

## **INTRODUÇÃO: OLHAR GENEALÓGICO DE MICHEL FOUCAULT E PRODUÇÃO DA VERDADE.**

No presente artigo analisa-se o ativismo judicial não somente enquanto instância de produção da norma, mas também, como produtor da política criminal. As discussões orbitam em torno do *Habeas Corpus* n. 124.306 – Rio de Janeiro, que teve como Relator o Min. Marco Aurélio - decidido em última instância pelo STF, relativo à prática de um aborto, com consentimento da gestante, nos três primeiros meses, decisão que produziu efeitos sobre o entendimento acerca da ilicitude da prática do aborto, influenciando a política criminal.

Entretanto, optou-se no presente artigo, percorrer uma metodologia que seja capaz de diagnosticar a natureza do atual fenômeno do ativismo judicial, bem como suas causas, para depois entendê-lo em sua aplicação ao mencionado caso.

O pós-estruturalismo questiona assim a verdade como algo produzido, orientado por um sentido social que vêm da política. No estudo da realidade, Michel Foucault constatou os discursos como resultantes das relações de poder e estas como responsáveis pela produção das verdades. Em sua obra “Verdades e Formas Jurídicas”, concentrou atenções sobre a discussão da verdade, não de sua origem, como “derivação natural” (algo instintivo), mas pelo contrário, algo que se produz a partir de uma “luta, um combate” sendo resultante de um combate, o que envolve forças opostas, ou seja, algo produzido (FOUCAULT, 1999, p. 17).

Sobre a discussão da verdade, partiu inicialmente das considerações de Friedrich Nietzsche para conceber nesta discussão o exercício do “diagnóstico” e não da busca de uma possível “verdade intertemporal”, como os filósofos kantianos desde sempre proclamaram. Foucault aderiu a visão de Nietzsche de que nada possui uma origem, mas sim, uma invenção. Se o pesquisador quiser se aproximar da verdade deve se afastar do filósofo e aproximar-se do político.

Quando se busca decifrar a realidade, não é suficiente realizar a história de uma determinada racionalidade e analisar a condução a uma determinada verdade, mas sim, buscar uma “história” da própria verdade e os fatores que contribuíram para sua produção.

Em “Vigiar e Punir”, Michel Foucault buscou responder o que é a prisão, pode-se dizer a partir das diferentes metodologias que a prisão é algo copiado de outros países, ou que possui uma origem histórica, ou que representa uma evolução dos métodos de punição. Contudo, utilizando a genealogia, Foucault demonstrou que a natureza da prisão não é o que se aclama pelo discurso jurídico, uma instância de ressocialização, pois assim, a prisão seria um fracasso,

uma vez que não cumpre tal função e não havendo explicação para o fato da mesma ter se mantido por mais de três séculos a partir de tantas críticas sobre sua eficácia (FOUCAULT, 2008b).

Pela genealogia, Foucault demonstrou que a prisão cumpre uma função orientada pelas relações de poder na sociedade, voltadas para gerir pessoas que não se enquadram no modelo proposto pela política do liberalismo.

O trabalho de “diagnóstico” é concebido na forma de levantar elementos que conduziram à produção de uma verdade, ou seja, levantar a história de uma determinada verdade, indicando que existem interesses implícitos e inerentes à criação do verdadeiro e do falso em determinada época. Neste sentido, para fins do presente, consiste em demonstrar que o percurso mais adequado para entender a natureza e funcionamento do ativismo, não é buscar exclusivamente a história do instituto e sua justificativa na norma, mas verificar como ele atende estrategicamente às exigências sociais a partir de objetivos de exercício de poder (FOUCAULT, 2010).

Não será verificado o quão próximo uma ciência se aproximou da verdade, mas sim a verdade como uma determinada relação que o discurso e o poder mantêm “consigo mesmo” questionando se essa relação “[...] não é, ou não tem ela mesma uma história” (FOUCAULT, 2000, 233). Ou seja, de questionar por que o ativismo se consolidou como prática, que função estratégica o instituto desempenha.

A partir dessa inteligibilidade, busca-se questionar o ativismo enquanto fenômeno global questionando-o não de forma histórica ou ideológica, mas buscando diagnosticar quais as causas do ativismo.

## **2 MATRIZES NEOLIBERAIS DO ATIVISMO JURÍDICO.**

Como se sabe, o ativismo engendra uma maior inserção das pessoas na vida estatal, pois percorre questões que normalmente ficam paralisadas no Legislativo e que englobam decisões sobre pessoas que se encontram na posição de minoria<sup>1</sup>.

A discussão sobre o direito das minorias tem início com Ludwig Von Mises que desenvolveu teorias acerca da renovação do liberalismo contrapondo-se também a qualquer

---

<sup>1</sup> O conceito de minoria é puramente qualitativo. Ou seja, se trata das pessoas que possuem menos acesso à direitos. Assim pode-se dizer que representa uma ampliação da cidadania. Buscando entender o ativismo se faz necessário percorrer as orientações da política e de teóricos neoliberais sobre a ampliação da democracia, a democracia participativa (SEYFERTH, 2012).

forma de intervencionismo estatal. Von Mises é considerado a referência dos estudos do neoliberalismo austríaco. Para Von Mises, o homem deve se pautar no formato empresa, na compatibilidade entre democracia econômica (mercado livre) e democracia política (participação) (PASETTI, 1994).

Com essa fórmula buscou Von Mises equacionar o fenômeno de massas administrando o conflito pela oferta incessante de meios para o alcance dos fins que são os bens de consumo, ou seja, liberdades econômicas, capacidades de atuar no jogo econômico de mercado, sendo uma proposta de transformação que incide no meio onde as pessoas vivem.

A produção tem que se realizar de forma que todos tenham acesso, pois caso contrário poderá haver a possibilidade de surgimento de uma ideologia que prega o intervencionismo do Estado. Trata-se assim de uma estratégia de consolidação de mercado acalmando os grupos de pressão. O liberalismo se renova a partir da cientificação da ação humana, bem como, empoderando, concedendo direitos (PASETTI, 1994, p. 64). Segundo o pensamento de Von Mises, a heterogeneização é a forma de controle das massas, esquadrinhando as minorias, o que mostra o principal erro da biopolítica: fornecer meios para uma produção homogênea do sujeito a partir de qualquer tendência ou intenção política.

Paralelamente a proposta de Von Mises, de produção de um sistema de participação como estratégia que garanta a o fim de uma sociedade de massa totalizante, estiveram as propostas do neoliberalismo da Alemanha e dos Estados Unidos, no início do Século XX.

Foucault destacou que esta é também uma característica comum entre Neoliberalismo alemão e o Neoliberalismo dos EUA, o adversário doutrinal maior que é Keynes economias planificadoras. Ambos os modelos se manifestam como formas de renovação do liberalismo que se mostrava em crise quando da passagem para o socialismo, fascismo e nacional-socialismo (MOTA; MOTA, 2014).

Ambas as formas de neoliberalismo partem da visualização de uma nova forma de ser do mercado - a concorrência -, o que irá influir também nas formas de ser dos mecanismos jurídicos, do direito, da participação e das práticas de governo que envolve a vida, incluindo a punição (FOUCAULT, 2008, p. 163).

Não haverá o jogo do mercado, que se deve deixar livre, e, depois, a área em que o Estado começará a intervir, já que precisamente o mercado, ou antes, a concorrência pura, que é a própria essência do mercado só pode ser produzida senão por uma governamentalidade ativa. [...] A economia de mercado não subtrai algo do governo. Ao contrário, ela indica, ela constitui o indexador geral

sob o qual se deve colocar a regra que vai definir todas as ações governamentais (Idem, p. 165).

Assim, a questão da revitalização do liberalismo estava em usar a lei sem confundi-la com sua forma, que era a proibição a coerção. A função da lei passará a ser, a de regra de jogo, e assim deve-se permitir uma maior participação, que atraia cada vez mais pessoas para o jogo, ou seja, o objetivo é ter uma gestão mais inclusiva para pessoas que devem estar em um mesmo nível de concorrência por serem empresas em um jogo econômico (FOUCAULT, 2008, p. 356).

Nos EUA, Os principais aspectos que permitem analisar a aplicação do neoliberalismo estadunidense é a “teoria do capital humano”, representando dois processos principais que são a incursão da análise econômica em campos, até então, não explorados e a possibilidade de reinterpretar em termos econômicos, todo um campo que se considera não econômico (FOUCAULT, 2008, p. 301)<sup>2</sup>.

Assim, enquanto no século XIX, se havia tentado estabelecer contra o excesso governamental, uma espécie de jurisdição administrativa que permitisse aferir a atuação pública em termos de direito, agora se tem um tribunal econômico regulando e aferindo as ações do governo a partir de saberes oriundos da economia de mercado<sup>3</sup>.

### **3 ECOPOLÍTICA: PREVENÇÃO, RISCO E SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO HUMANO.**

A compreensão da Ecopolítica apresenta como pressuposto a compreensão de uma nova utopia para o capitalismo, uma luta relacionada à preservação do planeta, dos ecossistemas e controle do risco. Após a Segunda Guerra Mundial, ocorre o esgotamento da biopolítica<sup>4</sup> com o Nazismo.

O neoliberalismo a partir das décadas de 1970 e 1980, encontrou na ONU o espaço de configuração de uma situação de ordenamento não só em torno da redução de poluentes, mas

---

<sup>2</sup> No neoliberalismo dos EUA, o *homo economicus* é um “empresário de si mesmo”, que é em si mesmo seu próprio capital, sendo também o seu próprio produtor. Até mesmo a pessoa que é mera consumidora, que faz uma troca monetária para obter produtos, é vista como produtora de si, por produzir sua própria satisfação, perspectiva que faz qualquer visão sociológica da “sociedade de consumo” e do “consumo de massa” perder importância (Foucault, 2008).

<sup>3</sup> Para viabilizar tais mudanças será necessária a consolidação de uma nova forma de sociedade, segundo Foucault, uma sociedade em que haverá otimização das diferenças chamada posteriormente por Gilles Deleuze de “Sociedade de Controle” (DELEUZE, 2004).

<sup>4</sup> Biopolítica é o estilo de governo que regulamenta a população através do biopoder (a aplicação e impacto do poder político sobre todos os aspectos da vida humana) (FOUCAULT, 2008).

principalmente enquanto recomendações que levaram a uma nova configuração viável do capitalismo, uma nova ordem democrática e sustentável.

Com a conferência da Biosfera, em Paris, a UNESCO mudou o enfoque da discussão ecológica introduzindo a melhoria das qualidades humanas. Com isso, termos que eram utilizados para relacionar o meio ambiente como “risco”, “vulnerabilidade” e “sustentabilidade” são transferidos para a análise da realidade do homem.

O risco não é a existência de perigo, mas a probabilidade do aparecimento do comportamento indesejável a partir da exposição a certos fatores. Prevenir é vigiar, antecipar o surgimento de acontecimentos indesejados naquelas populações consideradas como portadoras do risco, iniciando um racismo que se orienta pela análise ecológica do homem (OLIVEIRA, 2005).

Como previsto por Foucault, não são mais as mentes dos jogadores o que importa, mas sim as cartas do jogo. Nesse sentido, as políticas preventivas não se destinam aos indivíduos, mas aos fatores. O gerenciamento dos riscos passa a ser o novo mecanismo de controle vinculado ao biopoder: a noção de risco neutraliza a de perigo pela antecipação do mesmo e vigilância sobre situações que podem causá-lo (MOTA; MOTA, 2016).

Atualmente são os indicadores que comprovem que existe uma situação de vulnerabilidade. Esses indicadores de “Desenvolvimento humano”. Assim é a nova doutrina do desenvolvimento humano de Amartya Sen, o fundador do IDH, deste índice que mede o chamado desenvolvimento humano, e também, o próprio fundador do Instituto Mundial de Pesquisa em Economia e Desenvolvimento – Universidade da ONU – expôs as procedências de seu discurso sobre o desenvolvimento e suas relações com a Economia de Mercado em seu livro “O desenvolvimento como liberdade”.

Para Sen, “a contribuição do desenvolvimento humano tem que ser julgada não apenas pelo aumento de rendas provadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo em muitos casos, redes de segurança social) que crescimento econômico pode possibilitar” (SEN, 2004, p. 54).

Neste sentido, a negação do mercado é a negação da liberdade e da produção da “capacidade humana” já que “restrições arbitrárias ao mecanismo de mercado podem levar a uma redução de liberdades devido aos efeitos consequenciais favoráveis que os mercados oferecem e sustentam pode resultar em privações” (SEN, 2004, p. 41)

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos papéis de desenvolvimento,

O Estado e a sociedade tem papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. A perspectiva de que a liberdade é central em relação aos fins e aos meios do desenvolvimento merece toda a nossa atenção.

A cidadania é justamente o que vai caracterizar o Estado Democrático de Direito, que é justamente, segundo os constitucionalistas, o modelo de Estado, que se apresenta como superação do Estado Liberal (liberalismo) e Estado Social (socialismo), que irá promover a dignidade da pessoa humana (qualidade de vida) mediante a cidadania -, que é justamente o aumento da capacidade de cada um pela possibilidade de participação (MOTA; MOTA, 2016).

Como se vê, a Constituição vigente, de forma oculta, equacionou todas as exigências da nova sociedade internacional, aderindo aos preceitos neoliberais, claramente expostos na obra de Ludwig Von Mises, atualizada pela noção de desenvolvimento humano em Amartya Sen (MOTA; MOTA, 2016).

Mas a repercussão não se limita aos preceitos constitucionais. Outra grande repercussão é o surgimento dos “microssistemas jurídicos”, que pode ser explicado pela preocupação com a atuação preventiva e com os vulneráveis algo que se relaciona à chamada ecopolítica (idem, 2016).

#### **4 O ATIVISMO JUDICIAL NO DISCURSO JURÍDICO**

Para Michel Foucault, discursos são frutos das relações de poder. A partir da compreensão de que ocorreram transformações nas relações de poder após a segunda guerra mundial, com o surgimento do neoliberalismo, surgiram novas formas de exercício de poder e produção da verdade.

No campo das práticas de poder, verificou-se a necessidade de um sistema de maior participação das minorias e maior prevenção com vias às sustentabilidade que produziu novas verdades, fazendo emergir o “desenvolvimento humano”. Com isso, todo o critério de controle desse novo sistema sustentável tem como critério, os indicadores de direitos humanos.

No campo dos estudos jurídicos esse acontecimento é estudado como “jusfundamentalização do direito”, em que os direitos humanos passam a existir em todas as

esferas da vida e do direito. A partir de tais considerações passa-se a análise do ativismo judicial como tecnologia de poder, a partir do discurso jurídico (RAMOS, 2016).

Nesse breve e objetivo percurso analisa-se as perspectivas de doutrinadores de direitos humanos como André de Carvalho Ramos e Lindgren Alves. Neles, a transição das práticas de interpretação são bem explicadas a partir de uma transição epistemológica: a transição da modernidade à pós modernidade, do positivismo ao pós-positivismo.

A pós-modernidade se apresentou como rejeição do iluminismo moderno. A modernidade teve como principais características, a rejeição da verdade religiosa, o progresso, a liberdade, a luta do homem pela comunidade nacional, genérica, universal, que se autoproclamava racional, secular e democrática. Conforme tal proposta a razão iria livrar o homem do problema da obtenção da verdade (ALVES, 2005).

A rejeição a tal modelo se iniciou com Marx, que demonstrou que o homem faz a sua própria história mas em circunstâncias impostas, Nietzsche desconstruiu a ética iluminista como mesquinha e ilusória, propensa a garantir relações de poder universais e estáveis, e Freud demonstrou que o homem não possuía o controle racional que era proposta, era um ser fragmentado em consciente e subconsciente.

Posteriormente, no campo da linguística, Saussure indicou que a relação entre os signos e estruturas da linguagem condicionam o conhecimento, demonstrando que o sujeito é determinado pelas estruturas e sistemas de sentido.

Após estas contribuições a pós-modernidade é proclamada com Lyotard, propondo o fim das metanarrativas da razão, da emancipação e do progresso humano. Foucault demonstrou em suas obras que não há sujeito universal há a produção do sujeito pela episteme. A história do progresso perde espaço para as histórias locais (ALVES, 2005)

Na pós-modernidade, o sujeito é desconstruído por três contradições: a psicanálise, a linguística e a etnologia de Foucault. A pós-modernidade destacou a realidade como contingente, ilusória e sem sentido, conduzindo a um anti-universalismo (ALVES, 2005).

Os direitos humanos tiveram o mesmo início: a episteme moderna. Esse ramo do direito surge da discussão iluminista, racional, humanista, que mistura liberalismo e socialismo, se apresenta a partir da imposição de valores universais ocidental. Com a mudança epistemológica, os pós-modernos passam a pleitear a substituição do universalismo e autores como Boaventura Souza Santos, Habermas busca um consenso doutrinário que concilie as diferentes vertentes. Buscavam conciliar o fim do universalismo com a ideia de justiça não

como categoria universal mas com a constrição de diversas culturas, substituição das metanarrativas pelos microssistemas.

A justiça passa a ser desconstrução como propôs Jacques Derrida, em “Força da Lei”. O fundamento é o respeito ao outro, o “direito à diferença”. Com isso a obsolescência da modernidade e do positivismo, se faz necessária a produção de um novo sistema de interpretação, um sistema de interpretação pós-positivista (ALVES, 2005).

Isso se tornou possível pela produção pela nova interpretação de direitos humanos. André de Carvalho Ramos menciona que a existência de direitos contraditórios em uma Constituição albergária conduz necessariamente à colisão de direitos humanos e os métodos interpretativos tradicionais, puramente limitados à análise gramatical e sistemática se mostraram insuficientes, uma vez que direitos humanos são *prima facie* (RAMOS, 2017).

Com isso, a partir da nova interpretação dos direitos humanos, a noção tradicional de interpretação que era “extrair o significado da norma” com inferência subjetiva mínima do intérprete, atividade predominantemente declaratória, caiu em desuso.

A norma passa a ser o ponto de partida a partir de dados da realidade permitindo-se assim chegar á norma interpretada. “A norma clara não precisa de interpretação” pode ser considerada um frase ultrapassada. Atualmente a norma clara é a norma interpretada. A ponderação é uma técnica jurídica que tem lastro na Alemanha e nos EUA.

A discussão de Dworkin sobre os “Direitos Morais” que seriam o conjunto de direitos subjetivos originados diretamente de valores (contidos em princípios) independentemente de regras positivas representou a adesão dos estudos da filosofia do Direito ao paradigma pós-moderno.

A partir desse conceito, entra em discussão a equivalência dos Direitos humanos como Direitos morais que não tem sua “validade condicionada a uma norma positiva, mas sim aos valores morais da coletividade humana”. A inserção da *moralidade* no ordenamento se daria por meio de princípios jurídicos, mesmo que não *positivados*. Dworkin menciona os chamados *hard cases* em que os interpretes debatem termos de direitos e obrigações jurídicas, a partir da análise de padrões que não funcionam como regras propriamente ditas, mas como princípios (RAMOS, 2017).

O princípio serve para direcionar o interprete em determinada direção quando do conflito das normas jurídicas. Pode-se dizer que os direitos morais são mais que exigências



éticas do jusnaturalismo, pois são títulos “na acepção de pretensão que permitem exercer direitos”.

Segundo a transcrição de Carlos Nino, “a diferença entre o jusnaturalismo clássico e esse novo positivismo é que se determina o Direito não somente pelas fontes formais, mas também em sua aplicação” (NINO *apud* RAMOS, 2017).

## **5 FUNDAMENTOS DISCURSIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL : RESERVA DE CONSISTÊNCIA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Na Alemanha, os primeiros ecos discursivos são trazidos pela “Jurisprudência dos interesses”, escola alemã que tem em Philip Heck, da Escola Alemã Turbingen, seu principal representante. Para a referida Escola, qualquer caso jurídico é um conflito de interesses, sendo assim, a decisão deve surgir a partir de uma ponderação de interesses. Contudo essa ponderação deve ser orientada pelo conteúdo da lei (SABADELL, 2013).

Trata-se assim da superação do legalismo positivista que surge nas revoluções da independência no Século XVIII que determinavam que não poderia haver qualquer decisão restritiva de direitos que não fosse prevista na lei, produzindo os chamados “juízes boca da lei” como defendia a chamada “Escola Exegética”.

Vitovsky (2010) encontra o início do ativismo judicial na jurisprudência norte americana, para inicialmente favorecer a segregação racial, a invalidação de leis sociais, entre outras, somente a partir de 1950, com a presidência da Suprema Corte pelo “Juiz Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da corte Burger (até 1973) é que a jurisprudência passou a apresentar progressos em relação aos direitos fundamentais” (Vitovsky, 2010, p.91).

O autor, acima mencionado, na obra citada faz um estudo aprofundado de Ativismo Judicial, inclusive abordando as várias formas e teorias que são indicadas por diversos autores. Para fins deste trabalho conceituaremos ativismo judicial do direito e de cidadania que para Vitovsk caracteriza-se como:

[...] *ativismo judicial* é uma expansão do exercício da ‘discricionariedade judicial, no qual um juiz ou um Tribunal cria ou estende um direito, afasta a aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching*) e intervir ou efetivar políticas públicas (*policy making*) (Vitovsky, 2010,p.91).

A visão dos doutrinadores pátrios confirma todas as análises genealógicas do presente artigo, a partir da discussão técnica-dogmática orientada pela estrutura semântica produzida pelas forças de poder envolvidas nas matrizes do neoliberalismo, da ecopolítica e do

desenvolvimento humano, demonstrando que o ativismo representa uma melhor forma de gestão dos seres humanos visto enquanto empresa, em um jogo econômico no qual o Estado se presta a produzir regras e para manter a prevenção ativa tecnologias como o ativismo que garante um melhor governo pelo empoderamento:

[...] vínculo jurídico-político do indivíduo ao Estado , é também um direito fundamental de ter o gozo de direitos, civis, políticos, sociais e culturais .Com efeito, em sendo o ativismo da cidadania caracterizado por movimentos populares, pela participação, pelo voto, observamos que ele também implica em transformação do direito, da justiça e da própria cidadania (como, por exemplo, fruto da marcha das mulheres pela igualdade dos sexos), por decisão judicial (quando a justiça reconhece o direito da união estável entre pessoas do mesmo sexo) ou por mudanças no direito (a lei punindo a violência doméstica). São evidentes as relações entre o ativismo da cidadania e o ativismo judicial e do direito (Vitovsky, 2010,p.93).

Desta forma a interpretação passa a ser uma atividade constitutiva e não meramente declaratória, de construção da norma e não mera dedução do texto, trata-se da adaptação do texto à realidade. A adesão do STF em relação a estas práticas de interpretação com predominância do intérprete sobre o legislador são detectadas em diversos julgamentos, como a ADPF 153/2010 em que Eros Grau afastou a noção de juiz “boca da lei”, propondo que a subsunção como principal método interpretativo é uma orientação ultrapassada.

Segundo André de Carvalho Ramos, na nova interpretação não há certo e errado, mas sim, decisões que conservem uma reserva de consistência (RAMOS, 2017).

Segundo Peter Haberle, as decisões orientadas pela reserva de consistência deverão ser transparentes e sinceras, abrangentes e plurais, o que envolve a participação de setores representantes da sociedade como o *amicus curae* e a audiência pública. Além disso, deve ser consistente , fundado em dados empíricos, coerente, por permitir a aplicação do mesmo raciocínio a casos análogos e proporcional (RAMOS, 2017).

O princípio da proporcionalidade foi produzido como forma derivada de um princípio norte-americano, o *due process of Law*, vindo a se tornar o *substantive process of Law*, traduzido para o português como processo legislativo hígido. Inicialmente foi utilizado para restrições à direitos fundamentais –que deveriam ser proporcionais, havendo vários casos que percorreram o STF -, mas posteriormente passa a ser uma ferramenta necessária para decidir o direito fundamental que prevalecerá na colisão de direitos.

O princípio se desdobra em proporcionalidade-necessidade, proporcionalidade-adequação e finalmente, proporcionalidade stricto sensu, que irá justamente realizar uma análise de possíveis prejuízos da decisão, havendo claramente a preocupação preventiva.

O princípio da proporcionalidade aparece nesse contexto como o divisor de águas em termos de construção da norma, no que concerne a colisão dos direitos humanos e corresponde em termos políticos aos princípios da prevenção e precaução. A adesão do legislador brasileiro às proposições da reserva de consistência propostas por Peter Haberle engendram simultaneamente todas as exigências do neoliberalismo, da ecopolítica e do desenvolvimento humano, criando um sistema de construção da verdade, a partir da participação, da inserção das minorias, da neutralização do risco e pelo olhar econômico.

## **6 A DECISÃO DO HABEAS CORPUS E FUNDAMENTOS.**

O *habeas corpus* n. 124.306/RJ teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, cuja ementa foi a que segue:

**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 INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Após considerar não ser o HC cabível na hipótese a ser analisada, estabeleceu o Relator ser caso de concessão de ordem de ofício, primeiro por não estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva elencados no art. 312 do CPP, ainda por serem os réus primários, possuírem trabalho, residência fixa, terem participado dos atos de instrução e, ainda a pena, em caso de condenação, ter seu cumprimento em regime aberto. E, depois passou a tratar da interpretação de acordo com a Constituição, dos arts. 124 a 128 do Código Penal que tratam do crime de aborto, quando excluiu de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Para o Ministro Relator, tal criminalização viola os direitos fundamentais da mulher, assim como o princípio de proporcionalidade, esclarecendo: a) ser a criminalização incompatível com os seguintes direitos fundamentais – os direitos sexuais e reprodutivos da mulher; b) a autonomia da mulher; c) a integridade física e psíquica da gestante e, d) a igualdade da mulher (BARROSO, 2018).

Acrescentou a situação das mulheres pobres maiores vítimas do impacto da criminalização. Mulheres sem acesso aos médicos privados e que não podem recorrer aos serviços públicos de saúde, o que gera mutilações, lesões graves e óbitos (BARROSO, 2018).

Em relação ao princípio da proporcionalidade ponderou que este é violado por: a) medida de duvidosa adequação para proteção do bem jurídico – no caso o nascituro – a medida não reduz o número de abortos realizados, penas são realizados em sua maioria sem modo seguro; b) meios mais eficazes e menos lesivos poderiam ser utilizados do que a criminalização, como educação sexual, distribuição de contraceptivos, amparo às gestantes que estejam em condições inadequadas para ter filhos; c) A medida gera custos sociais relacionados com problemas de saúde pública e morte que acabam sendo superiores aos seus benefícios. Finalmente, observa que Estados Unidos, França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Canadá, Espanha, Holanda e Austrália são exemplos de países democráticos e desenvolvidos que não tratam como crime a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre (BARROSO, 2018).

Evidentemente a decisão reflete o pensamento do Ministro Relator que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Barroso, que em voto vista defendeu as mesmas ideias esposadas no voto inicial, estas terão profundo reflexo na Política Criminal tendo em vista tratar-se de descriminalização de conduta típica e antijurídica.

## **CONCLUSÃO**

Por toda a análise conclui-se que o ativismo judicial é um fenômeno decorrente das transformações sociais ocorridas no pós-guerra, com o surgimento de um sistema de direito mais participativo e inclusivo em relação à minoria, bem como um sistema que atribuiu uma predominância do legislador em relação ao intérprete.

Pela análise das correntes austríaca, alemã e americanas do neoliberalismo foi possível perceber que este buscou engendrar uma sociedade econômica de empresas a partir de um jogo econômico extremamente concorrencial. Neste sentido, a ampliação da participação é uma premissa de funcionamento do jogo econômico que precisa se ampliar. A perspectiva do capital humano vai trazer uma nova consideração do homem como empreendedor de si mesmo e neste aspecto é justamente o que vai dar condições para que as pessoas atuem como empresas, e neste sentido, o alcance de fins determinará um sistema de participação em que as minorias estejam incluídas como demonstrou Mises.

Como se viu na discussão sobre o desenvolvimento humano e o IDH de Amartya Sen, ficou claro que a conformação do indivíduo enquanto empresa percorre necessariamente as oportunidades sociais e neste sentido, os direitos humanos foram o mecanismo responsável por garantir os efeitos buscados pelas relações de poder em termos de neoliberalismo e ecopolítica

para justificar a criação de uma sociedade internacional, bem como, a de novos papéis para o judiciário.

No período atual, chega-se a um sistema jurídico análogo às proposições e perspectivas do pós-modernismo e seu consequente reflexo epistemológico, o pós-positivismo que está presente na produção da norma a partir dos dados da realidade social e a interpretação passa a ser uma instância de produção da verdade.

Para Niklas Luhman, a tarefa do sociólogo não será descrever “como funciona o Direito em uma sociedade”, mas como se dá a “interação entre direito e sociedade” (quando e quem influencia quem). Como vimos, nessa interação são as relações de poder que orientam a forma de ser da ciência, da sociedade, do sistema jurídico e da produção do Direito (GONÇALVES; BACHUR, 2013).

Mas ao contrário de Luhman não vemos o Direito como um subsistema social, mas como um instrumento governo das pessoas, que após recente atualização, decorrente do neoliberalismo, da ecopolítica e do desenvolvimento humano, produz a verdade orientado pelo pós-positivismo, paradigma não está somente presente na produção da norma, mas também agora, na produção da política criminal.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lidgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. Perspectiva, São Paulo, 2005.

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. **Manual de Antropologia Jurídica**. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal** –Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARNEIRO, Beatriz Scigliano. **A construção do dispositivo meio ambiente**. Revista Ecopolítica, São Paulo, n.4. 2012.

COSTA, Cristina. **Introdução à ciência da sociedade**. 3ª. Edição, Editora moderna, São Paulo, 2005.

DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle in Conversações**. Traduzido por Peter Pál Pelbart. Editora 34, Rio de Janeiro, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**”. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo/SP, 2008.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. 15 Ed. Editora Graal, 2010.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. Ed. Nau, Rio de Janeiro/RJ, 1999.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Editora Vozes. Petrópolis/RJ, 2008-b

\_\_\_\_\_. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento** in Ditos e Escritos II. Org. De Manuel Barros de Motta: Forense Universitária, Rio de Janeiro/RJ, 2000.

GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. **O direito na sociologia de Niklas Luhman** in Manual de Sociologia Jurídica. Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

MOTA, Guilherme Vasques; MOTA, Nazareth Vasques. **Transição do capitalismo clássico ao capitalismo sustentável: a vulnerabilidade e a sustentabilidade no Direito brasileiro pela influência da ecopolítica** in **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 20, número 23/24, Revan, 2016.

\_\_\_\_\_. **A guerra contra as drogas como estratégia de controle e gerenciamento das classes baixas sob a égide do neoliberalismo** in **Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista**, Editora Revan, Rio de Janeiro 2014.

OLIVEIRA, Saete. **“Tolerar, julgar, abolir”** in “A tolerância e o intempestivo”. Org. Edson Passetti, Ateliê, São Paulo 2005.

PASSETTI, Edson. **Política e Massa: o impasse liberal por Ludwig Von Mises**. São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. **Transformações da biopolítica e emergência da ecopolítica**. Revista Ecopolítica, São Paulo, n. 5. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2017.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia jurídica**. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

SEN, Amartya Kumar. **“Desenvolvimento como liberdade”**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

SEYFERTH, Giralda. **Minoria** in **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Coordenação geral de Antônio Carlos de Souza Lima. Nova Letra, Rio de Janeiro, 2012.