



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO
REFERENTE AO ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO
E SEUS EFEITOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Fernanda Pereira Ribeiro

Rio de Janeiro

2017

FERNANDA PEREIRA RIBEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO
REFERENTE AO ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO
E SEUS EFEITOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Artigo apresentado como exigência de
conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO REFERENTE AO ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO E SEUS EFEITOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Fernanda Pereira Ribeiro

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – grandes questões de relevância política e social passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário, por meio do que se denomina de fenômeno da judicialização da política e ativismo judicial, fazendo com que surgissem diversas críticas quanto à legitimidade da atuação dos órgãos judiciais. A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, este artigo busca analisar os efeitos da atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira. Por fim, toda esta discussão será trazida para realidade brasileira, com a análise da recente decisão que descriminalizou o aborto realizado até o terceiro mês de gestação, defendendo-se a tese de que tal atuação é compatível e atende às necessidades do novo modelo de democracia.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Judicialização da política. Ativismo Judicial. Democracia.

Sumário – Introdução. 1. O ativismo x a autocontenção judicial 2. A recente decisão de afastamento da prisão preventiva em caso de crime de aborto cometido antes do terceiro mês de gestação ultrapassa os limites institucionais do Poder Judiciário? 3. A crescente judicialização da vida brasileira e o risco à democracia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa atuação do STF no julgamento referente ao aborto cometido antes do terceiro mês de gestação e seus efeitos na democracia brasileira e se tal atuação configura hipótese de ativismo judicial. A tese surgiu diante da percepção de que o Brasil enfrenta no momento uma crise de representatividade. Por esse motivo, constata-se a ocorrência do fenômeno da judicialização da política, que consiste na transferência do poder decisório do Poder Legislativo ao Poder Judiciário sobre questões políticas.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, muitas vezes se depara com situações em que precisa adotar uma postura contramajoritária, a fim de garantir a proteção aos direitos constitucionalmente garantidos em prol das minorias. Ao fazê-lo, surgem inúmeros questionamentos acerca da legitimidade democrática de sua atuação.

Com base nessa discussão, surgem questionamentos acerca da atuação do Poder Judiciário e se essa está de acordo com o princípio democrático. Assim, usando como parâmetro a análise do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, no qual esse se manifestou em favor do afastamento da prisão preventiva em caso de crime de aborto cometido antes do terceiro mês de gestação, busca-se investigar quais seriam, atualmente os limites institucionais da Corte Constitucional brasileira, diante da recente mudança de cenário pela qual está passando.

Para tanto, no primeiro capítulo, será apontado que antes da Constituição de 1988 o Judiciário brasileiro adotava uma posição de autocontenção judicial e, após a reforma constituinte passou a adotar uma posição ativista, procurando extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional. Essa análise crítica da mudança de paradigmas, será a base sobre a qual se fundamentará a hipótese em questão, bem como permitir uma nova visão sobre a diferente forma de atuação do Judiciário brasileiro.

Em seguida, será feita uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de aborto até o 3º mês de gestação sem que haja a configuração de crime, abordando quais as consequências desta atuação em um Estado Democrático de Direito, onde a função de cada Poder é muito bem delimitada na Constituição Federal.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordada o crescente processo de judicialização instaurado no Brasil. Busca-se sugerir uma nova delimitação dos limites institucionais do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que no cenário atual, marcado por uma crise de representatividade, há a necessidade de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais.

Desta forma, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em alguns julgamentos, principalmente o mais recente julgamento referente a descriminalização do aborto antes do 3º mês de gestação, para que se verifique a ocorrência da judicialização da política e a adoção de posturas ativistas. Destarte, será desenvolvido um raciocínio hipotético-dedutivo para comprovar ou rejeitar as teses apresentadas. Assim, a abordagem da pesquisa será necessariamente qualitativa, pois valorará lei, jurisprudência e doutrina.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: AUTOCONTENÇÃO x ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 2º, adotou o princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea, segundo a qual se orienta o ordenamento jurídico pátrio.

A ideia de separação dos poderes, desenvolvida por Aristóteles, divide a política basicamente três funções: a de editar normas; a de aplicar normas e a de julgar normas gerais observadas por todos.

No entanto, a formulação, da teoria da separação dos poderes tal qual é conhecida atualmente fora idealizada por Charles de Montesquieu¹, que em sua obra afirmava que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

Assim, surgiram os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que se caracterizam por serem autônomos, devendo, no entanto, atuar de forma harmônica, uma vez que, em verdade, o poder é uno, se dividindo em três funções, que possuem atividades típicas bem delineadas.

Por esta razão, em regra, sempre coube ao Poder Judiciário, a função jurisdicional, ou seja, a de dizer o direito, solucionando lides que eram levadas ao seu conhecimento através de um processo judicial. Para tanto, cabia ao magistrado interpretar e aplicar a lei, que por sua vez, era produto da atuação do Poder Legislativo, de forma que política e justiça ocupavam espaços separados.

No entanto, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária. Os países, que antes adotavam o modelo de Estado legislativo direto, segundo o qual a Constituição era compreendida como um documento político, cujas normas não eram aplicadas diretamente, passaram a adotar modelo de Estado constitucional de direito, que concebe a Constituição como norma jurídica central e suprema.

Houve uma potencialização da força normativa da Constituição, a positivação de direitos fundamentais e o fortalecimento do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, por

¹MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987, p. 165.

meio do controle de constitucionalidade, com a finalidade de obter soluções justas e adequadas à realidade social, que evitassem abusos por parte do legislador ordinário.

A sociedade passou a clamar por uma postura mais ativa do Judiciário que, não podendo se afastar dos debates sociais passou a participar diretamente de decisões de temas de caráter social, principalmente relacionados à preservação da dignidade da pessoa humana.

Nessa conjuntura, o Poder Judiciário passou a intervir diretamente no processo democrático.

Luís Roberto Barroso², ao analisar o fenômeno da judicialização no Brasil, atenta para a existência de três grandes causas: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988³, o Judiciário passou a ter a função política de zelar pelo devido cumprimento das normas contidas na Constituição, inclusive frente aos demais poderes. Como consequência, a redemocratização reavivou a cidadania, e trouxe maiores informações à população quanto aos seus direitos, o que resultou em um considerável aumento na demanda por justiça.

Por outro lado, a partir do momento em que a Constituição passa a tratar de inúmeras matérias que eram deixadas para o processo político majoritário, a norma constitucional se torna uma pretensão jurídica, passível de ser tutelada por meio de uma ação judicial.

Por sua vez, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, definido como híbrido ou eclético, conjuga elementos dos sistemas americano e europeu, de maneira que, em tese, a validade constitucional de leis e atos normativos pode ser discutida perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio, através da propositura de ações diretas.

Cabe ressaltar que o fenômeno judicialização não se confunde com ativismo judicial. Enquanto a judicialização da política se caracteriza por ser um conjunto de mudanças institucionais, que tendem a atribuir competências ao Judiciário para analisar questões de natureza política sendo, portanto, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, o ativismo judicial é uma postura proativa dos juízes e tribunais que, ao interpretar a Constituição, inovam na ordem jurídica e política, e que normalmente se instala em situações

²BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado* n. 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 73.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

de retração do Poder Legislativo, quando as demandas sociais não são atendidas de forma efetiva.

Em contraposição ao ativismo judicial está o fenômeno da autoconção judicial, definido por José dos Santos Carvalho Filho⁴ da seguinte forma:

a teoria da autoconção (self-restraint) é muito difundida nos Estados Unidos e consiste na autolimitação do Judiciário. Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, também é verdade que o Judiciário não deve intervir demasiadamente em problemas políticos examinados pelo legislador, pois o juiz que afasta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação.

Assim, com a finalidade de tentar impor limites à expansão do Judiciário, os conservadores passaram a adotar uma conduta de autoconção judicial, segundo a qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade das leis, além de não interferir nas políticas públicas, dando mais espaço à atuação de poderes políticos.

A principal diferença metodológica entre o ativismo e a autoconção judicial está no fato de que, a princípio, o ativismo procura extrair o máximo do texto constitucional, enquanto a autoconção restringe a incidência da Constituição em favor de instâncias tipicamente políticas.

No entanto, diante da crise de legitimidade que o Brasil se encontra, é preciso que o Supremo Tribunal Federal encontre um ponto de equilíbrio entre as duas vertentes, de forma que a jurisdição constitucional não exceda de forma irrestrita os limites institucionais a ela impostos e nem deixe de proteger os direitos fundamentais das minorias garantindo, assim, o princípio democrático.

⁴DIMOULIS; LUNARDI *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 51, n 202, abr/jun 2014, p. 171.

2. A RECENTE DECISÃO DE AFASTAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA EM CASO DE CRIME DE ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO ULTRAPASSA OS LIMITES INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO? \

Como dito no capítulo anterior, com a promulgação da CRFB/88⁵ o Supremo Tribunal Federal se tornou legitimado para, além de julgar causas que chegassem a ele de forma difusa, realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Com isso, o STF assumiu verdadeira posição de guardião da Constituição e protetor de seus dispositivos.

Por conta de tal mudança, é possível constatar a existência de uma tensão entre a legislação, reflexo da vontade da maioria, e a função da Corte Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade.

Essa tensão fica evidente quando o Tribunal é chamado a decidir sobre questões de vida e morte, que tratam do direito fundamental mais caro ao sistema constitucional democrático. Sobre o tema, não há caso mais emblemático do que a discussão sobre o aborto, recentemente retomada no Brasil após a polêmica decisão (HC 124.306/RJ⁶) da 1ª Turma do STF, objeto de análise da presente pesquisa.

O aborto é crime, tipificado nos artigos 124 a 126 do Código Penal⁷, inserido topograficamente no capítulo que trata dos crimes contra a pessoa. Segundo Mirabete⁸:

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 sua expulsão.

Todavia, o Código Penal, em seu art. 128, prevê as hipóteses em que não será punido o aborto, quais sejam: o aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, devendo ser precedido do consentimento da gestante ou de seu responsável legal, quando incapaz.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124306*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlu6obq>>. Acesso em 09 out. 2017.

⁷BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/De12848compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24 ed.V.2. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6.

Além dessas duas hipóteses previstas na legislação, o STF declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo⁹ é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, I e II, todos do Código Penal, descriminalizando-o.

Em 2016, foi criada nova hipótese de afastamento da configuração do crime de aborto. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal, no HC 124.306/RJ¹⁰ utilizando-se de interpretação conforme a Constituição dos arts. 124 a 126, do CP, posicionou-se no sentido de excluir do âmbito de incidência deste tipo penal a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, sob o fundamento de que a criminalização, neste caso, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Segundo o Relator, Ministro Luis Roberto Barroso, no caso concreto há de se observar a contraposição existente entre o direito à vida do nascituro e direitos fundamentais da mulher. O primeiro embate que se forma é o momento em que se inicia a vida, questão que por si só é muito divergente na doutrina uma vez que não há uma resposta jurídica para o problema, esta varia conforme concepções religiosas, filosóficas, científicas, etc.

Assim, entende o Ministro que a resposta para tal questionamento se trata de um ato discricionário de escolha, de maneira que não poderia o Estado impor uma visão em detrimento da criminalização da outra.

O Relator afirma, ainda, que a criminalização da conduta é incompatível com 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.

A decisão foi de grande repercussão na imprensa, gerando inúmeros debates e diversas críticas. Em reportagem veiculada na Gazeta do Povo¹¹, juristas como, a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva defendem que o STF violou flagrantemente a divisão de

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2854%2E%2E%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j2phne7>>. Acesso em 12 set. 2017

¹⁰BRASIL. op.cit nota 5.

¹¹NEITSCH. Joana. STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5eqx1526ktr1nfunkln8cb17>> Acesso em: 19 out. 2017

poderes ao proferir tal decisão. Já para Estefânia Barbosa, professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR), cabe ao Supremo fazer um papel contramajoritário e o caso se trataria de um ativismo benéfico, ou seja, para a proteção de direitos.

Na matéria apresentada pela Revista *Época*¹², afirmou-se que “a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de que o aborto até o terceiro mês de gravidez não é crime é um raro sinal de avanço civilizatório vindo de Brasília”, defendendo, portanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

Como se pode notar, a decisão proferida pela Corte Constitucional brasileira repercutiu diretamente na vida dos cidadãos. No entanto, ao proferir decisões como esta, não teria o Supremo Tribunal Federal se substituído ao papel que cabe, de forma mais apropriada, aos representantes populares? A atuação da Corte, nesse caso, encontra-se dentro dos seus limites institucionais?

O primeiro limite institucional do Poder Judiciário está no princípio da separação dos poderes. Como dispõe Eduardo Augusto Pohlmann¹³, o Estado de Direito se constrói a partir de uma divisão de funções, baseadas em um sistema de freios e contrapesos, de forma que um poder controle o outro, evitando que um deles torne-se excessivamente poderoso, o que poderia impactar nas liberdades públicas e individuais.

O segundo limite é o fato de que os membros do Judiciário não são eleitos. No Poder Legislativo, detentor da função típica de legislar, a legitimidade da atuação de seus membros está no modo de aquisição do cargo, qual seja o voto popular, representando a vontade da maioria. No entanto, os ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos, do contrário, são nomeados pelo Presidente da República, e tem o papel de garantir a aplicação da lei, verificando se elas não violam preceitos constitucionais.

Por último, há a questão de saber se, de fato, a Suprema Corte é sempre a melhor intérprete da Constituição. No que tange a esse limite institucional, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule¹⁴ em *Interpretation and Institutions* partem da premissa de que para que se possa concluir pelo melhor método interpretativo da norma constitucional, é preciso analisar as

¹²SEGATTO, Cristiane. STF decide que aborto até o terceiro mês de gestação não é crime: o que isso significa. *Revista Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>> Acesso em: 19 out. 2017.

¹³POHLMANN, Eduardo. O aborto chega ao STF: ativismo judicial e legitimidade democrática. *Estadão*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/o-aborto-chega-ao-stf-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁴SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

capacidades das instituições existentes e de seus agentes públicos e os efeitos sistêmicos das decisões a serem proferidas.

Assim, os autores¹⁵ chegaram à conclusão de que a capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

No julgamento em análise, tendo em vista que a criminalização do aborto, neste caso, viola o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher, é legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal a fim de resguardar esses direitos sem que com isso se ultrapasse o limite institucional do órgão.

Isso porque, como Corte Constitucional, é o guardião da Constituição, devendo zelar por sua observância, em nome dos direitos fundamentais e princípio democrático, de maneira que é possível uma atuação contramajoritária em defesa destes direitos.

3. A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA BRASILEIRA E O RISCO À DEMOCRACIA

A sociedade contemporânea se caracteriza pela pluralidade de pensamentos e ideais defendidos, de forma que a população começou a demandar do Judiciário a resposta para o conflito de opiniões que surgem, regulando as relações entre os indivíduos, surgindo assim o fenômeno da judicialização.

A judicialização, na definição de Luís Roberto Barroso¹⁶, é um fenômeno que tem como característica o fato de que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Nas palavras de Rodrigo Brandão¹⁷:

a judicialização da política impôs mudanças radicais no princípio da separação dos poderes e no equilíbrio entre independência e responsividade judicial. Quanto ao primeiro aspecto, competia ao Legislativo criar o direito e ao Judiciário aplicá-lo, o que no âmbito constitucional era garantido através da aplicação judicial apenas de normas precisas (regras). Todavia, com o reconhecimento de que os princípios são autoaplicáveis em juízo, o Judiciário avançou sobre o espaço indeterminado da

¹⁵Ibid, p. 245.

¹⁶BARROSO. op.cit. p. 74.

¹⁷BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012, p. 323.

Constituição. Tal circunstância, somada aos efeitos gerais das decisões da Suprema Corte, torna flagrante o aspecto criativo da atividade judicial.

No Brasil, segundo Larissa Barreto Maciel¹⁸, essa nova procura do Judiciário, mais notadamente percebida por meio dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, é um reflexo da transformação da sociedade que percebe com maior nitidez seus direitos e os quer aplicados e melhor delineados. Além disso, reflete a constitucionalização ampla dos direitos sociais, políticos e da democratização do Estado.

Nesse cenário, nota-se que a crescente judicialização da vida brasileira está diretamente ligada à uma mudança social, na qual há uma busca pela efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, principalmente os da minoria, que não são atendidos pelo Poder Legislativo, onde se exerce uma representação majoritária.

Neste momento, surgem questionamentos quanto aos riscos que a judicialização pode causar à democracia.

De um lado, autores defendem a existência da denominada dificuldade contramajoritária. O termo *counter-majoritarian difficulty* foi utilizado pela primeira vez por Alexander Bickel¹⁹, em sua obra *The Least Dangerous Branch*, e, em tese, trata da impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos que exercem mandato popular. Em outras palavras, é contrário ao conceito tradicional de democracia – governo da maioria – que a atuação do Judiciário se dê de forma a sobrepor suas decisões àsquelas tomadas pelos agente políticos, verdadeiros representantes da maioria.

Todavia, doutrina majoritária se posiciona em sentido contrário. Isto porque, como defende Bobbio²⁰, ao se enfrentar o questionamento da legitimidade democrática da justiça constitucional, já não se deve ter por base o tipo ideal de democracia representativa do Estado moderno.

Ao contrário, deve-se levar em conta a complexidade do verdadeiro jogo democrático com que se depara a guarda jurisdicional da ordem constitucional e que torna, mais do que legítima, altamente relevante no Estado Democrático de Direito. Isso porque, o conceito de democracia não se resume ao princípio majoritário, consistindo também na

¹⁸MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURIS*, v. 39, n. 126. Porto Alegre: AJURIS, junho, 2012, p. 115.

¹⁹BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

²⁰BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 6 ed. 1986, p. 44. Explica o autor: “A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade”.

realização de valores substantivos, na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas²¹.

No mesmo sentido, afirma Dworkin²² que é preciso compreender o Direito como um sistema de regras e princípios dotado de integridade, de maneira que a existência de uma comunidade verdadeiramente democrática pressupõe a salvaguarda de posições contramajoritárias, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política.

O autor²³ busca densificar o ambiente decisório através de princípios, que são imperativos morais reconhecidos como direitos fundamentais e por isso contam com a proteção da jurisdição constitucional, devendo prevalecer sempre, ainda que de forma contramajoritária. Por esta razão, a jurisdição constitucional além de ser compatível com o sistema democrático, contribui para o seu fortalecimento, uma vez que a proteção do direito das minorias é um dos pilares da democracia.

Desta forma, não há o que se falar em risco à democracia, seja porque esta deve ser vista a partir de uma conceituação mais moderna que abrange as minorias, ou pelo fato de que o constitucionalismo moderno, através do sistema de freios e contrapesos cria mecanismos de controle entre os poderes de forma a atender os anseios da sociedade e a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados.

Assim, a democracia necessita de um sistema que assegure as liberdades fundamentais e elimine a concentração do poder nas mãos dos representantes da maioria, preservando o sistema de freios e contrapesos em face do crescimento de um poder político. É nessa seara que o Poder Judiciário dá sua maior contribuição ao Estado Democrático de Direito, impedindo eventuais abusos por parte dos outros poderes.

O Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição limita o avanço e/ou omissão do poder legislativo sobre os direitos e garantias constitucionais assegurados na Carta Magna. Assim, a Corte, ao decidir questões políticas e sociais, não só age dentro de sua

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

²² DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court*. Alberta: Alberta Law Review, 28, 1990, p. 324/346.

²³ Id. *Freedoms Law, The Moral Reading of the American Constitution*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1999, p. 17. Nesta obra, o autor faz a seguinte observação acerca da concepção de democracia: “A concepção constitucional de democracia, em resumo, assume a seguinte atitude face o governo majoritário. Democracia significa governo submetido a condições – que nós podemos chamar de condições democráticas – de igual *status* para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias dão e respeitam as condições democráticas, então os vereditos dessas instituições devem ser aceitos por todos por aquela razão. Mas quando elas não agem assim, ou quando sua provisão ou respeito são incompletos, não pode haver objeção, em nome da democracia, a outros procedimentos que os pretejam e respeitem de forma melhor”.

competência, mas atua como um implementador da democracia, porquanto faz prevalecer a vontade da Constituição e, portanto, a vontade popular, confirmada no momento da decisão judicial²⁴.

CONCLUSÃO

Ao realizar o presente estudo, constatou-se que, nas democracias contemporâneas, a jurisdição constitucional se apresenta como um instrumento de contenção do Poder Público, uma vez que, por meio da rigidez da Constituição e dos mecanismos de controle de constitucionalidade é possível garantir a proteção dos direitos fundamentais das minorias.

No entanto, muito se questiona sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais, principalmente quando atuam de forma contramajoritária, por serem essas as responsáveis por dar a última palavra sobre a Constituição.

De um lado, há os defensores da autocontenção judicial, que entendem que a atuação do Judiciário deve ser limitada, não intervindo em problemas políticos cuja solução compete aos Poderes Legislativo e Executivo.

De outro lado, estão os que defendem que a judicialização da política, decorrente da potencialização da força normativa da Constituição, demanda uma participação ativa do Poder Judiciário na efetivação de direitos constitucionalmente assegurados.

Após reflexões aprofundadas sobre o tema, desenvolvidas ao longo da presente pesquisa, conclui-se que, a participação ativa do Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais está em consonância com o ideal democrático.

A CRFB/88 foi elaborada pela Assembleia Constituinte composta por representantes do povo. O Supremo Tribunal Federal, como Guardião da Constituição tem a função de fazer com que se cumpram as normas nela contidas, de forma que uma eventual atuação ativista com a finalidade de efetivar os direitos ali positivados nada mais é do que fazer valer a democracia em sua forma mais ampla.

Além disso, em um sistema de freios e contrapesos, a não vinculação do Poder Legislativo às decisões proferidas pela Corte faz com que seja possível haver um diálogo entre as instituições, o que possibilita de se chegar a um resultado melhor, evitando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se engesse e que não haja como reverter efeitos

²⁴MACIEL, op. cit., p. 128.

práticos ruins produzidos por tais decisões, como por exemplo, por meio de Emendas Constitucionais.

É importante observar ainda que, a população brasileira vive uma crise de representatividade, derivada de episódios de omissão do Congresso Nacional quanto ao seu dever institucional de legislar.

Assim, o cidadão que não se sente representado pelos integrantes do Poder Legislativo para a efetivação dos seus direitos, passou a buscar respostas no Poder Judiciário. Este, por sua vez, respondeu à demanda popular adotando uma postura ativista para a solução de problemas, como a violação a direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento referente a possibilidade do aborto antes do terceiro mês de gestação, ao afastar a punição das mulheres que realizam tal procedimento atuou de forma ativista, mas sem ultrapassar seus limites institucionais.

Isso porque, fica claro que essa postura assumida pela Corte não coloca em risco a democracia brasileira. Por essa razão, defende-se a tese de que os novos contornos institucionais apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, adotando, quando necessário, um viés ativista, tornou-se um importante e necessário instrumento de efetivação da democracia, em sua concepção moderna, qual seja, a proteção aos direitos fundamentais da minoria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124306*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2E%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlu6obq>>. Acesso em 09 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2854%2E%2E+OU+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j2phne7>>. Acesso em 12 set. 2017

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado* n. 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial vs. Diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIMOULIS; LUNARDI apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 51, n. 202, abr/jun 2014.

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court*. n. 28. Alberta: Alberta Law Review, 1990.

_____. *Freedoms Law, The Moral Reading of the American Constitution*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURIS*, v. 39, n. 126. Porto Alegre: AJURIS, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24 ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

NEITSCH, Joana. STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5eqxl526ktr1nfunkln8cb17>> Acesso em: 19 out. 2017

POHLMANN, Eduardo. O aborto chega ao STF: ativismo judicial e legitimidade democrática. *Estadão*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/o-aborto-chega-ao-stf-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

SEGATTO, Cristiane. STF decide que aborto até o terceiro mês de gestação não é crime: o que isso significa. *Revista Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>> Acesso em: 19 out. 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. n. 28. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2002.