracia. Sugerem-se maior diálogo entre os poderes e mais participação do povo no enfrentamento de aspectos complexos, cujas decisões dependem do debate popular para que se legitimem.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Democracia. *Habeas Corpus* nº 124.306/2016. Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** It investigates, in a descriptive and exploratory way, whether judicial decisions on sensitive and controversial issues compromise democracy and, if so, what are the reasons for democracy's weakening condition. Bibliographic and documentary research on themes, such as abortion, judicialization of politics and its effects on democracy are examined. From an empirical standpoint, the object of study is Habeas Corpus n° 124.306/2016, specifically Minister Luís Roberto Barroso vote in the Brazilian Federal Court of Justice. This paper intends to obtain a pure and qualitative result on the theme, from the perspective that excessive judicialization of politics subverts the Constitution and disrespects popular sovereignty, since judges, not elected by the people, interpret, and rely on principles to make often discretionary and arbitrary decisions. This paper concludes that the Brazilian Federal Supreme Court, when granting the order in Habeas Corpus no. 124.306/2016, decriminalized a conduct objectively established by the Brazilian Criminal Code and disrespected a fundamental right, the right to life, protected by the Brazilian Federal Constitution. Such an act compromises the rules and legitimacy of democracy. Moreover, this study suggests that there needs to be greater dialogue between the three branches of government and more participation of the people to tackle complex questions, which depend on popular debate in order to be properly legitimized.

**Keywords:** Judicialization of politics. Democracy. *Habeas Corpus* n° 124.306/2016. Federal Court of Justice.

## INTRODUÇÃO

São recorrentes, na sociedade, controvérsias morais e políticas, que tratam de assuntos sensíveis, e que costumam produzir opiniões diversas, como é o caso da temática do aborto. Sob a perspectiva da previsão constitucional da separação dos poderes, a deliberação acerca desses aspectos deveria ocorrer no âmbito do Poder Legislativo, onde se encontram os representantes da sociedade, eleitos pelo voto, a fim de serem respeitadas a democracia e a supremacia da Constituição.

É rotineiro, no entanto, o enfretamento de temáticas morais e políticas, que cuidam de assuntos sobejamente complexos, como se configura o aborto, pelo Poder Judiciário. Ocorre, assim, frequentemente o fenômeno denominado de judicialização da política. Foi o que aconteceu na ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 124.306, de 29 de novembro de 2016. Nesse caso, fixou-se a ideia de que a conduta de interrupção gestacional, até o terceiro mês, não configuraria o crime de aborto, com base no voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, integrante da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF).

Discute-se, então, no tocante ao problema de pesquisa, se decisões judiciais que se reportam a temas sensíveis à sociedade, a exemplo da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, comprometem a democracia e, em caso positivo, por quais razões sucede este enfraquecimento.

Parte-se, por oportuno, da premissa de que decisões proferidas pelo STF, como ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, se limitam a reduzido número de juízes, como também comprometem, invariavelmente, aspectos democráticos relacionados ao sufrágio universal pelo voto e a representatividade popular dele decorrente. Considera-se, ainda, a ideia de que uma melhor fundamentação das decisões judiciais sobre matérias políticas é relativa. Vale dizer, a utilização de precedentes, nem sempre, privilegia a inovação dos casos discutidos, bem como a utilização exacerbada de princípios e da interpretação judicial podem ser expedientes para decisões discricionárias e arbitrárias pelos juízes.

A matéria é relevante, pois é comum a busca pelo Poder Judiciário para solucionar contendas políticas controversas. Ademais, a temática do aborto, incluindo a que foi discutida no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, que se limitou ao terceiro mês de gestação, é sensível e polêmica no meio social, provocando discussões em torno das subversões nas ordens democrática e constitucional, quando o assunto se assenta no âmbito judicial.

Debater argumentos assim, em meio acadêmico e com alcance social, permite que investigações relacionadas a este tema, mas com outros enfoques, sejam despertadas e enriqueçam a contribuição para os contornos e soluções acerca do excesso de judicialização da política pelo Poder Judiciário e as possíveis consequências dele advindo, tais como decisões arbitrárias e sem cariz democrático.

Do ponto de vista metodológico, efetiva-se o estudo por meio de pesquisa bibliográfica e documental, examinando-se os conteúdos em livros, revistas, artigos, revistas especializadas

e dados oficiais publicados na Internet. Desenvolve-se demanda empírica cujo objeto de estudo conforma o caso julgado no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, que abordou tema de tanto relevo, qual seja, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação.

Segundo a utilização dos resultados, a pesquisa é pura, pois tem como ponto fundamental a ampliação do conhecimento. Sua abordagem é qualitativa, porquanto baseada na apreciação, análise, entendimento e observação da bibliografia e dos documentos aos quais se recorreu. No concernente aos objetivos, a investigação resulta descritiva, pois focalizada na análise e registro temático, e é exploratória, haja vista a definição que se concede aos objetivos e à busca de mais informações pertinentes. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, uma vez que, desde a análise do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016 e da compilação teórica acerca da judicialização de temas políticos, intenta-se obter o resultado central do artigo em torno dos prejuízos democráticos ocorrentes quando sobrevém a judicialização da política.

Na segunda seção, deste artigo, procede-se a uma breve contextualização do ato impetratório do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016 no STF. No terceiro tópico, a seu turno, aborda-se o mérito do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, à luz do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, momento em que se adentra a temática do aborto até o primeiro trimestre da gestação. Nesse ponto, frisa-se que não é objeto do artigo ora sob relação se posicionar sobre o início da vida e manifestar juízo de valor no que toca a interromper a gestação até seu terceiro mês. No quarto segmento, realiza-se um ligeiro levantamento teórico a respeito da resolução de problemas políticos pelo Poder Judiciário e o enfraquecimento da democracia. Retrata-se o excesso de poder do STF com a exacerbada judicialização da política, estabelecendo-se, pois, a devida relação com o *Habeas Corpus* nº 124.306/2016.

## 1 BREVE CONTEXTO DA IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/2016

O *Habeas Corpus* nº 124.306, cujo julgamento pela primeira Turma do STF ocorreu em 29 de novembro de 2016, teve como relator o ministro Marco Aurélio Mello e voto-vista proferido, em 09 de agosto de 2016, pelo ministro Luís Roberto Barroso. A demanda refere-se a dois médicos, Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, que mantiveram clínica de aborto e, inicialmente, foram presos em flagrante em 14 de março de 2013. O fundamento para o cárcere foi a suposta prática da conduta do aborto com o consentimento da gestante, fato tipificado no art. 126<sup>1</sup>, do Código Penal, além do cometimento do crime de formação de quadrilha, à época

---

1 Os artigos 124 a 128, do Código Penal, dispõem sobre o crime de aborto, respectivamente, nestes termos: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilmente mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada. Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

previsto no artigo 288<sup>2</sup>, do Código Penal (BRASIL, 2016).

Em seguida, em 25 de fevereiro de 2014, os profissionais tiveram a prisão preventiva decretada, ocasião em que impetraram o *Habeas Corpus* nº 290.341, o qual não foi conhecido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob a relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura (BRASIL, 2016).

Em razão, portanto, de haver sido mantida a prisão provisória, os médicos impetraram o *Habeas Corpus* nº 124.306/2016 no STF, por meio do qual sustentaram que não havia os requisitos necessários para que fosse decretada a prisão preventiva, conforme estabelece o artigo 312<sup>3</sup>, do Código de Processo Penal. Justificaram que eram réus primários, com bons antecedentes, trabalho e residência fixa no local da culpa. Alegaram, ainda, que eventual condenação poderia ser cumprida em regime aberto e que não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes. Portanto, o encarceramento cautelar seria desproporcional e, por isso, pleitearam a invalidade da prisão preventiva (BRASIL, 2016).

Ainda com base na síntese da demanda, o ministro-relator Marco Aurélio deferiu a medida cautelar, em 8 de dezembro de 2014, em benefício dos médicos, estendida aos demais co-réus, em 27 de junho de 2015. Em 29 de novembro de 2011, proferiu-se a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio da qual não foi conhecida a impetração do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, mas a ordem foi concedida, de ofício, nos termos do voto do ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber (BRASIL, 2016).

Julgou-se, então, pela liberdade dos profissionais da saúde, uma vez que, mediante interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, o aborto, praticado voluntariamente até o terceiro mês da gestação, não configurava os crimes previstos nos arts. 124 a 126 do Código Penal. Os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, também integrantes, à época, da Primeira Turma do STF, limitaram-se a discutir a legalidade da prisão preventiva sem adentrar o mérito da descriminalização do aborto (BRASIL, 2016).

## **2 ANÁLISE DO MÉRITO DO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/2016 À LUZ DO VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO**

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista, ao analisar o pedido dos pacientes do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, entendeu que inexistia o pressuposto da prisão preventiva, referente à ocorrência de fato típico penal, nos termos do artigo 312, do Código Penal, pois o aborto realizado até o terceiro mês de gestação não seria considerado crime. Para ele, a criminalização de uma conduta se amolda à Constituição Federal de 1988, quando protege um bem jurídico relevante, não corresponde ao exercício legítimo de um direito fundamental e há proporcionalidade entre a

---

2 Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

3 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

conduta realizada e a reação do Estado (BRASIL, 2016).

O referido Ministro fundamentou a ideia que a prática do aborto até o primeiro trimestre da gestação não configura crime, pois o entendimento contrário viola diversos direitos fundamentais da mulher, tais como a autonomia, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero, além de provocar discriminação social e produzir impacto desproporcional em relação às mulheres pobres (BRASIL, 2016).

Quanto à afronta ao princípio da proporcionalidade, no voto-vista analisado, concluiu-se que este princípio, por meio de seus elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, tem por fim assegurar razoabilidade substantiva, isto é, justiça efetiva, nas decisões proferidas. Desse modo, o Ministro explanou que, para se justificar a criminalização, seria necessária a devida tutela à vida do feto (elemento da adequação). No seu entendimento, porém, não é o que se verifica, na prática, pois há estudos demonstrando que o número de abortos costuma ser mais elevado em lugares onde a conduta é proibida. Ocorreria o aumento de abortos inseguros, sendo as mulheres de baixo poder aquisitivo as mais prejudicadas (BRASIL, 2016).

Ademais, expôs que o atendimento ao subprincípio da necessidade, relativamente à criminalização do aborto de fetos até o terceiro mês de gestação, consiste em não se dispor de meio que proteja a vida do nascituro e que seja menos restritivo aos direitos da mulher. Sustentou, ainda, que a descriminalização associada a políticas públicas que permitam a gestante tomar uma decisão refletida seria uma via de mais êxito (BRASIL, 2016).

Em relação ao atendimento da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, explicou que o custo-benefício entre a proteção do feto e a restrição aos direitos fundamentais da mulher deve se mostrar razoável. Aduziu, no entanto, que os direitos fundamentais da mulher são restritos e a proteção ao feto é ineficiente, uma vez que, com a criminalização, se verifica o aumento do número de condutas abortivas. Com base, então, no princípio da proporcionalidade aplicado à circunstância de interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação, o ministro Luís Roberto Barroso concluiu (BRASIL, 2016, p. 8):

O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

O Ministro aduziu, ainda, que há duas posições em torno do início da vida. Uma delas sustenta que esta inicia na concepção e outra defende o ponto de vista conforme o qual, antes da formação do sistema nervoso central e da consciência, o que ocorre após o terceiro mês da gestação, não há plenamente vida, considerando que (BRASIL, 2016, p. 17):

Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao

arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

O artigo 5º, *caput*<sup>4</sup>, da Constituição da República, que integra o Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), prevê que a vida é direito inviolável. Tanto é assim que, conforme o artigo 60, §4º, inciso IV<sup>5</sup>, da Carta Magna, não é passível de deliberação a proposta de emenda que tende a abolir os direitos e as garantias individuais (BRASIL, 1988).

O instituto do aborto, por sua vez, está previsto no Título I (Dos crimes contra a pessoa), capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Código Penal, precisamente, dos artigos 124 a 128 (BRASIL, 1940). Apenas no artigo 128, do Código Penal, há previsão de conduta abortiva sem criminalização – casos em que a prática é necessária, uma vez que não há outro meio para salvar a vida da gestante ou se a gravidez foi resultado de estupro e o ato é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, em se tratando de gestante incapaz (BRASIL, 1940).

Desse modo, a prática do aborto, até o terceiro mês da gestação, conforme os dispositivos expressos e objetivos do Código Penal, em coerência com a Constituição Federal de 1988, é considerada, do ponto de vista jurídico, fato típico, ilícito e culpável, já que não foi tratada como exceção. A ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, portanto, configura mais uma hipótese de descriminalização do aborto sem expressa previsão legal, sob o fundamento de estar sendo realizada uma interpretação conforme a Constituição (STRECK, 2020).

Autoras como Mendes e Chiapeta (2017), coadunadas em relação à ideia do ministro Luís Roberto Barroso, expõem que o aborto inseguro, decorrência da procura de procedimentos clandestinos por gestantes, haja vista a criminalização da conduta, é uma das maiores causas de morte materna no Brasil. Além disso, com a descriminalização, garantem-se os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, já que estas podem escolher se continuam, ou não, com a gestação, sem interferência estatal. Portanto, postulam o argumento de que o Brasil deveria tomar como exemplo o Uruguai e Portugal, que legalizaram a prática do aborto até a décima segunda semana de gestação.

De igual modo, Cisne, Oliveira e Castro (2018) sustentam que a criminalização do aborto, até o terceiro mês de gestação, consiste em lesão ao princípio da proporcionalidade, uma vez que põe a formação do embrião em detrimento da vida da mulher. Expõem que se acentua a desigualdade de sexo, raça/etnia e classe, pois estudos apontam que mulheres negras e pobres, que vivem em países periféricos, são as mais vulneráveis a cometerem abortos inseguros e submeterem suas vidas a risco.

Por outro lado, os que são contra o aborto defendem, em síntese, a ideia de que a vida existe desde o momento da concepção e, em sentido contrário ao ponto de vista Barroso, Minahim e Rocha (2017, p. 21) explanam que, no HC nº 124.306/2016, a fim de tentar legitimar a prática

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

5 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

“[...] convocaram-se desconexas razões com o fim de levar o destinatário da mensagem a aceitar a argumentação de seu emissor”.

Os autores apontaram que foi utilizado o fundamento da autonomia, contemporaneamente dissociado da real dimensão do termo, contextualizado na história da filosofia Ocidental. Explicaram que, no voto em análise, o Ministro preceituou que a autonomia se refere à liberdade individual protegida pelo princípio da dignidade humana. Afirmaram, também, que, malgrado a dignidade humana pressupor a autonomia, o direito de fazer escolhas existenciais básicas e de tomar decisões morais sobre a direção da sua vida pressupõe a observância do que é moralmente aceito na sociedade (MINAHIM; ROCHA 2017).

Streck (2020) entende que o ministro Luís Roberto Barroso, ao se utilizar do princípio da proporcionalidade para justificar a sua decisão relativamente à licitude da interrupção da gravidez, no caso concreto analisado, até o terceiro mês da gestação, promoveu a simplificação da teoria de Robert Alexy (2017). O Ministro afirmou que estava ponderando o direito à vida potencial do feto e os direitos fundamentais da mulher, mas utilizou argumentos incoerentes e despreocupados em relação à integridade do sistema jurídico-constitucional. Com efeito, primeiro, foi proferida a decisão e depois se buscaram fundamentos (STRECK, 2020).

Mediante a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy (2017), princípio é entendido como mandamento de otimização, o qual deve ser aplicado na maior medida, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, a proporcionalidade não é compreendida como princípio, mas configura uma máxima que determina o peso da colisão entre princípios. Dessa maneira, Streck (2020) alerta para o fato de que os tipos penais dos artigos 124 e 126, do Código Penal, na verdade, constituem regras e, por isso, devem ser aplicados por subsunção, valendo a regra do “tudo ou nada”, e não mediante ponderação, como se princípios fossem.

Na prática, na ponderação realizada pelo ministro Luís Roberto Barroso, ele pressupõe que, de saída, criminalizar o aborto, até o terceiro mês da gestação, é comprometer os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a autonomia da gestante e é incentivar a submissão de grávidas a procedimentos inseguros. Não foi, no entanto, confrontado, no voto, o peso entre os princípios da proteção à vida e da autonomia da gestante, levantando o questionamento sobre se a decisão não resultou, tão só, de uma concepção pessoal do julgador. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, proteger direitos incontroversos das mulheres, como os sexuais, os reprodutivos, a autonomia e as integridades física e psíquica, não implica, necessariamente, o poder de privar a vida de outra pessoa (STRECK, 2020).

Em relação ao lapso, o Supremo teria utilizado critérios diferentes, em duas oportunidades, para definir o início da vida humana. No momento da decisão pela descriminalização do aborto, resolveu que, até o terceiro mês, não há vida acabada. Já quando da discussão sobre células-tronco embrionárias na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/2008, manifestou a ideia de que embrião consistiria no ser até o décimo quarto dia (BRASIL, 2008). A identificação com o outro contribui para a preservação do feto, de modo que, enquanto este não parece ter o formato de uma pessoa constituída, facilita o aniquilamento, pois “[...] trata-se de um princípio empático não

reconhecido ou declarado aparecendo como critério cronológico de mal disfarçada arbitrariedade” (MINAHIM; ROCHA, 2017, p. 34).

Vê-se, do exposto, que inexistente solução pronta e imediata para esta controvérsia. Termina por depender, muitas vezes, de uma escolha religiosa, filosófica ou científica de cada pessoa a respeito da vida. Nesse âmbito, é importante averiguar, então, se é adequada a resolução judicial de temáticas essencialmente morais e políticas, como a que envolve o aborto, do modo como ocorreu no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, ora analisado, em relação aos aspectos democráticos da decisão.

### **3 DEMOCRACIA *VERSUS* JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/2016**

Debate-se, a seguir, como ocorre a judicialização da política, relacionando-a com o objeto de estudo, que é o *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, e evidenciando as consequências dela provindas, com enfoque para a possibilidade de comprometimento da democracia.

#### **3.1. Considerações sobre a judicialização da política e comprometimento da democracia**

Constituição e Política são conceitos semanticamente indissociáveis, porquanto a Constituição entendida como Carta Política seja escrita ou não, delimita os poderes do governo, reúne as instituições do Estado que identificam o regime político, assim como expressa os princípios para a disputa política e estabelece as relações entre os cidadãos e o Estado (WANG, 2013).

Nas últimas duas décadas, houve uma crescente reaproximação entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, pelo fato de o Judiciário ser um agente político quando interpreta e aplica normas, especialmente no controle de constitucionalidade, bem como em consequência da expansão global do Judiciário e da judicialização da política, que, recorrentemente, é bastante levantada nos debates públicos e acadêmicos (WANG, 2013).

A judicialização da política consiste na transferência dos poderes decisórios do Poder Legislativo ou do Poder Executivo para o Poder Judiciário, o qual difunde métodos de decisão fora da seara judicial propriamente dita, ou seja, proferem-se decisões sobre assuntos morais, matérias de política pública e controvérsias políticas (VALLINDER, 2012), onde se enquadra a celeuma do aborto.

A Constituição Federal brasileira é extensa e analítica, dotada de alta complexidade normativa e propicia a judicialização da política, na medida em que contém texto de natureza principiológica que nem sempre permite a extração de uma única e determinada interpretação, especialmente em questões políticas. Ademais, diante da inércia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e da ciência pela população quanto à ineficiência destes poderes no cumprimento dos programas constitucionais, ocorre a legitimação de uma postura mais ativa do Judiciário. No entanto, este espaço deveria ser ocupado pelo povo, pois a Carta Magna tem também mecanismos que permitem uma participação mais ativa da sociedade na consecução dos seus programas

constitucionais (BERNARDI; PIEROBONS, 2014).

Ao analisar o Direito comparado internacional, extrai-se o argumento de que a judicialização da política acolheu intensa influência ianque. Os Estados Unidos da América emergiram como superpotência democrática e ali se atribuiu grande poder e prestígio ao Judiciário por meio dos tribunais ordinários. Do mesmo modo, foi intensiva a ascendência do sistema austríaco, mediante tribunais constitucionais projetados por Kelsen (VALLINDER, 2012).

Quem defende a judicialização da política compreende que, algumas vezes, podem ser proferidas decisões ruins e que a prática não é democrática, já que as demandas complexas e polêmicas, social e politicamente, não passam pela apreciação do Poder Legislativo. Sustenta, entretanto, que o ponto de direito que lhe interessa, ou melhor, o cerne do conflito a ser resolvido, será enfrentado diretamente, compensando, assim, as desvantagens (WALDRON, 2010).

Opositores da judicialização da política, principalmente quando realizada sobre a legislação, como Waldron (2010), entendem que o modelo é inapropriado para a tomada de decisão final sobre aspectos difíceis e sensíveis em uma sociedade livre e democrática. E a razão disso é que o controle judicial de situações de teor moral ou, na terminologia de Waldron (2004), das divergências morais razoáveis e inelimináveis, apresenta-se, do ponto de vista democrático, politicamente ilegítimo.

A supervisão judicial, nesses casos, afrontaria os elementos centrais do autogoverno do povo, quais sejam: os princípios da participação, da igualdade (“um voto, um homem”), da “majoritariedade” (regra da maioria) e da autonomia (liberdade), principalmente em sociedades complexas, como as atuais, marcadas por ampla e profunda heterogeneidade social e, com efeito, uma pluralidade de ideias, concepções e teorias não apenas diversas, mas, não raro, também antagônicas, a respeito dos valores de justiça para fundamentar e também legitimar os bens jurídicos individuais e coletivos na sociedade (AURÉLIO, 2018; WALDRON, 2004).<sup>6</sup>

Para tanto, Waldron (2010) expressa que a essência da oposição ao *judicial review*, abstraída de suas consequências específicas, consiste no fato de que a judicialização da política não disponibiliza um meio para a sociedade debater matérias polêmicas envolvendo princípios e direitos, dado que se preocupa, constantemente, com ações secundárias em torno de precedentes, textos e interpretação. Além disso, limita-se a uma votação sobre algo mais complexo entre um pequeno número de juízes, rejeitando, assim, os princípios da representação da sociedade e da igualdade política entre os cidadãos.

O controle repressivo das leis e dos atos normativos que afrontam a Constituição são questões que, efetivamente, justificam ser abordados na via da judicialização da política, mas não matérias difíceis, controversas, moral e socialmente, e que envolvem políticas públicas, as quais provocam supressão da instância política originária e adequada. Além disso, torna inefetivos os princípios da separação dos poderes e da igualdade. A judicialização da política não contribui para a formação de cidadãos ativos nem para a construção da democracia (ALVES; MACHADO,

6 Para ampliar as críticas à ilegitimidade democrática da jurisdição constitucional, ver: John Hart Ely (2010); Ran Hirschl (2004); Larry Kramer (2004); Mark Tushnet (2000). Conferir, por outro lado, para defesa da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade: André Ramos Tavares (2005).

2016).

Em relação à realização das políticas públicas, o debate em torno das opções existentes cabe ao Poder Legislativo, também responsável por eleger qual medida deverá ser realizada pelo Poder Executivo. A constitucionalidade de uma política pública não deve ser controlada pelo Poder Judiciário, pois, na realidade, não estará ocorrendo um controle, mas sim uma deturpação democrática em razão do exercício, por juízes, de uma competência que não é sua (ALVES; MACHADO, 2016).

Para os críticos, então, atribuir assuntos morais complexos e difíceis ao Poder Judiciário não é garantia de efetiva resolução dos casos, porque o processo decisório judicial pode ser não menos corrupto ou preconceituoso do que o legislativo, de modo que não poderá fazer nada de magnitude considerável aos direitos das minorias se não houver o apoio da sociedade aos direitos da minoria (WALDRON, 2010). Assim, as objeções ao controle judicial dos temas morais e políticos podem ser resumidas em duas razões principais:

Primeiro, por ser questionável que um grupo reduzido de juízes constitucionais – que, tal como os parlamentares, toma decisões usando a regra da maioria – possa proteger melhor os direitos dos cidadãos do que os próprios cidadãos ou os seus representantes. E segundo, pelo déficit democrático implícito no deslocamento das decisões acerca dos direitos dos cidadãos das mãos dos seus legítimos titulares para as mãos de uma maioria não eleita de juízes que, contrariamente aos representantes, não tem que prestar contas aos cidadãos (ROSAS; THALER; GONZÁLEZ, 2018, p. 199-200).

Ao analisar a expansão do controle normativo pelo Tribunal Constitucional Alemão, Maus (2000) associou o Poder Judiciário à figura da imagem paterna na Psicanálise, na medida em que concentrou os principais aspectos morais e políticos da sociedade, a qual, por sua vez, é órfã do Poder Legislativo, no tocante ao controle e à regulação das relações sociais e políticas.

Na intelecção de Maus (2000), a moralidade pública passou a ser exercida pelo modelo judicial de decisão, baseada em elaboração jurisprudencial de valores, em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outros parâmetros abertos, que se tornaram mecanismos de desvinculação da letra da Constituição, meios em que se substituem princípios e se formam normas suprapositivas.

A alteração da abordagem hermenêutica, ao deixar a Corte Constitucional de, tão somente, aplicar o Direito positivo e passar a utilizar fundamentos de ordem moral, insculpida em ideais de garantia judicial de liberdade e de adoção de principiologia na interpretação constitucional, para Maus (2000), pode encobrir intenções judiciais de domínio, irracionalidade e arbítrios que cerceiam a autonomia das pessoas e a soberania popular. Afinal, o Direito aplicado não é o votado pelo Poder Legislativo, representante da vontade popular e da soberania, mas o que o Poder Judiciário entende como aplicável, ou seja, decidem-se assuntos moralmente relevantes sem apreciação de qualquer teste de legitimidade democrática.

Maus (2000, p. 129), ainda, chama a atenção para o grave problema da ausência de

controle social que a supremacia judicial em matérias morais ocasiona nos Estados democráticos de Direito:

Quando a justiça ascende ela própria a condição de mais alta instância da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização político-democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Nessa mesma linha de crítica à expansão do poder judicial, o guardião da Constituição deve ser, segundo Carl Schmitt (2007), uma instância independente e político-partidariamente neutra. Não se deve, todavia, entregar todas as matérias políticas para a Justiça, estruturada no funcionalismo de carreira, pois a consequência política é a afronta ao princípio democrático, com o perigo de constituir-se uma ditadura principiológica, uma “aristocracia de toga”<sup>7</sup>.

Com efeito, a Corte Constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade e deter o monopólio de definir o conteúdo e os limites das normas constitucionais, equipara-se ao próprio Poder Constituinte. Em que pese a ideia de que o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é meio de garantia da separação dos poderes, o exercício desta atividade, por quem não é amparado por uma legitimidade popular, **não satisfaz os requisitos de uma teoria democrática** moderna (LIMA, 2003).

A judicialização da política constitui, pois, problema quando ocorre de modo incontido e desmesurado, formulando decisões desarrazoadas, submetendo a risco o equilíbrio com os demais poderes. Sucede a igual, quando avança em matérias subsumidas à reserva legal ou àquelas de competência e deliberação da instância política. Acontece de semelhante modo, ao serem proferidas, por magistrados, decisões extravagantes ou emocionais sobre matérias políticas (MANCUSO, 2015).

Conforme expõe Lima (2003), a judicialização da política acarreta a domesticação da soberania popular, uma vez que **não há intervenção do povo no modo de funcionamento e na escolha dos membros do Poder Judiciário, enquanto o poder que esta instituição tem para mudar** as diretrizes do governo é amplo e praticamente incontrolável. Além disso, a capacidade dialógica dos tribunais com a sociedade a respeito de temas políticos e sociais é menor do que a dos espaços do Poder Legislativo.

### 3.2. Judicialização da Política no Supremo Tribunal Federal e o Habeas Corpus nº 124.306/2016

As decisões do STF se tornaram públicas e mais acessíveis à população, em virtude das constantes manchetes em jornais, dos debates acadêmicos, da difusão em meios como “TV Justiça” e internet, tornando a população acostumada ao fato de matérias importantes, de natureza

7 Para Carl Schmitt (2007), a neutralidade e a independência comparecem à figura do presidente do Reich, o chefe de Estado, por este fazer parte de um sistema edificado com uma base plebiscitária, eleito pelo povo, conforme a Constituição de Weimar.

política, moral e econômica, serem decididas por um tribunal composto por 11 pessoas, nas quais não votaram e que utilizam linguagem de natureza técnica, muitas vezes, de entendimento difícil para quem não é da área do Direito (VIEIRA, 2008).

A expansão da autoridade de tribunais, como o STF, em matéria de política, é consequência direta da globalização econômica, em meio à transnacionalização dos mercados, de que é a instituição mais confiável para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das relações. Nesse sentido é a ponderação de Rocha (2009, p. 135):

[...] essa solução de fechamento de espaços de democracia foi adotada antes em relação ao Legislativo, quando os representantes das classes populares começaram a ser eleitos para os parlamentos. O sistema capitalista para impedir que seus interesses econômicos fossem submetidos a debates e decisões por parlamentares contrários ao mercado, adotou a estratégia de esvaziar o Congresso, criando órgãos supostamente técnicos e por ele controlados para decidir sobre seus interesses, como o Banco Central, as agências reguladoras independentes, os conselhos monetários etc.

Ocorre, também, a retração do sistema representativo em razão da incapacidade de cumprir as promessas de justiça e de igualdade por parte dos poderes políticos, leia-se, Executivo e Parlamento, o que transfere ao Judiciário a posição de último guardião dos valores civilizatórios e democráticos (VIEIRA, 2008); ou, na lição de Norberto Bobbio (2004), das promessas não cumpridas da Modernidade, ante a reduzida ou nula efetividade dos ideais universais de igualdade, liberdade e fraternidade apregoados pelas revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, nomeadamente a Revolução Francesa.

Além disso, a concentração de poder no STF decorre de a Constituição Federal de 1988 ser juridicamente ambiciosa, dotada de amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais e de complexo e sofisticado sistema de controle de constitucionalidade, e do fato de seus dispositivos expressarem desconfiança do constituinte e da sociedade nos poderes políticos representativos, de modo que cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, apenas, implementar a vontade do poder constituinte positivada na Constituição, ao passo que ao Judiciário remansa consagrado o ofício de ser o guardião da Carta Magna (VIEIRA, 2008, 2018).

A Constituição da República (1988) tem um compromisso maximizador, ao regulamentar, pormenorizadamente, ampla seara de relações sociais, econômicas e públicas. Por meio da promulgação da Carta de 1988, constitucionalizou-se o Direito, houve explosão da litigiosidade constitucional e, desse modo, qualquer movimento mais brusco dos legisladores ou dos administradores termina em um incidente constitucional no Supremo Tribunal Federal, fortalecendo, assim, a denominada “supremocracia”, que, na explicação de Oscar Vieira (2008, p. 445), se refere,

[...] em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Nesse sentido,

finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo [...]. Em segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. [...] Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. [...] tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo escolhas majoritárias.

Em defesa da atuação do STF, Luís Roberto Barroso (2015) explana que a democracia vai além da mera expressão numérica de quantidade de votos, pois abrange uma dimensão substantiva que incorpora a preservação de valores e de direitos fundamentais e há, ainda, uma dimensão deliberativa, caracterizada pelo debate público, pelos argumentos e a persuasão.

O Ministro aduz que, conquanto se haja denominado de *teoria contramajoritária*, ou, na nomenclatura de Alexander Bickel (1986), *dificuldade* contramajoritária, o fato de seis votos, no universo de 11 ministros, que não se elegeram por meio de voto, sobrepujarem-se à interpretação da Constituição realizada por políticos democraticamente eleitos, o Supremo exerce essa função com razoabilidade e parcimônia, pois não se pode afirmar que os atos legislativos correspondem à vontade majoritária em seu aspecto substantivo. Acrescenta, ainda, que foram as crises de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo que contribuíram para a expansão do Poder Judiciário e, precisamente, do STF (BARROSO, 2015).

Os fatores são associados ao fato de parlamentares, para serem eleitos, terem de alcançar prestígio e apoio que podem agregar interesses particulares. Já no Poder Judiciário haveria melhor representação ou independência, pois juízes passam por concurso público e, no caso dos ministros, a maioria é composta por egressos de carreiras jurídicas. Ademais, as decisões judiciais precisam ser motivadas e, então, jamais podem ser totalmente discricionárias (BARROSO, 2015).

A realidade, no entanto, demonstra que, como consequência da judicialização da política e da concentração de poder no STF, a Constituição Federal de 1988 teria perdido força jurídica. Por isso se questiona se a Carta Magna não significou, à extensão do tempo, mera ilusão e não se sabe ao certo seu futuro, pois, na advertência de Bello, Bercovici e Lima (2019, p. 1802).

Infelizmente, a Constituição de 1988 não fará parte de qualquer que seja o caminho para a resolução da atual crise nacional, pois ela perdeu o potencial de limitar e orientar a composição e dinâmica das relações políticas e sociais. De tanto ser desrespeitada a céu aberto, seja pelo golpe jurídico-parlamentar-midiático de 2016, seja por reiteradas decisões contrárias ao seu texto tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelos falsos argumentos de ‘governabilidade’ que tanto utilizam nossos auto intitulados juristas, ficou só a folha de papel, descolada dos fatores reais de poder.

Acerca de decisões com efeitos vinculantes proferidas pelo STF, Lopes Filho (2016, p.

75) destaca como a Corte se acha livre em relação aos outros poderes constitucionais e até aos precedentes proferidos pelo próprio Tribunal:

Na mesma medida em que pretende consolidar, sobre instâncias inferiores, a imposição de decisões obrigatórias, paradoxalmente, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores adotam em seus julgamentos atitudes que os põe livre de vinculação mais rígida, seja ao Legislativo, seja aos costumes ou mesmo à doutrina. A intenção de um controle rígido da discricionariedade judiciária só se faz mais firme sobre o nível intermediário para baixo. Nos escalões superiores, ela não só é aceita, mas também é exortada por suas decisões. As camadas mais altas, portanto, veem sua atividade ou sob enfoque do positivismo normativista – com a margem de liberdade intangível pelas regras – ou pela perspectiva teórica do neoconstitucionalismo brasileiro, com amplos poderes de ponderação, interpretação e controle sobre os enunciados legislativos e constitucionais.

As pessoas, em convívio coletivo, obrigam-se a posicionarem-se em torno dos embates sociais e, formado o seu consenso sobre o assunto, buscam positivá-lo por meio do Estado, no intuito – não só – do reconhecimento do Direito, mas também da proteção deste, a exemplo do que ocorreu na decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306 (PACHECO, 2017).

A ordem concedida, em 2016, no sobredito *Habeas Corpus*, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao seguir o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, que foi favorável a que fosse interrompida a prenhez até o terceiro mês sob o fundamento dos direitos à igualdade, à autonomia, e à liberdade de reprodução da mulher, foi ativista e arbitrária, uma vez que ultrapassou os limites constitucionais do Poder Judiciário. Houve, também, violação da cláusula pétrea do direito fundamental à vida, bem como ocorreu usurpação da competência do Poder Legislativo, na medida em que a descriminalização do aborto requer amplo debate nos espaços públicos de deliberação aberta, plural e democrática, em especial, no Parlamento (GARCIA, 2017).

Quando o STF decide matérias políticas, muitas vezes sem observância aos limites da Constituição Federal, formula decisões não democráticas, já que resolvida por seus membros, que não foram eleitos e, por sua vez, não são representantes do povo. A propósito, explana Saboia (2018, p. 341):

O STF ao interferir com frequência em questões políticas de grande relevância social tende a atuar em um espaço que não está reservado a ele, impedindo discussões necessárias por aqueles que representam o povo soberano, o que fere a democracia, haja vista que os órgãos do Poder Judiciário não passaram pelo crivo popular (não foram democraticamente eleitos), desse modo não estariam legitimados para decidir questões sociais e políticas que repercutirão em toda a sociedade.

Em uma democracia, para a legitimidade de uma decisão sobre assuntos morais relevantes e controversos, o procedimento e seus *modi operandi* importam tanto quanto o conteúdo sobre

o qual se decide. Nesse raciocínio, o aborto é, provavelmente, um dos temas mais sensíveis à sociedade brasileira e, portanto, demanda um debate abrangente e democrático, antes de se firmar uma conclusão. Questiona-se, desse modo, por qual motivo é atribuída esta temática ao Supremo, como ocorreu no caso do *Habeas Corpus* nº 124.306 (GERVASONI; DIAS, 2017).

Em decorrência da relação inversamente proporcional entre protagonismo judicial e democracia, discute-se uma via baseada em uma relação entre jurisdição constitucional e instâncias majoritárias, em que seja possível um diálogo constitucional entre o Judiciário e os outros dois poderes (LEITE, 2017).

Leite (2017) explica o modelo dialogal do autor Bickel (1986), por meio do qual expressa que o diálogo é estabelecido quando as cortes atuam com prudência e autocontenção para resolver controvérsias constitucionais, mas também quando ocorre o ativismo judicial, entendido como a expansão dos poderes decisórios de uma corte em detrimento do espaço de deliberação das instituições político-representativas, uma vez que funcionará como estímulo às interações institucionais. O autor também se reporta ao modelo canadense, que propõe a implantação de um controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, mas com mecanismos que permitam seja revertida a decisão judicial pelas instâncias legislativas, o que superaria o prejuízo democrático.

O modelo do diálogo orienta-se nas premissas de que as decisões judiciais são merecedoras de respeito, mas não devem ser exaltadas como a melhor resolução; que a teoria do diálogo se arrima numa relação de paridade entre cortes e Parlamento; todos que vivem em um contexto regulado por uma Constituição, direta ou indiretamente, são intérpretes desta Constituição, e que o diálogo não exige uma atuação adversária do Parlamento, ao ponto em que, mesmo o aceite da solução judicial pelo legislador constitui uma modalidade de interação dialógica (LEITE, 2017).

Já se fala também no constitucionalismo popular, que consolida a supremacia da vontade do povo e prima pela aproximação entre o cidadão e a Constituição. Entende-se, assim, que todos os que vivem sob a vigência de uma Constituição podem interpretá-la. O papel do povo se daria mediante engajamento cultural, manifestação de preferências e conferência de legitimidade à ação de outros agentes populares, sempre associado à releitura crítica da Constituição (GOMES, 2013). No caso do Brasil e da atuação do STF, foi apresentada no Congresso, em 2011, a Proposta de Emenda nº 33<sup>8</sup> (PEC 33/2011), por meio da qual se propõe “[...] um tipo de controle de natureza política (parlamentar e popular) para o Supremo Tribunal Federal”. (CUNHA, 2019, p. 347).

Sucintamente, mencionada proposta aumenta o *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade e edição de súmula vinculante para quatro quintos de votos dos membros; permite que o Congresso delibere, em 90 dias, sobre o efeito vinculante de súmula; dispõe ao Congresso a manifestação por três quintos de seus membros acerca do efeito vinculante e eficácia contra todos de emendas à Constituição; proporciona consulta popular quando o Congresso se manifesta contrariamente a emendas constitucionais e proíbe medida liminar de suspensão de

---

8 A ementa da PEC nº 33/2011 assim dispõe: “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”. (BRASIL, 2011).

eficácia de emenda à Constituição (CUNHA, 2019).

A eventual aprovação da PEC 33/2011 provocará, conforme o referido autor, “[...] autêntica democratização da jurisdição constitucional, na medida em que a interpretação final sobre o que é Constituição passaria a ser dos representantes populares ou, diretamente, do próprio povo” (CUNHA, 2019, p. 347). Ademais, não há violação ao princípio da separação dos poderes com um controle maior do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, acontecendo, ao contrário, instabilidade no arranjo político-institucional quando o Poder Judiciário não é, de modo algum, controlado e atua de maneira desmedida em torno de assuntos políticos (BERCOVICI; MONT’ALVERNE, 2014).

A PEC 33/2011 coaduna-se, pois, com o entendimento de que o legítimo guardião da Constituição e, conseqüentemente, das matérias políticas e de teor moral que se instauram na sociedade, é, em último grau, o povo e não um poder constitucional (Executivo, Legislativo ou o Judiciário) isoladamente considerado (CUNHA, 2019).

Com base no modelo do diálogo de Bickel (1986), aliado às noções do constitucionalismo popular (GOMES, 2013) e às orientações da PEC 33/2011 (BRASIL, 2011), o voto-vista proferido no HC 124.306/RS representou exemplo emblemático de judicialização da política com amplo e intenso ativismo judicial. Além de tratar de assunto moral e sensível no meio social, o que deveria ensejar discussão popular antes de uma tomada de decisão, em nenhum momento, se justificou o critério numérico de três meses para permitir a interrupção da gravidez (STRECK, 2020).

O apego a argumentos de política, por membros do Poder Judiciário, oferece margem para decisões de acordo com preferências pessoais. Com efeito, do ponto de vista de uma racionalidade jurídica, a decisão em análise foi desprovida de coerência e de integridade sistêmica no tocante ao emprego da ponderação no voto do ministro Luís Roberto Barroso, porque os direitos expressos em regras (artigos 124 e 126, do Código Penal), compreendidos como normas obrigatórias, não se ponderam.

Adite-se ainda, o fato de que uma das mais debatidas celeumas da decisão é a discussão política que a envolve em torno do critério do terceiro mês, da liberação para procedimentos clandestinos, porque o Sistema Único de Saúde, por si, não atenderia a demanda de todas as mulheres até o terceiro mês de gestação (certamente a gravidez evoluiria sem que a grávida conseguisse atendimento a tempo, em razão da alta demanda numérica na rede pública). Diversos outros pontos, entre os apontados na seção 3, também ensejam controvérsias em razão de envolverem aspectos morais e políticos que, quando tratados ordinariamente pelo Poder Judiciário, subvertem princípios centrais da democracia (STRECK, 2020).<sup>9</sup>

9 Lenio Streck (2018, p. 178), em outro artigo, discorre sobre a ideia dworkiana da “responsabilidade política dos juízes” no sistema constitucional democrático: “[...] a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos e não criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos no sentido retratado anteriormente (o tipo de decisão articula, concomitantemente, argumentos de princípio e argumentos de política, são as decisões legislativas). Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas Leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o Direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo”.

## CONCLUSÃO

Pontos relevantes, sensíveis ao meio social, como a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, são frequentemente discutidos no âmbito do Poder Judiciário, a exemplo do *Habeas Corpus* nº 124.306, em conformidade com o voto-vista proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Os argumentos de que os membros do Poder Judiciário são mais preparados intelectualmente, além de possuírem imparcialidade, autonomia e independência, são carentes de veracidade, pois dissociados do contexto democrático. A bem da verdade, ocorre grave comprometimento da democracia quando querelas morais e políticas são resolvidas no âmbito judicial.

No Supremo Tribunal Federal, onde existem apenas 11 ministros, bastam seis votos a favor de uma corrente para se resolver demandas complexas, como foi o caso do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, com a ressalva de que os julgadores são membros que não foram eleitos pelo voto nem são controlados e responsabilizados pela sociedade e, portanto, não representam, legitimamente, o povo.

Ademais, nítida é a ausência da discussão social e consideração dos anseios populares para a solução dos casos, ocorrendo o constante perigo de, mediante a justificativa de utilização excessiva de princípios, como o da proporcionalidade, serem proferidas decisões arbitrárias e antidemocráticas. Sob o fundamento de dar melhor interpretação à Constituição, na realidade, esta não é respeitada e o Poder Judiciário termina por legislar, sem a devida observância à separação, à independência e à harmonia dos poderes públicos.

No caso concreto do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, que envolveu tema bastante polêmico e sensível – o aborto – haja vista as divergências em torno do momento do início da vida e de aspectos filosóficos e religiosos formadores de opiniões diversas e, muitas vezes, opostos, o povo não teve chance de participação ativa e democrática. Simplesmente, decidiu-se o assunto, por maioria do STF, adotando-se desfecho não previsto no Código Penal, tampouco na Constituição Federal de 1988.

Não há plena garantia, porém, no âmbito do Poder Judiciário, de que as decisões para os casos complexos e difíceis, envolvendo matérias morais e políticas, estarão isentas de discricionariedade e de interferências pessoais, institucionais e políticas. Também não se desconsidera que um dos motivos da intensa judicialização da política ocorre em razão da falta de confiabilidade da sociedade no Poder Legislativo, assim como pelo fato de as pessoas não se sentirem fielmente representadas e de os próprios parlamentares eximirem-se de discutir e deliberar temas bastante polêmicos para evitarem a impopularidade política.

No âmbito de um panorama conturbado e da crise político-institucional que o Brasil enfrenta, é relevante a busca do diálogo entre os poderes e de mecanismos de interpretação da Constituição pelo povo, como meio de tentar equilibrar a relação institucional entre os poderes do Estado.

O que não se pode considerar é, pois, a realidade imposta de que a judicialização da

política é a solução para todos e quaisquer problemas difíceis, pertinentes à moral e à política, haja vista que o excesso de poder no âmbito judicial subverte a ordem constitucional e política, com sério abalo democrático, pois, além de comprometer o arranjo político-institucional do País, leia-se, os princípios da separação, autonomia e independência dos Poderes públicos, o povo resta desprovido do direito de participar, com subversão do postulado democrático da soberania popular.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- ALVES, Fernando de Brito; MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política: problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p. 13-46, dez. 2016. ISSN 1980-511X. DOI 10.5433/1980-511X.2016v11n3p13.
- AURÉLIO, Diogo Pires. Regimes democráticos: virtualidades e contradições. *In*: NEVES, Maria do Céu Patrão; PINTO, António Costa; SOUSA, Luís de (coord.). *Ética aplicada: política*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2018. p. 93-110.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. esp., p. 24-50, 2015.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne. O fim das ilusões constitucionais de 1988? **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>. Acesso em: 21 jan. 2020.
- BERCOVICI, Gilberto; MONT'ALVERNE, Martonio. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, 2014.
- BERNARDI, Renato; PIEROBONS, Flávio. A constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da constituição brasileira de 1988. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 55-72, 2014. DOI 10.5433/1980-511X.2014v9n1p55.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **PEC 33/2011 Proposta de Emenda à Constituição**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>

fichadetramitacao?idProposicao=503667. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro**. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos para sua Decretação. [...]. Pate (s): Edilson dos Santos. Pate (s): Rosemere Aparecida Ferreira. Impte (s): Jair Leite Pereira. Coator(a/s) (es): Superior Tribunal de Justiça. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016, p. 1-49. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3510 DF**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em Bloco do Art. 5º da Lei Nº11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Partes: Procurador-Geral da República, Presidente da República, Advogado-Geral da União, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Centro de Direito Humanos - CDH, Eloisa Machado de Almeida e outros, Movimento em Prol da Vida - MOVITAE, Luís Roberto Barroso e outro, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Donne Pisco e outros, Joelson Dias, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, Ives Gandra da Silva Martins e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2ENUME%2E+OU+3510%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y57utzcx>. Acesso em: 29 jan. 2020.

CISNE, Mirla; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de; CASTRO, Viviane Vaz. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, 2018.

CUNHA, Jânio Pereira da. **Democracia e direito**: o controle judicial de constitucionalidade da política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARCIA, Keyla Lacerda de Oliveira Magalhães. Comentários ao *Habeas Corpus* 124.306/2016: Decisão da primeira Turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês da gestação atípico. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, v. 3, p. 1-17, 2017.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1280-1315, 2017.

GOMES, Juliana Cesário Alvim Gomes. Constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático: características, modelos e contribuições para o debate brasileiro. In: FILLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

- KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, NY: Oxford University Press, 2004.
- LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. *In*: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICCI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. (org.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2000.
- MENDES, Sofia; CHIAPETA, Ana Paula Pessoa Brandão. Assertivas sobre a descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. **Científica Univiçosa**, Viçosa, v. 9, n. 1, p. 794-798, 2017.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora; ROCHA, Alexandre Sergio da. Aborto: entre autonomia e empatia. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, BA, v. 12, n. 3, p. 17-37, 2017.
- PACHECO, Thawana Alves. A democracia como fenômeno gerador de conflitos sociais e seus efeitos em um cenário de crise político-jurídica. *In*: CONGRESSO RONDONIENSE DE CARREIRAS JURÍDICAS, 1., 2017, Porto Velho. **Anais [...]**. Porto Velho: Faculdade Católica de Rondônia - FCR, 2017. p. 4-17.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ROSAS, João Cardoso; THALER, Mathias; GONZÁLEZ, Iñigo. Filosofia política. *In*: GALVÃO, Pedro (org.). **Filosofia: uma introdução por disciplinas**. São Paulo: Edições 70, 2018. p. 175-213.
- SABOIA, Jéssica Ramos. A atuação política do Supremo Tribunal Federal e a (in) compatibilidade com a democracia brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 335-347, 2018.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O aborto e o explícito ativismo judicial. *In*: TORON, Alberto Zacharias (org.). **Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 221-230.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

VALLINDER, Tobjörn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In*: VALLINDER, Tobjörn; HIRSCHL, Ran; FERREJOHN, John; NEWELL, James L.; MOREIRA, Luiz; GARDBAUM, Stephen; GRIFFIN, Stephen; KREIDE, M. Regina. **Judicialização da política**. Tradução de Adauto Villela. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 12-25.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 441-464, 2008.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2010. p. 93-157.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WANG, Daniel W. Liang. Introdução. *In*: WANG, Daniel W. Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximação entre Direito e Ciência Política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-22.

**Como citar:** CUNHA, Jânio Pereira da; MOREIRA, Roberta Pessoa. Judicialização da política e democracia: a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 178-199, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p178. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 29/01/2020

Aprovado em 22/09/2020