



O ATIVISMO JUDICIAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 124.306-RJ

Vinicius Gonçalves Schelbauer

Resumo

O 'ativismo judicial' como fenômeno jurídico é conhecido como a postura ativa por parte dos juízes na interpretação da Constituição. Ronald Dworkin coloca o dever dos Tribunais na garantia de direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado, assumindo para si a competência e a sensibilidade necessárias para entregar a sociedade decisões que atendam às necessidades atuais a luz de sua constituição. Mas Dworkin não propõe ao Judiciário o preenchimento de lacunas na legislação por meio de "novos direitos", mas sim, entregar o direito mediante interpretação construtiva do texto constitucional. Para combater a discricionariedade judicial, Dworkin busca com sua teoria um sistema lógico-jurídico onde os direitos das partes sejam pré-existentes ao julgamento do juiz. Em "Levando os Direitos a Sério", Dworkin afirma que *"o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente"*. Dworkin faz a distinção de argumentos de princípio e argumentos de política, onde os argumentos de política seriam aqueles que protegem a coletividade, enquanto que os argumentos de princípio protegem os direitos de um determinado indivíduo, ou seu grupo, ainda que a comunidade como um todo seja negativamente afetada. Tratou-se o *HC 124.306-RJ*, pedido de concessão de medida cautelar impetrado em face de acórdão da 6ª Turma do STJ, destaca-se que os pacientes do HC mantinham clínica de aborto, e foram presos em flagrante, devido à suposta prática dos crimes descritos nos artigos 126 e 288 do Código Penal. A ordem foi concedida de ofício, sendo que o Ministro Barroso iniciou debate sobre a tipificação penal do crime de aborto voluntário, expondo que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, como por exemplo o da dignidade da pessoa humana, violação à autonomia; direito à integridade física e psíquica; violação aos direitos sexuais e reprodutivos; e, à igualdade de gênero. No momento em que o Ministro Barroso justifica a descriminalização do aborto com consentimento realizado no primeiro trimestre de gravidez, o mesmo utiliza-se de 'argumentos de princípio' segundo a teoria de Dworkin. Mas isto não significa que o STF passou a inventar o direito, apontando a inconstitucionalidade do dispositivo com base no próprio texto constitucional. Segundo os ensinamentos de Dworkin, diante das exceções estabelecidas em nosso texto constitucional, como nos casos de risco a mãe ou gestação originada de estupro, não se poderia conceber que o feto seja uma pessoa com direito à vida, porque se assim fosse, não poderiam existir exceções. Dworkin defendeu que para os *hard cases* deverá o julgador se pautar em argumentos de princípio, e como exposto, foram os argumentos de princípios que formaram a base do voto no sentido de descriminalizar o aborto realizado com consentimento da gestante até o terceiro mês de gravidez.

Palavras-chave: Ativismo; argumentos de princípio; direitos fundamentais; aborto voluntário; descriminalização.