

O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade: análise crítica do habeas corpus nº124306, em que se defende a descriminalização do aborto para gestações no primeiro trimestre

Katiuscya Cristine Siqueira de Pontes

Bacharel em Direito pela UNICAP

Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Elpidio Donizete

RESUMO: A pesquisa realizada tem por objetivo principal analisar o Poder Judiciário tal como foi concebido no contexto das ideias de separação dos poderes e como hoje ele se comporta. O presente artigo faz uma associação entre o artigo científico de Ingeborg Maus, “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã”, que retrata os excessos do Poder Judiciário Alemão, com a contemporânea atuação do Supremo Tribunal Federal. Sob esse enfoque, foi trazida à baila a recente decisão do STF que poderá lastrear uma futura exceção ao crime de aborto, quando ocasionado no primeiro trimestre de gestação. Fazendo-se, a partir daí, uma análise crítica em relação à referida decisão e ao atual papel do STF. Para tanto, foi utilizada a seguinte metodologia: técnicas de pesquisa bibliográfica, tendo como base o estudo de livros doutrinários, artigos, revistas científicas, a legislação disponível e jurisprudência recente. Propondo, para tanto, sem exaurir a temática, a adoção do instituto da *self-restraint*, utilizado nos EUA, ou da cláusula do não obstante ou sistema dialógico, proveniente do Canadá, como soluções para uma atuação harmônica dos Poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Poder Judiciário. STF. Superego da sociedade. Possibilidade de descriminalização do aborto.

ENGLISH

TITLE: The Federal Supreme Court as a superego of society: critical analysis of habeas corpus nº124306, which advocates the decriminalization of abortion for first trimester pregnancies.

ABSTRACT: The accomplished research has for main objective to analyze the Judiciary Power just as it was conceived in the context of the ideas of separation of the powers and as today it behaves. The present article makes an association among Ingeborg Bad scientific article, “The Judiciary as superego of the society: the paper of the activity jurisdiccional in the orphan society”, that portrays the excesses of the German Judiciary Power, with the contemporary performance of Federal Supreme court. Under that focus, the dance was brought the recent decision of STF that will be able to search a future exception to the abortion crime, when caused in the first quarter of gestation. Being done, since then, a critical analysis in relation to having referred decision and to the current paper of STF. For so much, the following methodology was used: techniques of bibliographical research, tends as base the study of doctrinaire books, goods, scientific magazines, the available legislation and recent jurisprudence. Proposing, for so much, without exhausting the theme, the adoption of the self-restraint institute, used in the USA, or the non-derogation clause or dialogical system, coming from Canada, as solutions for a harmonic performance of the Powers.

KEYWORDS: Separation of the Powers. Judiciary power. STF. Superego of the society. Possibility of descriminalization of the abortion.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Poder Judiciário no contexto da separação dos Poderes – 3 O STF como superego da sociedade – 4 Habeas corpus nº 124306: possibilidade de descriminalização do aborto – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A temática a ser abordada no presente artigo constitui-se em problema de grande relevância, uma vez, que com a ampliação de competência do Poder Judiciário, pela EC 45/04, somadas a descrença que paira na sociedade em relação às instituições políticas, fez com que aquele órgão passasse de aplicador da lei – boca da lei – a provedor de expectativas de uma sociedade órfã dos demais poderes.

Inicialmente, perpassa-se por um breve histórico da separação dos poderes, trazendo à baila as ideias de Platão, Aristóteles e Montesquieu, focando na função primordialmente concebida ao Poder Judiciário até a sua relevante posição ocupada na sociedade.

Em seguida, foi considerado o estudo que a socióloga alemã Ingeborg Maus fez sobre o Poder Judiciário alemão, relacionando as super funções exercidas pelo Poder Judiciário Alemão com o conceito psicanalítico da figura paterna que culminou com a denominação desse poder de “superego da sociedade”.

Assim, partindo-se da premissa de que essa relação e suas consequências podem ocorrer em quaisquer lugares, foi analisada recente decisão da 1ª Turma do STF, em que se discutiu sobre uma possível nova hipótese de exceção ao crime de aborto, julgamento este que deixa em evidência uma desarmonia entre os Poderes, bem como uma proeminência do Poder Judiciário.

Dessa forma, sem a pretensão de exaurir a problemática proposta, apresenta-se uma análise crítica em relação ao posicionamento do STF na decisão citada e sob o contexto da separação dos poderes, bem como a apresentação de modelos utilizados em outros Estados, como prováveis soluções à autuação harmônica e independente dos Poderes.

2 O PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação de poderes está intimamente ligada ao que hoje se denomina de Estado Democrático de Direito, decorrendo das reflexões de vários

pensadores sobre a organização das sociedades ao longo do tempo, como uma forma de limitação do poder público.

Na obra *A República*, de Platão (2004, p. 1-467), infere-se, por meio de seus diálogos, que o homem perde sua virtude se o poder fica concentrado em suas mãos, sendo importante para ele a divisão de funções do Estado.

Por sua vez, Aristóteles (1998, p. 87), em seu livro *Política*, afirmou que em todo governo existem três poderes essenciais, quais sejam: o que delibera sobre negócios do Estado (função deliberativa); o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado (função executiva); e o que abrangeria os cargos de jurisdição (função judicial).

Tal como conhecemos hoje, a estrutura dos três Poderes teve como principal idealizador Charles de Montesquieu (1689-1755), com sua obra *O Espírito e as Leis*, em 1748. O atual Ministro do STF, Gilmar Mendes, em sua obra *Curso de Direito Constitucional* (2014, p.53), representa sinteticamente e de forma clara como Montesquieu define a separação dos Poderes, senão vejamos:

Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando-o da aceção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar fazer. Essa liberdade necessita ser assegurada por uma Constituição que previna o abuso do poder, já que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. E o meio apto para a sociedade se precaver contra o desmando seria a correta “disposição das coisas”, propícia a que “o poder freie o poder”. Daí a separação entre os Poderes, para que um contenha o outro. Esses Poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e Executivo das que dependem do direito civil. Sobre os dois “Executivos”, Montesquieu diz: “chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”.

Para Montesquieu (2000, p. 175) imperaria a supremacia da lei, sendo o Judiciário um poder limitado praticamente à aplicação da lei aos casos concretos, sendo intitulado de “a boca da lei”.

Entretanto, essa visão não permaneceu e o judiciário teve suas funções expandidas, como por exemplo, nos casos de controle de constitucionalidade, nas proteções aos direitos fundamentais, em que o judiciário age muitas vezes como legislador, suprimindo as omissões, como também determinando bloqueio de contas para compras de medicamentos e intervenções cirúrgicas, ou seja, como um verdadeiro chefe do Poder Executivo.

Essas funções expandidas somadas à descrença que paira, na atualidade, sobre as instituições políticas fizeram com que o Judiciário passasse a compensar as expectativas frustradas das populações pelas omissões dos Poderes Legislativos e Executivo. Nesse sentido, Antoine Garapon (1999, p. 48):

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'deficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.

Nesse mesmo caminho, Dalton Santos Morais (2010) entende que esse novo modelo de valor dado ao Poder Judiciário no Brasil, “inclusive com o extremismo daquilo que se tem denominado de “judicialização da política”, decorre da aceitação pacífica do princípio da supremacia da Constituição e da atribuição da função de guardião da Carta de 1988 ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal.”

3 O STF COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

Nesta toada, Ingeborg Maus (2000, p. 183-202), socióloga alemã, em seu artigo “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã”, faz uma análise da expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário Alemão sob o enfoque do conceito psicanalítico da figura paterna.

Nas palavras de Alexandre Bahia (2005, p. 11), a figura do pai representaria o superego coletivo de uma sociedade órfã carente de tutela. Quando a sociedade perde seu “pai”, que representava e ditava as leis, sente-se perdida e não conseguindo suportar tal situação, coloca alguém para ditar novamente as leis e ser, pois, o novo “pai”.

Essa seria uma analogia ao que aconteceu com as instituições políticas, diante da crise da democracia e da desconfiança que se instalou sobre a classe política, a sociedade tornou-se órfã, necessitando de um novo pai para gerir a vida em sociedade, encontrando tal função no Judiciário.

Ocorreu, então, segundo Maus (2000, p. 190), uma extrapolação das competências constitucionais por parte do Judiciário, tornando-o um “super poder”. A inversão das expectativas de direito não decorreu apenas da usurpação por partes dos tribunais, mas também pela própria estrutura legal que se utiliza, de modo sintomático, de cláusulas abertas de cunho moral, como “boa-fé”, “sem consciência”, etc.

Alexandre Bahia (2005, p. 12) pondera que se deve refletir se as críticas de Ingeborg Maus à Corte Constitucional alemã poderiam ser utilizadas ao Supremo Tribunal Federal:

(...) Se entendemos que a solução para nossa (?) “Crise do Judiciário” se dará com a concentração de competências nas mãos dos tribunais superiores — basta vermos a Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário —, é bom pensarmos sobre a possível aplicação das críticas de Ingeborg Maus ao nosso Judiciário e à aplicação irrestrita do princípio da proporcionalidade como panaceia de resolução de nossos conflitos entre direitos fundamentais — principalmente porque isso implica referência a uma ordem suprapositiva de valores, confundindo direitos, normas morais, políticas, argumentos de custo/benefício etc.

Nesse sentido, Dalton Morais entende que:

Devido a tais fatores e à inércia dos demais Poderes em solucionar questões que lhe podem trazer determinados prejuízos políticos, ou até mesmo institucionais, tais temas acabam por serem submetidos ao Poder Judiciário pelos agentes sociais le-

gitimados pela Constituição para tanto. Podem ser classificados, como exemplos relevantes de tais questões, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária, sobre o aborto de feto anencéfalo e sobre o direito de greve dos servidores públicos, vez que, devido à inércia dos Poderes competentes para a resolução legislativa das matérias, foi o Poder Judiciário, através do STF, obrigado a pronunciar-se sobre as referidas questões para efetivar as determinações constitucionais a respeito.

Nessa acepção será analisada recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto, para verificar em que medida a Corte, ao ocupar a figura paterna de uma sociedade órfã, transformou-se no superego da sociedade brasileira.

4 HABEAS CORPUS Nº 124306: POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Em recente decisão, a 1ª Turma do STF ao analisar o Habeas Corpus nº 124306, que fora impetrado por dois médicos presos em flagrante por estarem supostamente praticando um aborto com consentimento da gestante, mencionou a possibilidade de a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento não ser crime.

O aborto, segundo Julio Fabrini Mirabete (2006, p. 62):

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.

O código Penal pátrio (2016, p.23) tipifica o aborto em seus art. 124 ao 126¹. O art. 128² (2016, p. 24) traz duas exceções, em que o aborto não seria crime: se não há outro meio de salvar a vida da gestante (denominado de aborto necessário ou terapêutico) e no caso de gravidez resultante de estupro (chamado de aborto humanitário ou sentimental).

Entretanto, o STF criou uma terceira exceção ao delito de aborto, no julgamento da ADPF 54, quando decidiu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta atípica.

A quarta exceção pode vir a ser a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação, uma vez que o citado *habeas corpus*, apenas decidiu se seria cabível ou não a manutenção da prisão preventiva dos médicos, não tendo seu mérito sido julgado.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso (2016, p. 1-17), entre os vários argumentos utilizados, entende haver grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, como violação a sua autonomia, à integridade física e psíquica, sexuais e reprodutivas; em relação à igualdade de gênero e discriminação social; e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres. O acórdão foi assim ementado:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849).

¹Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. 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 débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

² Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O referido *decisum*, apesar de ter sido proferido pela 1ª Turma do STF, demonstra um sinal de como o plenário poderia vir a se posicionar caso fosse instado a fazê-lo. Além do que o Ministro Roberto Barroso foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux apenas discutiram a respeito da prisão preventiva.

Devido a essa decisão, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) 461/2016 que altera o Código Penal para considerar aborto a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação.

Resta-nos, então, acompanhar e aguardar o desenlace final desse tão delicado assunto para saber se esta tese prevalecerá.

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que a tripartição de poderes, tal qual foi concebida por Montesquieu, previa funções típicas e atípicas para cada um dos poderes, de forma que cada uma dessas atribuições faria com que houvesse o funcionamento harmônico entre todos os poderes.

Com a intitulada reforma do judiciário (EC 45/04), houve um agigantamento nas atribuições do Supremo Tribunal Federal, de modo que, com a utilização de muitas cláusulas abertas, muitas decisões políticas e omissões do legislativo passaram a ser regulamentadas pelo Judiciário.

Hoje, pode-se dizer que a cada impasse que ocorre na vida em sociedade, aguarda-se a palavra final do STF, como ditador do que seria moralmente e juridicamente correto. Em outras palavras, o que a Suprema Corte decide, seria “quase” uma Lei, ou melhor, seria mais que uma Lei, pois algumas decisões vão de encontro, muitas vezes, ao que a própria Carta Magna preceitua.

Os princípios e as cláusulas abertas fazem com que o uso do raciocínio hermenêutico seja conduzido a fim de se atingir os resultados desejados, uma vez que sopesados num caso concreto pode-se fundamentar uma decisão tanto para o sim, como para o não. Foi o que aconteceu com a recente decisão da 1ª Turma do STF, em que houve o posicionamento sobre o aborto não ser crime,

caso seja realizado no primeiro trimestre da gestação, sob a fundamentação, dentre outros, de grave violação aos direitos fundamentais das mulheres, como violação a sua autonomia, a integridade física e psíquica, sexuais e reprodutivos, à igualdade de gênero e discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres.

Ocorre que, em contrapartida, temos o direito à vida, direito fundamental, que fundamentou o então Projeto de Lei do Senado (PLS) 461/2016, no qual seria considerado crime o aborto efetuado em qualquer fase de gestação.

Como se vê, cada Poder tem sua fundamentação para abarcar o mesmo caso. Então, qual tese deverá prevalecer? Não saberemos por um bom tempo, a uma, porque caso essa questão chegue ao Plenário do STF, deve demandar tempo até que seja definitivamente decidida; a outra, porque o Projeto de Lei que tramita no Senado também deve demorar a ser votado, pois o processo de criação de leis é vagaroso.

Até que ocorra, poderemos viver uma insegurança jurídica, pois esse *decisum*, querendo ou não, gera um precedente que pode ser utilizado por diversos juízes, ao serem instados por mães querendo exercer sua autonomia/ liberdade de escolher não prosseguir sua gravidez.

Essa decisão do STF foi extremamente temerária, muito embora esteja muito bem fundamentada. Temerária no sentido que a gravidez tem que ser prevenida e não “consertada”. No Brasil, temos um defeito de querer remediar o problema e não evitá-lo. Além do que, haveria um verdadeiro inchaço no serviço público de saúde, de mulheres buscando meios para efetivar o aborto, uma vez que, como a própria decisão menciona, a maioria das mulheres que buscam o aborto são pobres. Os casos de aborto devem ser exceção, casos extremos, como os já previstos na legislação; e o caso de aborto de anencéfalos, previsto pelo STF.

Além do que, os Poderes devem conviver de forma harmoniosa, como preceitua a CF/88, não pode o Supremo se exceder, ultrapassar as suas funções e se tornar um verdadeiro legislador, indo de encontro, muitas vezes, ao que preceitua a nossa Lei Maior. É preciso que haja limites e cooperação entre os Poderes, a exemplo do que ocorre nos EUA, com a *self-restraint* (espécie de

auto-limitação do Poder Judiciário) e no Canadá, com a cláusula do não obstante ou sistema dialógico (que seria, sucintamente, uma atuação conjunta do Judiciário com o Legislativo). Desse modo, não ocorreria uma proeminência de um Poder em relação ao outro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria do Rosário Guimarães (Org.). *Manual para elaboração de trabalho científico*. São Luís: UFMA, 2002. 42 p.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: informação e documentação - artigo em publicação periódica científica impressa - apresentação. Rio de Janeiro, 2003. 5 p.

_____. Lei 2.848, de 7 de dezembro. Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1940.

_____. NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos - apresentação. Rio de Janeiro, 2011, 15 p.

_____. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

_____. NBR 6024: informação e documentação - numeração progressiva das seções de um documento escrito - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 3 p.

_____. NBR 6027: informação e documentação: sumário - apresentação. Rio de Janeiro, 2003, 2 p.

_____. NBR 6028: informação e documentação - resumo - apresentação.

Rio de Janeiro, 2003, 2 p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/672/852>. Acesso em: 17 jan. 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/29/Juliano%20Zaiden%20Benvindo.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Senado Federal. Projeto caracteriza aborto como crime em qualquer fase da gravidez. *Agência Senado*. Site. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/matérias/2016/12/20/projeto-caracteriza-aborto-como-crime-em-qualquer-fase-da-gravidez>. Acesso em: 2 Jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão Habeas Corpus nº 124306/RJ*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2017.

COELHO, MARCUS VINÍCIUS FURTADO. *O Supremo Tribunal Federal: de ilustre desconhecido a protagonista*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/constituicao-supremo-tribunal-federal-ilustre-desconhecido-protagonista>. Acesso em: 17 jan. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de

Janeiro: Renavan, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed., re. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15073>. Acesso em: 21 jan. 2017.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional*: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

SILVA, Leo Dias da. O STF: legislador negativo?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4798, 20 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51390>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

