

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO.

**OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

EZI FRANCISCA DA SILVA PAULINO

PROF. DOUTOR GLAUCO SALOMÃO LEITE
(Orientador)

RECIFE
2019

EZI FRANCISCA DA SILVA PAULINO

**OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Doutor Glauco Salomão Leite.

RECIFE
2019

P3271

Paulino, Ezi Francisca da Silva

Os limites da competência do Supremo Tribunal Federal na descriminalização do aborto / Ezi Francisca da Silva Paulino, 2019.

135 f.

Orientador: Glauco Salomão Leite

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2019.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Aborto. 3. Jurisdição. 4. Controle da constitucionalidade. I. Título.

CDU 347.991(81)

Mércia Nascimento - CRB-4/788

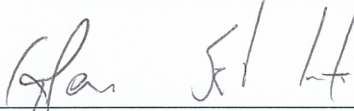
EZI FRANCISCA DA SILVA PAULINO

**OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

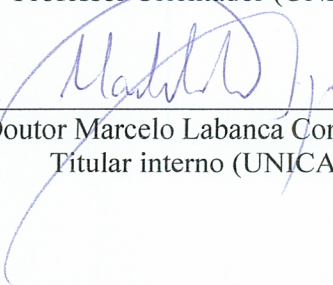
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica
no dia 16 de setembro de 2019 para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

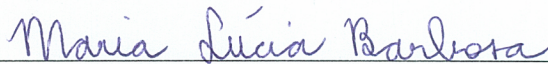


Prof. Doutor Glauco Salomão Leite
Professor Orientador (UNICAP)



Prof. Doutor Marcelo Labanca Correa de Araújo
Titular interno (UNICAP)

Prof^ª. Doutora Thami Covatti Piaia
Titular Externo (UCI)



Prof^ª. Doutora Maria Lúcia Barbosa
Titular Externo (UFPE)

Dedico este trabalho aos meus pais, Durval (*in memoriam*) e Angelita, que acreditaram na força libertadora do conhecimento, incentivando-nos sempre a seguir em frente, mesmo diante das dificuldades. Também, à minha filha – Eizi Cataline, para assim continuar acreditando nessa mesma premissa.

AGRADECIMENTOS

Como todo aquele que acredita ser movido por uma força superior para que seus propósitos e sonhos sejam realizados, rendo agradecimentos a essa Força Maior que chamo de Deus. Quando me enfraquecia no caminhar Ele dizia-me: vai. E assim prossegui.

Os momentos solitários os quais a pesquisa exige foram tão bem compreendidos por meus familiares e amigos, afinal um sonho não se constrói sozinho. Nessa construção recebi deles compreensão diuturna e apoio incondicional de familiares, por isso meu especial agradecimento a Elias, a Eizi , a Augusto e a Jacqueline, que trilharam comigo esse caminho abdicando de momentos de lazer.

Por fim, meus sinceros agradecimentos aos professores do Programa de Pós-graduação do Mestrado em Direito desta Universidade Católica de Pernambuco, em especial ao meu orientador Prof. Dr. Glauco Salomão Leite, por sua paciência e presteza acadêmica em apontar caminhos para a construção deste trabalho, a quem rendo especial gratidão.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar a função dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas, para entender os limites da competência do Supremo Tribunal Federal na descriminalização do aborto. A crescente judicialização da política tem exigido do juiz uma postura diferenciada e proativa, instrumentos jurídicos hábeis aos questionamentos de uma sociedade inquieta que busca visibilidade. Esses novos desafios postos ao Judiciário têm resultado numa participação política do juiz, que na ânsia de fazer justiça percorre as vias do ativismo judicial provocando tensão entre o sistema político e o sistema jurídico. O STF – intérprete e guardião da Constituição – sempre que vindicado, tem revelado nas últimas décadas um alargamento de sua função para além de intérprete e detentor da última palavra na densificação de preceitos constitucionais de elevada abertura semântica, revela uma faceta quase legislante. Essa postura altamente empoderada do juiz, desperta curiosidades acadêmicas sobre os limites de sua atuação na concretização de direitos. O estudo não observa o aspecto meritório, mas, em saber se ao elaborar uma decisão política, o STF encontra campo teórico para delimitar a linha fronteira entre o legislador e o julgador, especialmente ao resolver sobre questão complexa, cheia de sentimentos como a descriminalização do aborto. Temas conexos aos novos direitos garantidos pelas constituições democráticas – igualdade, liberdade, autodeterminação-, envoltos à dignidade humana, são dependentes do poder criativo e da capacidade intelectual do juiz para atribuir um fundamento constitucional na concretização de um direito, mormente quando há inércia do legislador. A reivindicação de visibilidade constitucional por grupos e movimentos sociais exige uma análise compromissada com lastro nos freios e contrapesos, principalmente porque a escolha política do legislador pode ser avaliada pelo controle social e reavaliada pelo juiz, mas, o direito judicial, construído de decisão do STF como detentor da última palavra fica distante dessa prestação de contas. Diante da crescente politização da justiça e da judicialização da política é importante discutir o papel do juiz constitucional e os limites da atividade jurisdicional quando tensionada com a atividade do legislador. Por isso é essencial o debate sobre a fronteira pendular do poder do juiz interpretar a Constituição ou de exacerbar esse poder. O STF na descriminalização do aborto, comparativamente com as Cortes e Tribunais Constitucionais envolvidos nesse estudo, além de justificar um cenário juristocrático com transferência dos poderes decisórios da arena política, mostra o alargamento da atuação do judiciário além das capacidades institucionais e, a disputa do poder decisório –inclusive entre seus membros –, em comparação com as cortes estrangeiras que decidiram sobre o tema. As vozes das ruas precisam ser ouvidas no *locus* de legitimidade constitucional, para que não sobre ao juiz apenas os parâmetros abertos da Constituição quando decidir questões da moralidade pública e adjudicar o papel de protagonista do processo democrático.

Palavras-chave: Aborto. Jurisdição Constitucional. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the role of Constitutional Courts in contemporary democracies, in order to comprehend the limits of the Federal Supreme Court's competence in decriminalizing abortion. The increasing judicialization of politics has demanded a particular and proactive attitude from the judge, legal instruments apposite to inquires of a restless society seeking for visibility. These new challenges given to the Judiciary resulted in a political participation of the judge, for who, in his eagerness to do justice, courses the path of judicial activism bringing about tension between the political system and the legal system. The Supreme Court – guardian and interpreter of the Constitution – whenever is vindicated, has showed in recent decades an extension of its function that goes beyond the interpreter and the holder who has the final say; in the increase of constitutional precepts of high semantic openness, reveals nearly a legal capacity aspect. This extremely empowered attitude from the judge arouses academic curiosities about the limits of his performance in the implement of rights. The study does not perceive the praiseworthy aspect; however, it perceives whether in making a political decision, the Supreme Court finds the theoretical field to delimit the borderline between the legislator and the judge, especially when solving a complex issue, highly charged of feelings, such as decriminalization of the abortion. Themes related to the new rights guaranteed by the democratic constitutions – equality, freedom, self-determination – involved in human dignity, are dependent on the creative power and intellectual capacity of the judge to assign a constitutional foundation in the realization of a right, especially when passiveness of the legislator occurs. The claim of constitutional visibility by social groups and movements requires a committed balanced analysis, mainly because the political choice of the legislator can be assessed by social control and reevaluated by the judge; however, the judicial right resulted by decision of the Supreme Court, which has the final say, is far from that accountability. Due to the increasing politicization of justice and the judicialization of politics, it is important to discuss the role of the constitutional judge and the limits of jurisdictional activity, when strained on the activity of legislature. Therefore, discussing about the oscillating boundary of the judge's power to interpret the Constitution or to exacerbate that power is essential. Regarding decriminalizing abortion, The STF, when compared to the Constitutional Courts and Courts involved in this study, besides justifying an anti-democratic scenario by delegation of decision-making powers from the political arena, shows the broadening of the judiciary's performance beyond institutional capacities, and the power dispute – even among its members – compared to the foreign courts that have decided on the subject. The voices of the streets need to be heard at the locus of constitutional legitimacy, so that it does not remain to the judge only the open parameters of the Constitution, when deciding matters of public morality and adjudicating the role of protagonist of the democratic process.

Keywords: Abortion. Constitutional Jurisdiction. Judicial activism. Federal Court of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
LO	Lei Orgânica
MI	Mandado de Injunção
MOW	Programa Memória do Mundo da Unesco
PET	Petição
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional
TCF	Tribunal Constitucional Federal (Alemanha)
UJUCASP	União dos Juristas Católicos de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS: A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	14
1.1 Do Estado Formal de Direito ao Estado Constitucional de Direito.....	14
1.2 A amplificação do Poder Judiciário e sua releitura institucional.....	22
1.3 O protagonismo judicial e a judicialização da política.....	27
1.3.1 Entre o fato político judicializável e a atitude ativista.....	32
1.4 O STF como palco da centralidade dos desacordos morais.....	36
2 ATIVISMO JUDICIAL E SEUS SIGNIFICATIVOS NA DEMOCRACIA	42
2.1 Breve esboço histórico e delimitação conceitual.....	42
2.1.1 O novo ciclo do ativismo judicial.....	46
2.2 Os significativos mais recorrentes do ativismo judicial.....	48
2.3 Ativismo e autocontenção judicial: como se tem apresentado no judiciário brasileiro.....	53
2.4 A via de mão dupla do ativismo judicial: aspectos negativos e positivos.....	59
2.4.1 Aspectos negativos do ativismo judicial.....	60
2.4.1.1 A crítica ao uso desmensurado dos princípios.....	60
2.4.1.2 Discricionariedade do julgador.....	62
2.4.1.3 As competências constitucionais dos poderes e a democracia procedimental.....	64
2.4.2 Aspectos positivos do ativismo judicial.....	66
2.5 A exigência democrática do diálogo na decisão judicial.....	67
3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PROTAGONISMO DO DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	71
3.1 A discussão sobre o aborto no Brasil.....	71
3.2 A chancela judicial para interrupção da gravidez do feto anencéfalo.....	75
3.3 Tomando de empréstimo o poder e a responsabilidade institucional na descriminalização do aborto.....	80
3.4 O precedente utilizado na ADPF n° 442.....	85
4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO	88
4.1 O aborto nos Estados Unidos.....	88
4.2 O aborto no México.....	94
4.3 O aborto no Chile.....	97
4.4 O aborto na Argentina.....	100
4.5 O aborto na Colômbia.....	104
4.6 O aborto na Espanha.....	106
4.7 O aborto em Portugal.....	109
4.8 O aborto na Alemanha.....	114
4.9 Considerações ao aborto no direito comparado.....	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

Países que adotaram o constitucionalismo optando por Constituições democráticas e rígidas com um rol de direitos fundamentais vinculantes e protegidos das ações de maiorias políticas, suscitaram um novo modo de aplicar e interpretar o Direito, como decorrente, acarretar o aumento da atividade jurisdicional e a prevalência interpretativa do Poder Judiciário nas decisões políticas do Estado. O protagonismo de Cortes e Tribunais Constitucionais é levado ao centro das discussões política e jurídica na atualidade, assim como suas conseqüentes para teoria jurídica.

Várias explicações apontam o crescimento de esse poder político repercutir negativamente no sistema jurisdicional brasileiro, em especial, a minoração do papel político do Parlamento e o protagonismo do Poder Judiciário na resolução de questões importantes e sensíveis, entretanto, extrajurídicas da sociedade. A afirmação de que o expansionismo do STF é revelado com a judicialização da moralidade ética constitui um truísmo.

A judicialização da política, decorrente de variadas vertentes, contribui para o Judiciário assumir o papel de protagonista da democracia ao tomar importantes decisões para sociedade, as quais, historicamente, seriam tomadas pelos poderes eleitos pelo povo.

Estudos sobre um excesso de jurisprudencialismo têm surtido críticas sobre a jurisdição constitucional brasileira, revelando riscos democráticos que não podem ser obscurecidos. A veneração à autoridade do juiz, como condutor e realizador da justiça parece imbricada em nossa cultura jurídica, entretanto, nas últimas décadas, observa-se a necessidade de uma posição mais crítica e questionadora sobre os limites de sua atuação.

Assim como outras jurisdições constitucionais elencadas no presente trabalho, o STF foi instado a enfrentar o tema da descriminalização do aborto, destacando-se ações objetivas de controle normativo - ADI nº 3510/DF e a ADPF nº 54/12 -, ainda, por meio do HC nº 124.306/RJ, nas quais podem-se mensurar efeitos colaterais ao conteúdo das decisões, com possibilidade teórica de resultar em prejuízo a um grupo ou a ascensão política de defensores de teses contrárias.

Nessa essência, tem-se decisão que envolver moralidade pública, pautada também pelo seu resultado, incumbir a transferência do poder do povo para uma casta de juizes para definir a ética pública, ao que se requer uma posição mais crítica de todos os estratos sociais e institucionais.

No quadrante global questões morais ingressaram na agenda decisória da jurisdição constitucional (homofobia, união homossexual, eutanásia, aborto, religião), numa fronteira pautada envolvendo direito e política.

A tônica do presente estudo está em analisar se o Judiciário, centralizado no Supremo Tribunal Federal, transcendeu a lógica constitucional de guardião da ordem democrática e defensor dos direitos humanos fundamentais para se colocar na centralidade do jogo político.

Para esse fim pautar-se-á este estudo numa abordagem qualitativa do ativismo judicial, reconhecendo, no aspecto institucional, quem tem a prerrogativa de fornecer soluções quando surgem divergências legítimas no tocante ao conteúdo dos direitos fundamentais postos em contraposição.

Nessa esteira, procura-se lançar bases reflexivas sobre os limites da atualização da Constituição pelo Judiciário, a legitimidade de uma atuação expansiva para abraçar uma decisão política, adotar uma escolha, adjudicando o poder para descriminalizar o aborto.

Diante da elevada carga política sobre a descriminalização do aborto e dos dissensos valorativos envolvidos, o estudo parte das seguintes inquietações: Como o Supremo Tribunal Federal tem assumido o ativismo judicial em questões relacionadas à descriminalização do aborto; o que pode ser compreendido como ativismo judicial em prejuízo à democracia constitucional.

Ao se ter por cenário a atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como a supremacia judicial na arquitetura institucional na relação dos Poderes, assenta-se como objetivo geral estudar o papel do STF na assunção do protagonismo para demarcação jurídica da descriminalização do aborto, partindo do debate da função dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas, portanto, esse objetivo, visa analisar, em perspectiva comparada, os processos de judicialização do aborto e como Cortes Constitucionais têm enfrentado o assunto.

Para esse desiderato, tem-se como propósito compreender, à luz da democracia constitucional, qual a relevância da restrição dos poderes interpretativos do Tribunal Constitucional, especialmente nas ações de controle abstrato de constitucionalidade tendo como elemento decisório questões que afetam toda comunidade jurídico-política-social.

Essa questão tem importância direta para nossa sociedade na medida em que uma decisão do intérprete supremo da Constituição Federal que, sobranceiramente, invade o âmbito de competência do legislador positivo, é dotada de poder vinculante e tensiona o sistema político.

Parte-se de uma análise qualitativa da jurisprudência interna e estrangeira trazida ao estudo, alicerçada pela preocupação dogmática do protagonismo exercido pela Corte brasileira, que, aparentemente, teria provocado excessos nas decisões prolatadas pelo intérprete máximo

da Constituição, bem como os efeitos consequentes nos limites institucionais e na democracia deliberativa.

Na busca de alcançar os objetivos descritos, dividiu-se esta dissertação em quatro capítulos, cujas especificações são aludidas a seguir:

No capítulo primeiro desenvolve-se um estudo sobre a transição do Estado Formal ou Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito ao considerar a centralidade do constitucionalismo moderno na proteção dos direitos fundamentais. Situa-se, assim, o papel da jurisdição constitucional nesse novo sistema democrático, o qual considera os conflitos mais representativos da justiça constitucional envolverem proteção à dignidade da pessoa humana.

O capítulo segundo se concentra na questão central do ativismo judicial, parte-se de uma abordagem histórica e adentra-se em seus significativos mais recorrentes para delimitar como se tem apresentado no judiciário brasileiro a fim de identificar seus aspectos negativos e positivos.

O estudo dos dois capítulos iniciais objetiva alicerçar as abordagens centrais da investigação, elencadas nos capítulos três e quatro, para verificar como o Supremo Tribunal Federal tem atuado no debate da descriminalização do aborto no Brasil e, em estudo comparado, verificar a atuação de outras jurisdições constitucionais (europeias e latino-americanas), com o intuito de aferir os efeitos no espectro da democracia constitucional bem como na interação dialógica com as instituições políticas e sociais.

Parte-se da hipótese de que o ativismo do Supremo Tribunal Federal, na proteção de direitos fundamentais, tem promovido conquistas políticas a grupos minoritários que têm sofrido indevida negação de direitos fundamentais, cuja transferência de demandas estratégicas para o Tribunal decorre do próprio desenho institucional traçado na Constituição e, ainda, como consequente do custo político a atores institucionais terem transferido ao crivo do STF o poder decisório, antes do aperfeiçoamento das bases políticas deliberativas para abertura do amplo debate legislativo.

Fixados os elementos estruturadores do estudo, descreve-se a metodologia utilizada para se chegar às conclusões.

Entre os muitos tipos de pesquisa científica sobre temas jurídicos que se pode escolher fazer, é especialmente importante aquele cujo tema central é um problema jurídico de difícil resposta¹, essas novas e complexas demandas propostas no Judiciário transfere as discussões

¹QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA Thiago dos Santos. Como respondo cientificamente a uma questão jurídica controversa? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.

para um palco antes situado em outras esferas do Poder, chegando às raias do Judiciário que não mais é equidistante e frio à questões políticas, por derivação, resulta em nova práxis hermenêutica para justificar sua participação na emolduração de questões político-sociais.

A partir desse objeto de estudo, buscar-se-á verificar se isso se apresenta como uma justificação democrática para o Supremo Tribunal Federal expandir seus poderes decisórios no âmbito dos órgãos de representação política, diminuindo o espaço de atuação destes.

No estudo é utilizado o método dedutivo, partindo da premissa maior de que o Supremo Tribunal Federal tem promovido importantes conquistas na defesa de direitos fundamentais, especialmente a minorias com insuficiente representação na arena política; e, a partir dessa constatação, chegar a premissa menor, de que o STF como guardião da Constituição e do jogo democrático, estaria utilizando esse poder para se lançar no centro da atuação política, resolvendo questões que, a priori, pertencem ao Parlamento. Com isso, estaria usurpando a competência do povo em ser o principal protagonista do fortalecimento democrático, causando, assim, fissura numa democracia representativa e participativa.

A metodologia utilizada está pautada na revisão da literatura no campo da Teoria da Constituição e do Direito Comparado, envolvendo o estudo de precedentes de Cortes estrangeiras e eventuais reações do Parlamento. A pesquisa é bibliográfica, com revisão literária composta por livros, artigos científicos publicados em periódicos especializados; e exploratória, na medida que será analisada decisões de tribunais estrangeiros delimitados pelo tema do aborto, para verificar o envolvimento político relacionado com essa problemática.

Para o estudo do Direito Comparado, foram escolhidos países europeus (Alemanha-Portugal-Espanha) por ser observada uma tendência progressista e interpretações cada vez mais garantistas, demonstrando uma disposição gradual de liberalização do aborto. Os países da América Latina (Argentina-Chile-Colômbia-México), foram envolvidos para verificar o empoderamento político com o Novo Constitucionalismo Latino Americano, e o envolvimento das identidades sociais no processo de tomada de decisão. Por fim, a decisão do direito ao aborto pela Corte americana, decorre da inaugural decisão judicial que criou um direito constitucional ao aborto no emblemático caso *Roe v. Wade*, em 1973.

A coleta dos dados para essa pesquisa acadêmica foi feita por recortes jurisprudenciais² em decisões sobre a descriminalização do aborto, extraídos do site eletrônico das jurisdições

² São recortes jurisprudenciais todas as estratégias de delimitação do tema. Nas pesquisas de jurisprudência, os recortes mais recorrentes são os institucionais, temáticos, os processuais e os temporais. O recorte institucional é provavelmente o recorte mais utilizado em pesquisas de jurisprudência. PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-

constitucionais dos países envolvidos, para, a partir da pergunta-problema, analisar o conteúdo da decisão e verificar como aqueles Tribunais se posicionaram em sua arquitetura institucional.

Nessa perspectiva, espera-se que o presente estudo contribua para uma discussão acadêmica sobre o protagonismo do Judiciário frente aos demais poderes, especialmente o Supremo Tribunal Federal ao se colocar como defensor do Estado Constitucional e órgão competente para dar a última palavra na interpretação do direito, ocupando um lugar de destaque na vida política brasileira.

1 DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS: A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

1.1 Do Estado Formal de Direito ao Estado Constitucional de Direito

A expressão “Estado de Direito” é comumente usada para representar a tipologia do Estado formal, cujos poderes públicos são estabelecidos e limitados por leis, exercidos em submissão às formas e a procedimentos legalmente estabelecidos.

Essa tipologia estatal típica do Século XIX estabelecia o tipo ideal do Estado Moderno por representar a eliminação da arbitrariedade governamental, fundando o Estado governado por uma vontade geral, orientado pelo bem comum.

Numa dúplice leitura, têm-se um Estado Formal ou Legislativo em que a imperatividade do poder público é conferida na lei, exercida nas formas e procedimentos legalmente estabelecidos sem análises conteudistas ou substanciais do direito.

Nesse sentido, aponta-se o Estado de Direito alemão (Rechtsstaat), ao ser concebido em termos meramente formais, restando balizado pela debilidade do formalismo jurídico.

De um conceito de Estado de direito dissociado do ponto de vista político-constitucional, tendo como ponto de partida o pós-Guerra, surge o modelo de Estado Constitucional de Direito com especial missão de garantir a igualdade, a liberdade e a dignidade das pessoas a partir de constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis.

Até a formação desse novo modelo de Estado foram registradas atrocidades praticadas à pessoa humana, o que veio a resultar na pactuação de um compromisso para que “nunca mais” tanto sofrimento fosse registrado. Para uma melhor compreensão da mudança de paradigma do Estado de Direito moderno para o Estado Constitucional, salutar se fazer uma breve abordagem teórico-conceitual para compreensão das distinções entre ambos.

Com a mudança do paradigma do direito pré-moderno, fundado no jusnaturalismo legitimador das teses doutrinárias e jurisprudenciais, o Estado de Direito submete a lei ao princípio da legalidade como única fonte de legitimação, pré-estabelecido por uma autoridade representada pelo Parlamento.

Essa garantia legal, avessa a velhas tradições romanísticas, encontra no princípio da legalidade a garantia de certeza, conseqüentemente de liberdade frente à arbitrariedade do soberano.

De acordo com Luigi Ferrajolli:

O Estado de Direito moderno nasce, com a forma de estado legislativo de direito, no momento em que esta instância alcança realização histórica, precisamente, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e previamente existente, com independência de sua avaliação como justo. Graças a esse princípio e às codificações que são sua ação, uma norma jurídica é válida não porque seja justa, mas exclusivamente porque foi 'posta' por uma autoridade dotada de competência normativa³.

Com esse novo paradigma intui-se um fundamento cognoscitivo na ciência jurídica, portanto a jurisdição se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação do direito.

Nessa perspectiva é o papel da jurisdição aplicar a lei, independentemente da observância de critérios de justiça, portanto, um juiz restrito a uma mecânica aplicativa do direito legal que contempla apenas a ordenação jurídica de estar ou não a norma em vigor, sem interlocução, cuja atividade é marcada pelo isolamento entre norma e realidade social.

Ao que se percebe, o constitucionalismo moderno tem viés político ancorado no positivismo tradicional em contraposição ao absolutismo como característica essencial à limitação do Estado, portanto, requer oposição ao arbítrio, conseqüentemente limitação do governo pela lei, evocando o modelo garantista de legalidade.

Observam-se, assim, as experiências do constitucionalismo decorrerem de três diferentes contextos: o inglês – fundamentado no valor da obrigação política e sua estabilidade, assentando papel decisivo ao parlamento e à jurisdição; o francês – com a Revolução Francesa a qual não somente buscava a derrubada do Antigo Regime, como também a declaração da soberania nacional, a representação política na formação da vontade geral, a busca por instrumentos garantistas além da limitação dos poderes constituídos; e, por último – o modelo americano, projetado para limitar o absolutismo parlamentar inglês.

Nesse contexto histórico, Fioravanti chama atenção para a Revolução americana:

Com efeito, essa revolução começou, não para derrubar o antigo regime mediante a força da lei, como no caso da Revolução francesa, mas, pelo contrário, para limitar no âmbito da lei, em concreto a do Parlamento inglês, considerando que havia excedido os limites de sua competência. A diferença pode resumir-se assim: a Revolução francesa nasce para consolidar um novo poder, a americana para limitar um poder existente⁴.

³FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**. n. 17, 2001. p. 32.

⁴FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiências históricas e tendências atuais. Trad. Adela Mora Cañada e Manuel Martín Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 39.

O modelo americano nasce com a idealização da limitação do poder político, inclusive na limitação dos poderes do legislador.

No modelo euro-continental, o Estado de Direito era fundado na declaração da primazia da lei e, ao mesmo tempo, na negação da Constituição como norma suprema com capacidade para invalidar norma de grau inferior, inclusive a lei⁵.

O progresso do Estado de Direito é simultâneo, mas também, paralelo ao desenvolvimento do papel da jurisdição que passa a intervir mediante violações públicas e privadas, limitando e vinculando qualquer seja o poder – público ou privado.

Se por um lado o modelo garantista de legalidade evocou os pressupostos necessários para alavancar a maior parte das garantias jurídicas da modernidade; por outro, não foi epistemologicamente capaz de evitar a impraticabilidade jurídica do modelo, permitindo a mutação do caráter revolucionário ou reformador da posição político-jurídica liberal em direção a uma preocupação conservadora no tocante à nova ordem estabelecida, o que consequentemente contribuiu ao crescente distanciamento da ciência jurídica em relação aos seus já antigos propósitos iluministas e utilitaristas⁶.

Conceitualmente, carente de conteúdos substanciais, o Estado de Direito revelava-se omissa do ponto de vista político-constitucional, já que seu qualificativo poderia aplicar-se a qualquer situação em que se excluísse, em linha de princípio, as eventuais arbitrariedades pública e privada em garantia do respeito à lei, qualquer fosse ela⁷.

Fatos históricos demonstraram a utilização da máscara da legalidade para justificar práticas arbitrárias públicas e privadas violadoras da dignidade humana, numa completa inversão do Estado de Direito baseado no pensamento liberal para o Estado totalitário, citando-se como exemplo as atrocidades praticadas pelo regime nazista.

Nesse aspecto, as decisões públicas no Estado de Direito se relacionam com o princípio da maioria legislativa e o princípio da igualdade diante da lei, legitimando apenas uma instância constitucional à produção legislativa como protagonista, por efeito, cabia ao legislativo significar o direito e a justiça, enquanto a atividade jurisdicional se limitava à aplicação das determinações legislativas.

Ao se ter por fundamento o formalismo jurídico, as cartas constitucionais elaboradas no período moderno figuravam como documentos políticos, mas também por meras declarações

⁵FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiências históricas e tendências atuais. Trad. Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 52.

⁶COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional**: sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 34.

⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2011. p. 22.

de intenções, pois não possuíam normatividade. A Constituição não tinha caráter superior às leis ordinárias, era balizada por elas⁸.

No ambiente de democracia formal, a baixa normatividade constitucional não favorecia o exercício do *judicial review*, pois tinha no princípio da legalidade – formulador do Estado legislativo, o centro e o fim do direito válido, – sem constrangimentos substanciais, cujo protagonismo se endereçava ao legislador.

Desse modelo frágil do constitucionalismo, fincado no predomínio da racionalidade formal e do positivismo legalista, apresentam-se a seguinte afirmação:

As cartas constitucionais elaboradas no período moderno figuravam como documentos políticos, meras declarações de intenções, pois não possuíam normatividade. A Constituição não tinha caráter superior às leis ordinárias, era balizada por elas. O critério de Justiça decorria unicamente de sua validade (formal) - isso a partir do final do século XIX, antes disso nem mesmo validade formal existia (pode-se dizer que somente com Kelsen a validade formal se estabelece). É importante observar, contudo, que o contexto de guerras mundiais ocorridas no século XX traz significativas alterações ao cenário apresentado⁹.

A supremacia da lei no Estado de Direito permaneceu na Europa até meados do Século XX quando se conclui não atender aos novos desafios contextualizados a partir das duas Grandes Guerras Mundiais, mostrando-se urgente a instituição de uma justiça constitucional norteada pelos princípios da dignidade humana em oposição às experiências constitucionais passadas, especialmente pelo nazismo na Alemanha e pelo o fascismo na Itália – regimes os quais praticaram barbáries sob a proteção da legalidade.

Ao fim da Segunda Grande Guerra a ética e os valores morais voltam à essência do direito, emergindo das gênesis das Constituições democráticas na tentativa de superação do positivismo, especialmente nas feições ideológica e metodológica. Também os valores morais atuaram na ressignificação do direito, que teve como base a dignidade da pessoa humana.

Com a superação do paradigma do positivismo, característico do constitucionalismo do Estado moderno, a maior parte dos países democráticos incorporam em seu sistema jurídico Constituições escritas que são dotadas de supremacia, estabelecendo a separação de Poderes, definindo direitos fundamentais e prevendo o controle de constitucionalidade a cargo de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

⁸COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli; a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direito Fundamentais e Democracia**. Curitiba. v. 14, n. 14. Jul./dez. 2013. p. 414.

⁹ *Ibidem*. p. 414.

Com a proclamação do Estado Constitucional de Direito ao atribuir normatividade aos princípios constitucionais e a sua relação com valores e regras, mostram-se absolutamente essenciais a *judicial review* e o controle de constitucionalidade, conforme ressaltado por Maurizio Fioravanti.

Nesse novo contexto, as cartas constitucionais passam a ser dotadas de normas de caráter material e substantivo, que condicionam a atuação estatal para determinados objetivos¹⁰. Com a leitura da interpretação jurídico-constitucional, a prática jurisprudencial passa a utilizar técnicas, ancoradas nos princípios constitucionais, para afastar normas substancialmente colidentes com a Constituição.

Em meio ao paradoxo da vigência e a validade da lei como um dos problemas enfrentados pelo Estado de Direito, a plena separação entre a constitucionalidade formal de sua produção e a constitucionalidade em relação à substância de seu conteúdo, no sentido ético-político, vem sendo apontado como superação do princípio da legalidade, concluindo Copetti Neto que:

Na medida em que o estado constitucional contemporâneo, quando incorporou ao ordenamento jurídico normas sobre a produção de normas por meio das novas constituições - como aquelas: alemã, italiana, espanhola, portuguesa, e mais recente, a brasileira - também, contingentemente, reconheceu a imposição valutativa interna de princípios ético-políticos e, nesse sentido, estabeleceu nitidamente a diferença, mas também, a coerência - afastando a confusão e a plena separação - entre vigência e validade, pois válida é, somente, a lei que cumpre os requisitos formais e materiais estipulados pela constituição¹¹.

A apreciação normativa é subjacente a critérios não somente formais, mas também substanciais, sendo a coerência do conteúdo normativo da lei ordinária com os princípios constitucionais - condição de sua validade.

Nessa nova nuance, tendo por fracassado o Estado de Direito na proteção de grupos mais vulneráveis, há uma modificação conceitual na democracia.

A democracia, por certo, não é uma formulação acabada, mas é retratada pela participação do povo no governo, mesmo que em seu desenvolvimento histórico encontrem-se registros de exclusões, há um entrelaçamento entre democracia-direito-política.

¹⁰COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli; a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direito Fundamentais e Democracia**. Curitiba. v. 14, n. 14. Jul./dez. 2013. p. 415.

¹¹*Ibidem*. p. 415.

Conforme nos ensina Barbosa, a democracia corresponderia a uma comunidade política em que o povo governa, de modo que haveria igualdade política entre as pessoas politicamente legitimadas como partícipes do regime democrático¹².

A doutrina especializada classifica a democracia em modelos que possuem conteúdo normativo, eis: a democracia formal ou procedimental que numa perspectiva liberal se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses, estes selados pelo direito geral da igualdade do voto, pela representação política, e pelo modo de decidir. Na concepção republicana, a vontade geral é democraticamente formada a partir do auto entendimento ético-político, cuja deliberação é pautada pelo consenso entre os sujeitos privados culturalmente envolvidos, refletida na ponderação das hipercomplexidades.

Entretanto, a vivência democrática depende de condições reais de participação e distribuição de fatores de poder que nem sempre são concretizados pelos modelos.¹³ Eis, para falar em democracia, obviamente, tem que se levar em conta o poder do povo como está na Constituição, expressado pela outorga da representação política, mas também pela capacidade de limitar e de vincular qualquer poder desarticulado com a satisfação dos diversos tipos direitos fundamentais.

Para Habermas, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático¹⁴, a partir desse procedimento, se permite a integração de diferentes culturas e concepções de mundo numa mesma sociedade.

Considerada a democracia como regra de representação e prevalência da vontade da maioria, pode-se afirmar que antecede ao constitucionalismo¹⁵, uma vez que este, por vezes, tensiona a vontade da maioria, o garantismo constitucional é encartado na limitação do poder e na restrição da vontade da maioria quando essa vontade se mostrar prejudicial a minorias.

A democracia constitucional, teoricamente, garante a participação protagônica do indivíduo na vida pública, essa liberdade positiva de participação é exercida de maneira indireta, contudo, o déficit de representatividade nas sociedades pluralistas onde várias formas

¹²BARBOSA, Maria Lúcia. **Democracia direta e participativa**: um diálogo entre a democracia no Brasil e o novo constitucionalismo latino americano. Recife. UFPE, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/15223/1/BARBOSA%2C%20Maria%20L%20C3%BAcia.%20De%20mocracia%20direta%20e%20participativa.%202015.pdf>. Acesso em: 27 agos 2019.

¹³ *Ibidem*. p.11.

¹⁴HARBEMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.18.

¹⁵ Disso se conclui pelo estudo da gênese da democracia direta - democracia grega; e, da democracia representativa – Roma. BARBOSA, Maria Lúcia. **Democracia direta e participativa**: um diálogo entre a democracia no Brasil e o novo constitucionalismo latino americano. Recife. UFPE, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/15223/1/BARBOSA%2C%20Maria%20L%20C3%BAcia.%20De%20mocracia%20direta%20e%20participativa.%202015.pdf>. Acesso em: 27 agos 2019.

de identidades carecem de um tratamento adequado, tem instigado pesquisas sobre outras possibilidades democráticas de participação na política, além da representação.

Com a reinterpretação conceitual do poder democrático coube à democracia substancial revisitar e cumprir o papel fundamental de tutela dos sujeitos mais fracos, impondo limites e vínculos substanciais tanto à autodeterminação individual como às decisões majoritárias¹⁶.

A partir desse plano interpretativo, a Constituição além de estabelecer a criação normativa no aspecto formal também impõe proibições e obrigações de conteúdos normativos em seu aspecto material correlacionados aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, – obrigações positivas e negativas do Estado, cujas violações geram antinomias ou lacunas que requerem ser eliminadas ou corrigidas, alterando assim o papel da jurisdição.

Com essa estruturação o judiciário ganha protagonismo, exercendo a função de garantidor da conformidade constitucional da lei ordinária.

No sentir de Ferrajolli:

Daí deriva, tanto para a cultura jurídica como para a jurisdição, uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica, desconhecida da razão jurídica do antigo juspositivismo formalista: a denúncia das antinomias e das lacunas, e a promoção de sua superação por meio das garantias existentes, ou a projeção das garantias em falta¹⁷.

Consoante Copetti Neto, a revolução jurídica contemporânea é representada por um duplo aspecto: o advento do Estado Constitucional e Democrático de Direito como valor institucional e; em razão da abertura epistemológica criada por este advento, pela atribuição de força normativa às constituições contemporâneas¹⁸.

Essa força vinculante às constituições redimensionou o papel do direito, da política, da economia e do Estado, com fins específicos de garantia dos direitos fundamentais sem submissão a maiorias circunstanciais e ao poder econômico, indubitavelmente, conferindo poder político ao Poder Judiciário, especialmente às Cortes e aos Tribunais constitucionais.

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais - princípio até então desconhecido -, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a

¹⁶COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional**: sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 76.

¹⁷FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**. n. 17, 2001. p. 34.

¹⁸*Ibidem*.p. 84

proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado¹⁹.

Como marco teórico desse novo paradigma, o reconhecimento de força normativa à Constituição de onde se extrai poderes para exercer atribuições normativas vinculantes e obrigatórias em casos de inobservância de suas normas pelo poder público ou privado, encontra na atuação das Cortes Constitucionais a legitimidade institucional para dar-lhe eficácia como norma inquebrantável se verificadas disputas entre fatores de Poder e a Constituição, afim de que esta não se assente mais fraca frente ao confronto.

Copetti Neto ressalta os vínculos substanciais que os direitos fundamentais estabelecem na democracia constitucional, os quais em antítese à tese clássica, entrincheiram os direitos das minorias contra as maiorias circunstanciais.

Desse modo, uma redefinição da soberania popular redireciona o elo entre democracia e povo, o que conseqüentemente estabelece que as decisões da maioria, como vontade do povo, não são suficientes, embora necessárias, à definição de democracia; isso quer dizer que um sistema, para que possa ser democrático, deve limitar e vincular todos os poderes, inclusive o poder da maioria²⁰.

Nessa inovação democrática encontra-se um campo do indecível representando uma liberdade negativa em cujo espaço veda-se a intromissão, sendo estabelecidas linhas limítrofes da decisão econômica na esfera privada, como da decisão política na esfera pública.

Como consequência apresentam-se como campo inflexível os direitos fundamentais de liberdade:

As imunidades fundamentais de consciência, de religião, da vida, sobre o próprio corpo, sobre a própria privacidade (*privacy*) e à omissão de atos discriminatórios; as faculdades fundamentais como a liberdade de livre manifestação do pensamento - de palavra, de imprensa - de reunião, de associação e a liberdade de movimento²¹.

Pode-se afirmar ter na democracia constitucional uma esfera indecível de direitos e garantias fundamentais dotados de proteção tanto pela dimensão formal como pela dimensão substancial, ambas garantidoras das regras e do jogo democrático²².

¹⁹HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 28.

²⁰COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 49.

²¹*Ibidem*. p. 101.

²²*Ibidem*. p. 125.

Com esse adorno a validade da lei não se subjaz apenas a forma de produção; a força jurídica da Constituição é o fio condutor resultante da correlação entre o ser e o dever ser constitucional ao vincular todos os atores por sua força ativa, assim influenciando e determinando a realidade política e social²³.

Por outro turno a democracia deliberativa não se apresenta mais importante que a democracia substancial; nesse novo arranjo institucional se atribui competência política a jurisdição constitucional²⁴ para impor a força normativa da Constituição frente a todos os poderes.

1.2 A amplificação do Poder Judiciário e sua releitura institucional

Em reação a conceitos corrompidos da Constituição, que possibilitaram o uso abusivo e arbitrário do poder, na segunda quadra do século XX com a queda de regimes autoritários a Constituição passa a ocupar espaço central na organização política ao assumir a função da transformação social com base na proteção da dignidade humana, adoção de normas supraconstitucionais contra atuações de governantes autoritários ou de tentativa de usurpação de direitos de minorias.

Para essa tarefa são instituídas Cortes constitucionais com poderes para invalidar normas e atos contraposto a Constituição, nessa função é ampliado o espaço do Judiciário com a outorga de competência para controlar o poder de reforma da Constituição.

Muitas das constituições da democracia contemporânea além de reforçar a sua dimensão moral por intermédio de robustas cartas de direitos e maior poder do Judiciário na defesa desses direitos, também passaram a contemplar outras ambições²⁵, buscando a superação de problemas estruturais da sociedade com um propósito conciliatório às demandas assecuratórias de liberdades, numa tentativa de reduzir desigualdades dentro do sistema democrático.

Com a adoção de constituições rígidas se estabelecem mecanismos de proteção garantidores da supremacia da Constituição, tanto como documento político, como jurídico.

Conforme assentado por Oscar Vilhena, politicamente reivindica um lugar de proeminência no ordenamento jurídico em relação às demais leis por representar a vontade do

²³HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 24.

²⁴ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194).

²⁵VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo. Companhia das Letras, 2018. p. 91.

constituinte e, juridicamente, essa supremacia é garantida pela rigidez de seus mecanismos de proteção, como o controle de constitucionalidade.

A rigidez constitucional é representada por um núcleo intangível de dispositivos constitucionais que de tão fundamentais para vida da coletividade não podem ser alterados pelo poder reformador. Esse aspecto ganhou maior dimensão após a constatação de que Hitler foi erodindo a Constituição de Weimar, de 1919, utilizando os seus próprios procedimentos de emenda, que não punham limites a que se alterassem mesmo suas cláusulas fundamentais²⁶.

Outro característico da democracia constitucional é o exercício do controle de constitucionalidade por órgão dissociado da representação política, o que permite encetar uma releitura institucional do Poder Judiciário.

Para esse exercício dois modelos são encontrados nas atuais democracias constitucionais: o modelo difuso, de matriz norte-americana, que legitima qualquer juiz ou tribunal para aferir a constitucionalidade da lei na aplicação de um caso concreto, tendo por resultado a ampliação do poder do juiz e não apenas da Corte constitucional numa atuação contramajoritária. Também se firma o modelo europeu no qual um órgão é legitimado pela Constituição, geralmente um Tribunal ou Corte constitucional, para o exercício do controle concentrado das leis e dos atos governamentais com a vontade constitucional.

O Brasil tem um regime híbrido no qual o controle é exercido por qualquer juiz (controle difuso) e pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado), que levado à função de guardião da Constituição acumula as funções de tribunal de recursos e de corte constitucional.

Muitos países que originalmente adotaram o sistema difuso passaram a criar mecanismos de concentração do controle nas mãos de um tribunal de cúpula. No nosso caso, esse processo se deu a partir da criação de ações de constitucionalidade que podem ser diretamente levadas ao Supremo Tribunal Federal, além da maior atribuição de maiores poderes ao Supremo para que possa assegurar a autoridade de suas decisões aos demais magistrados²⁷.

Não se olvida que a rigidez constitucional e o controle exercido por uma Corte constitucional como guardião da Constituição, imprimem ao Poder Judiciário um maior protagonismo frente aos demais poderes. Objetivamente por deterem elementos limitativos da liberdade de atores políticos no processo de tomada de decisões, as quais só encontrarão validade jurídica se observarem os pressupostos da democracia substancial.

²⁶ *Ibidem*. p. 95.

²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo. Companhia das Letras, 2018. p. 98.

Como enunciação da ampliação do papel institucional do Judiciário encontra-se a garantia dos espaços destinados à esfera constituinte de titularidade do povo. Ao estabelecer regras da ordenação política e determinar os limites de atuação do poder constituído, situa no Judiciário o *locus* com atribuição política de neutralizar o abuso de poder das maiorias circunstanciais e assim garantir direitos constitucionais não passarem de mera abstração.

Essa perspectiva já se apresentava no artigo federalista nº 78 fixando as bases teóricas para o exercício do controle de constitucionalidade. Couberam aos tribunais como missão primordial, declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição²⁸.

Por efeito, em contextos históricos é evidenciada a crescente importância do Poder Judiciário como também a ampliação de sua participação nos processos decisórios institucionais, propiciando uma modificação substancial do papel exercido pelos juízes e tribunais na ordem constitucional.

Há de se ressaltar que esse processo de ampliação das funções do Poder Judiciário não se deu de forma linear; seu desenvolvimento ocorre em períodos identificáveis por valores específicos atribuídos à Constituição, à interpretação legislativa e às funções do poder judiciário, enunciando uma releitura da doutrina da separação dos poderes.

Esse novo ideal serve ao intento de contrabalancear tanto os limites formais como também os materiais da função do legislador, de onde se externa um protagonismo e superioridade fiscalizatória dos tribunais sobre a atividade legislativa por meio do controle judicial, impondo-se como obstáculo implícito e explícito ao exercício de atividade iníqua, além de posturas institucionais tendenciosas à violação da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Brandão contextualiza a ampliação dos poderes do poder judiciário por meio de três ondas:

A primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no Caso *Marbury v. Madison* (1803); a seguinte se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália), e com o processo de independência de antigas colônias (i. e., Índia e países

²⁸Para Hamilton, se considerar-se um governo em que os Poderes estão separados, o Judiciário será o menos ofensivo para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los, enquanto, o Executivo segura a espada da comunidade e o Legislativo não só controla a bolsa como prescreve regras de direitos e deveres, sobra ao Judiciário o julgamento. De tal modo que, cabendo aos tribunais a função de interpretar as leis e sendo a Constituição uma lei fundamental, cabe aos juízes definir seu significado, assim como qualquer ato procedente do legislador. Contudo, para o federalista Hamilton, isso não pressupõe uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo, mas que o poder do povo é superior a ambos e, que os tribunais foram concedidos para ser o intermediário, tendo como uma de suas atribuições manter o legislador nos limites do poder que lhe foi outorgado. MADSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos Federalistas, 1787-1788**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 478-48).

africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia)²⁹.

A atuação judicial antes enclausurada no tecnicismo neutro, imparcial e avesso às questões políticas, passa a ostentar o *status* de instituições políticas, decidindo temas cruciais para sociedade ao simbolizar a “tábua de salvação” no direcionamento de questões socialmente controvertidas.

O controle de constitucionalidade consolidou o protagonismo judicial com a introdução pelo direito norte-americano da concepção de que as decisões emanadas do legislador poderiam ser submetidas à jurisdição constitucional, sendo baluarte o caso *Marbury v. Madison* em 1803, julgado pela Suprema Corte Americana, presidida pelo *Justice John Marshall*, cujo voto condutor prevaleceu para dar um aspecto político às decisões judiciais, apesar da Constituição americana de 1787 não explicitar essa prerrogativa aos juízes.³⁰

Marshall extraiu a coerência substancial do raciocínio de Hamilton no *Federalista* nº 78 ao assimilar como justificativa padrão para o controle de constitucionalidade – congruência. Esse modelo foi se expandindo globalmente pelos demais países, moldados aos aspectos políticos e culturais preservou o intento de estabelecer restrições jurídicas ao exercício do poder e de assegurar a proteção de direitos fundamentais contra a ação das instituições estatais.

O que se induz como relevante é o fato de Hamilton, no *Federalist Papers*, trazer a proposição de situar a Constituição como lei suprema limitadora da vontade do legislador, cujo poder geral de interpretação dos atos estaria nas prerrogativas do Judiciário. Fato é que a inserção da *judicial review* no rol das atribuições inerentes à função jurisdicional confere inegável poder político às Cortes³¹, favorecendo uma releitura do Judiciário e outorgando-lhe grau de proeminência sobre outras instituições democráticas.

No exercício da função jurisdicional, aos tribunais coube também o papel de ser intermediário entre o povo constituinte e o legislador constituído, para este não ultrapassar os limites da outorga e numa usurpação de poder editar normas substancialmente violadoras à Constituição e aos direitos de minorias.

²⁹BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 6.

³⁰CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.49.

³¹LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11.

Nesse aspecto, coube as Cortes constitucionais serem chamadas a fortalecer o regime democrático e a proteger valores fundantes da igualdade constitucional quando contrapostos a arbitrárias imposições de maiorias circunstanciais. Também foi pensado juízes serem humanos, portanto, falhos, assim, para evitar um julgamento arbitrário é indispensável estarem submetidos a regras e precedentes estritos, que servem para definir e indicar seu dever em cada caso particular que lhes é apresentado³².

Enquanto no direito norte-americano é atribuída a posição de protagonista da democracia ao Judiciário pelo exercício da *judicial review*, o conceito de democracia no sistema europeu foi idealizado pela soberania do parlamento no século XIX, já que o Legislador era visto como o guardião dos direitos e das liberdades, pois nele se encontrava o *locus de* proteção dos cidadãos contra o absolutismo monárquico do antigo regime.

Nessa percepção, o parlamento representava a vontade geral e a idealização da democracia, sob a premissa da regra da maioria a sacralização da lei refletia-se sob fortes bases do princípio da separação dos poderes.

A esse passivismo judicial é atribuída a descrença do judiciário euro-continental, derivado da conjugação dos seguintes elementos: a) o valor atribuído ao parlamento e, conseqüentemente, ao direito legislado; b) a natureza da função jurisdicional; e, c) o desenho institucional da separação dos poderes³³.

De forma antagônica a democracia do sistema americano se constitui dando maior ênfase a órgãos contra majoritários, assegurada a imparcialidade decisória de seus membros terem por *ethos* entrincheirar direitos de minorias, além de legitimar a jurisdição constitucional como *locus* protetivo da tirania da maioria parlamentar.

Observa-se o constitucionalismo americano vincular a interpretação da lei ordinária aos preceitos de uma constituição rígida e escrita, sujeitando governantes e governados não apenas as leis, mas sobretudo, aos princípios constitucionais.

Com essas novas premissas teóricas verifica-se uma crescente ascensão do Judiciário, legitimando-o para o exercício da política constitucional, revelado primeiro no sistema legal norte-americano, posteriormente no europeu com o pós-guerra.

Essa amplificação dos limites de atuação do Judiciário, especialmente dos tribunais constitucionais, é um fenômeno contemporâneo o qual se encontra em amplos debates

³²MADSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos Federalistas, 1787-1788**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 485.

³³ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 18.

científicos, tendo como elemento central de discussão a superação funcional dos limites de atuação da jurisdição constitucional, os elementos políticos justificadores de uma leitura moral bem como da força irradiadora que tem a Constituição.

1.3 O protagonismo judicial e a judicialização da política

A literatura comparada do direito constitucional identifica quatro principais fatores explicativos do crescimento da *judicial review* e do deslocamento de poder para os tribunais. Com o primeiro deles associado à constatação dos horrores do pós-guerra emerge a necessidade de repensar os direitos, adotando-se a revisão constitucional nas primeiras constituições, como a alemã (1949) e italiana (1948) nas quais são incorporadas condições de validade normativa ancoradas em princípios ético-políticos. A singularidade de um novo recomeço exerce um papel crucial na adoção da revisão judicial na Espanha (1978), Portugal (1976) e, mais tardiamente na América Latina. No Brasil a Constituição de 1988 redesenha o papel do Supremo Tribunal Federal após o período da ditadura militar.³⁴

Ressalta-se como segundo fator, o comprometimento relacionado com as novas democracias na Ásia e na Europa Oriental com a transição do regime autoritário. Nesse aspecto, atribuem-se aos tribunais constitucionais a função de facilitadores da democracia e de guardião da regra do jogo democrático.

Também é constatado a busca dos tribunais ou cortes constitucionais por categorias políticas com a pretensão de preservar interesses próprios, especialmente quando os processos majoritários de tomada de decisão não estão operando a seu favor ou, ainda, para reduzir os custos dos riscos políticos, cujo sentido é abordado por Ran Hirschl como tese da preservação hegemônica, a partir da interação estratégica entre três grupos chaves: elites políticas, elites econômicas e elites judiciais.

Os detentores de poder político podem lucrar com a expansão do poder judicial de várias maneiras. Primeiro, do ponto de vista dos políticos, a delegação da autoridade de tomada de decisões nos tribunais pode ser um meio

³⁴Para Barroso, há um consenso razoável de que o marco inicial da constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional atribuiu aos direitos fundamentais, além da dimensão subjetiva de proteção individual, também a função de instituir uma ordem objetiva de valores. O primeiro precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 1958. A Criação de Alguns Tribunais não são coincidentes com a Constituição – Alemanha-1951, Itália-1956, Portugal-1982. BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Interesse Público, v. 59, p. 13-56, 2010. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf>. Acesso: 19 dez 2018.

eficaz de reduzir os custos da decisão, bem como a mudança de responsabilidade, reduzindo assim os riscos para si próprios e para o aparelho institucional em que operam. [...] Segundo, quando os políticos buscam obter apoio público para visões contenciosas contando com a imagem pública dos tribunais superiores nacionais como profissionais e apolíticas órgãos de decisão³⁵.

Essa deferência ao poder judiciário torna-se atrativa à arena política quando surgem litígios considerados indesejáveis para o debate público aberto. Portanto, diante da compreensão de o juiz se manter distante de pressões políticas, paulatinamente, a democracia vai sendo descolada de setor, sendo tal deslocamento justificado por fatores políticos e não jurídicos.

Esse deslocamento de poder não é imune a críticas, pois, retirar do povo sua capacidade de deliberação nas escolhas públicas é antidemocrático por excelência, por alguns motivos ficou conhecido como dificuldade contramajoritária. Eis as principais objeções:

- (a) os juízes não são eleitos pelo povo, nem têm um compromisso político em sentido forte, razão pela qual, a rigor, não precisam prestar contas a ninguém, já que seus membros são vitalícios e somente podem perder seus cargos em situações excepcionais, gerando um sentimento de apropriação e perpetuação do poder, incompatível com a pretensão de alternância que está na base dos modelos democráticos; (b) os juízes poderão anular leis aprovadas pelos parlamentares, que foram escolhidos pelo povo para tomarem as decisões políticas essenciais e elaborarem as normas jurídicas gerais; (c) por não estarem submetidos à lógica do jogo democrático eleitoral, os juízes impediriam ou pelo menos dificultariam o controle popular sobre o exercício do poder, especialmente porque não possuem, em geral, nenhum temor direto da insatisfação popular com o seu desempenho; (c) ao revisar a obra do legislador, o Judiciário estaria desenvolvendo um novo “discurso legitimador” e um novo “juízo de valor” diferentes daqueles que já haviam sido definidos pelos representantes do povo, que possuiriam a representação democrática e já debateram, refletiram e decidiram a questão no contexto do debate parlamentar; (d) finalmente, o povo teria pouca participação e pouca chance de acesso ao processo judicial, fazendo com que a solução se torne um monopólio de especialistas sem um compromisso popular mais forte.³⁶

Essas objeções políticas relacionadas com os valores democráticos são direcionadas ao risco de um judiciário onipotente e onipresente, pronto a resolver além de questões jurídicas,

³⁵HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 11: Iss. 1, Article 4, 2004. p. 84. Disponível em: www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4. Acesso em: 28 mar. 2019.

³⁶LIMA, George Marmelstein. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 362.

as extrajurídicas pautadas no sentimento do povo, sobranceiramente privando o cidadão de protagonizar na resolução final de importantes direitos.

Sobre a transferência de poder das instituições representativas para as judiciais, resultar em substituição do debate público e da negociação política pela sentença judicial, Ran Hirschl denuncia esse fenômeno como um testamento sombrio quanto à natureza real da democracia constitucional, isto é, uma transição para juristocracia³⁷.

No modelo constitucional adotado no Brasil o STF tem a função de guardião, denota na prática, em inexistência de mecanismos institucionais para mudar sua interpretação, já que o limite de atuação é definido pelo próprio Tribunal. Nesse aspecto, avalia George Marmelstein Lima, haver temor que a jurisdição em bases tão amplas e sem controles claros possa criar uma espécie de *ditadura do Judiciário* [...] colocando a magistratura numa situação de superpoder despoticamente esclarecido, soberano e ilimitado, tal qual um *Leviatã de Toga*.³⁸

A invocação da figura do *Leviatã de toga*³⁹ para o autor, decorre da constatação, de ter o STF um poder quase absoluto de impor seu entendimento, de uma constatação prática de que o órgão de última instância tem o poder de solucionar as controvérsias jurídicas com pouquíssimos constrangimentos concretos.

Nas palavras de Garapon, a justiça é uma cena na qual uma democracia inquieta procura seus fundamentos onde os processos circunscrevem novos compromissos, colocam problemas sociais, tornam visíveis categorias da população, abraçam esperanças, apontam os inimigos e fixam a angústia⁴⁰.

Nessa linha democrática uma cooperação mútua é assegurada pelo direito, pelo posicionamento da jurisdição como novo *locus* das reivindicações políticas, elevando o judiciário de outrora, imune a inovações, para ostentar o poder de representar a esperança de mudança.

A questão da justiça, em função dos próprios critérios que inauguraram a modernidade, renova-se como exercício de Filosofia do Direito ao tematizá-

³⁷HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 11: Iss. 1, Article 4, 2004. Disponível em: www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 108.

³⁸LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos *Judiciários*, 2018. p. 366.

³⁹A figura do Leviatã é retratada por Thomas Hobbes como um grande homem soberano e assustador que tudo vê e controla, tem abaixo de si e sob seu controle os homens e a sociedade. HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

⁴⁰GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 48.

la como problema a ser enfrentado cotidianamente pelo exercício da democracia e da prática do constitucionalismo⁴¹.

Inobstante é a posição dos outros poderes. Ao judiciário é atribuído o protagonismo no arranjo institucional ao contribuir pelo aspecto contramajoritário, residindo na pretensão universalizante dos direitos fundamentais, especialmente nos países os quais passaram por períodos de autoritarismo e se empreitaram numa reconstrução democrática. Assim, foram criados os Tribunais constitucionais com poderes de controle judicial.

Nesse novo modelo vigoram a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final das normas constitucionais⁴².

Apresenta-se como fato notório o crescente protagonismo político do Judiciário brasileiro revelado pelo processo de judicialização da política, pelos debates que *prima facie* ocorrerem na esfera pública serem transferidos para o STF, colocando a Corte cada vez mais presente em nossa vida pública.

Em que pese às críticas a essa “ampliação de fronteiras” na atuação do Judiciário, com denúncias relacionadas a um excessivo protagonismo que resultaria em despreço ao desenho institucional original do poder político; integra hoje o imaginário da sociedade brasileira a percepção de que Estado Democrático de Direito é algo que não dispensa um Judiciário presente e atuante⁴³.

Como consequência do efeito democratizante se irradiar da Constituição e da dogmática democrática que dela se extrai, suas normas e preceitos fundamentais dotados de ambiguidades interpretativas têm servido de base argumentativa para uma gama de casos, especialmente aqueles com alta voltagem política como o aborto e a união homoafetiva.

Numa abordagem analítica sobre o debate em torno da judicialização da política e consequente expansão do poder judicial, Ernani Rodrigues de Carvalho⁴⁴, analisa as condicionantes para o surgimento da judicialização no Brasil, tais como: a democracia presente

⁴¹CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:** a produtividade das tensões e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 43.

⁴³VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal:** pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 9 dez 2018.

⁴⁴CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política.** Curitiba. n. 23, p. 117-139, nov. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 out. 2018.

no ambiente político; a separação dos poderes; a existência de direitos políticos reconhecidos na Constituição; o uso dos tribunais por grupos de interesse para alcançar seus objetivos; o uso dos tribunais pela oposição; a inefetividade das instituições majoritárias. O autor adverte essas condições se complementarem para justificar esse fenômeno.

Ao tomar como base a definição expressa por Vallinder (*from without/from within*), Carvalho conclui a forma mais generalizada no Brasil ser a *from without* – reação do Judiciário à provocação de terceiro por ter como finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição.⁴⁵

Nessa toada, a ampliação do poder do Judiciário frente ao Legislativo e ao Executivo se dá pelo aspecto substantivo da decisão. A partir da judicialização da política, os juízes participam do processo da *policy-making* invadindo o campo da arena política ao ter por base a constitucionalização de direitos e do mecanismo dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Por seu turno ocorre a politização da justiça nesse alargamento do poder judicial, onde as preferências políticas dos juízes podem se apresentar como fatores endógenos da decisão judicial. Sobre o tema, Maciel e Koerner trazem a seguinte contribuição:

Se na ideia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a ideia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais⁴⁶.

Pondera-se o processo objetivo da judicialização no viés quantitativo não conduzir ao alargamento do poder. Esse fenômeno se evidencia pelo aspecto substancial/qualitativo da decisão judicial.

Sobre esse protagonismo vem se abrindo amplo debate crítico, especialmente no contexto da supremacia judicial em sentido estrito da política, no qual as cortes constitucionais por vezes ocupam posição do legislador.

⁴⁵ *Ibidem*. p.121.

⁴⁶ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**. São Paulo. n. 57, p. 113-133, 2002.

1.3.1 Entre o fato político judicializável e a atitude ativista

A judicialização da política tem sua gênese associada à compreensão do papel exercido pela Constituição em determinada sociedade. Em constante tensão sobre os que a defendem como documento político e outros tantos que a invocam como documento jurídico⁴⁷, impõem-se valores que devem ser buscados e garantidos pelas instituições do país.

No caso brasileiro pode-se entender a judicialização de questões cotidianas relacionada com o modelo de Constituição adotado. Com textos normativos repletos de termos linguísticos abertos e de natureza principiológica, estes fatores abrem espaço à interpretação através de saberes externos da política.

Outro importante contributo para expansão do poder do judiciário brasileiro foi o alargamento do rol dos atores políticos e sociais legitimados às ações constitucionais pelo art. 103 da Constituição, contribuindo para que importantes demandas sociais e de minorias passem a integrar a agenda do STF.

Também não se nega a disfuncionalidade do sistema político ser um dado condutor da expansão do poder político do juiz na democracia. Como argumento funcionalista, judiciários independentes e dotados de poderes de revisão judicial são necessários e ou indispensáveis para responder a complexidade da vida social.

Não se nega a existência de uma dimensão moral associada ao processo judicial e como consequência a responsabilidade do juiz se atrelar ao risco de uma injustiça pública, portanto, reveste-se de notória importância o impacto social que as decisões constitucionais trazem em si.

Essa assertiva é justificada por duas decisões da Suprema Corte Americana, causadoras de revolução social, quais sejam: a) a decisão do caso *Brown vs. Board Education de 1954*, proibindo a segregação racial nas escolas públicas ao quebrar um paradigma escravocrata; b) a decisão do no caso *Roe vs. Wade de 1974*, quando a Corte entendeu a Constituição americana assegurar às gestantes um direito à privacidade, dando-lhes a possibilidade de interromper a gestação durante o primeiro trimestre de gravidez ao conferir o direito ao aborto sem interferência do Estado.⁴⁸

⁴⁷A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo [...]. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e deve ser (*sollen*). HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991. p. 28.

⁴⁸ CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.72.

Em tempos históricos são encontrados exemplos variados do protagonismo das cortes constitucionais. A judicialização da política comprova que em diferentes partes do globo o judiciário se destaca como primeira câmara de decisões ao resolver temas de largo alcance político, o que fez surgir um novo ativismo no processo de tomadas de decisões públicas.

Também no Brasil podem ser perfilhadas as decisões do STF reconhecendo o direito ao aborto em caso de gravidez de feto anencéfalo (ADPF n° 54) assim como o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo como unidade familiar (ADI n° 4277 e ADPF n° 132).

Pela decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como unidade familiar, em 12 de dezembro de 2018, a Corte recebeu do Programa Memória do Mundo da Unesco (MOW), – certificação da inscrição da decisão como patrimônio documental da humanidade, destaca ser o Brasil o primeiro país a reconhecer esse direito por decisão judicial⁴⁹.

A judicialização da política a um só tempo nega a hegemonia do Poder Legislativo e afirma o desalento com sua atuação enquanto representantes com outorga para atuar na concretização dos interesses da comunidade. Por outro lado, assenta o risco das escolhas públicas serem pautadas pelas preferências políticas e morais dos magistrados.

Nesse sentido, Pontes, Gomes Neto e Teixeira, buscando compreender a seletividade para julgamento das ADPFs, convertidas em ações diretas de inconstitucionalidade pelo STF, especificando os elementos que motivaram o processo decisório, trazem a seguinte contribuição:

A essas arguições, mesmo apresentando erros formais, deveria ter sido atribuído o status de negado seguimento, no entanto, verificou-se que sofreram análise no mérito em razão de o STF desconsiderar os defeitos de forma nas ADPFs para julgá-las, demonstrando tanto a presença de preferências políticas e morais dos Ministros ao ponto de alterar o resultado final dessas ações, conforme ocorre na judicial self-restraint norte-americana, como destaca que a instrumentalidade das formas é um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita⁵⁰.

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF receberá certificado por decisão histórica que reconheceu união homoafetiva como entidade familiar**. Dez. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398450>. Acesso em: 08 jan. 2019.

⁵⁰PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mário Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza. v. 15, p. 138-159, 2017.

Também se constatou no período pesquisado, de dezembro de 1999 a julho de 2013, determinados grupos de interesse ocuparem uma parcela relevante desse tipo de ação constitucional.

No âmbito dos legitimados à propositura das ADPFs, em tese, os maiores requerentes são as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (78%), seguidos pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (67%), dados esses que destacam a elevada taxa de propositura das ações pelos referidos entes como mecanismo final para a obtenção do cumprimento dos preceitos fundamentais⁵¹.

Arguelhes e Ribeiro noticiam a queda no uso de ações diretas de inconstitucionalidade por partidos políticos, por encontrarem outros mecanismos processuais (re)descobertos pelos STF que propicia uma maior atuação política da corte, onde sequer, houve pronunciamento legislativo.

Aqui, o tribunal agiria como primeira instituição a se pronunciar sobre uma determinada questão, em um espaço decisório criado pelos poderes políticos. Essa nova forma de atuação pode permitir com que minorias políticas acessem a jurisdição do tribunal sem passar pela esfera majoritária – isto é, sem que suas agendas tenham necessariamente sido derrotadas em uma decisão política do Congresso. Nesse cenário, supondo que a atuação como “primeira câmara” seja percebida como possibilidade concreta para atores políticos e sociais ao redor do tribunal, certas demandas que antes eram judicializadas por partidos políticos minoritários por meio de ações diretas de inconstitucionalidade podem ter sido canalizadas para outros instrumentos, como o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)⁵².

Oportunamente, escolhida a ADPF por permitir uma elasticidade decisória em comparação à ADI, aceitar manifestação acerca da legislação pré-constitucional, decisões judiciais e omissões do poder público, por escolha dos atores políticos, o Tribunal é estimulado para uma atuação quase legislativa em vez de repressiva.

Cuida-se de uma delegação intencional (*willful delegation*) das instituições majoritárias, quando não pretendem receber críticas da opinião pública por terem decidido sobre questões polêmicas⁵³.

⁵¹ *Ibidem*. p. 147.

⁵² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**. v. 12, n. 2, p. 405-440, mai. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63629>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 432.

⁵³ LEITE, Glauco Salomão. A dinâmica da política constitucional: o que podemos extrair do caso “brown vs. board education”? **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 2-12, maio 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direrito/article/view/11521>. Acesso em: 08 jan. 2019.

Diante desse cenário, percebe-se no movimento constitucional contemporâneo, uma expansão global do Poder Judiciário e, também um novo ativismo identificado a partir da amplidão de decisões proferidas em ações constitucionais polêmicas.

Entretanto, posições judiciais refletidas em superações de dogmatismos e formalismos jurídicos permissivas à construção da atividade política-hermenêutica têm recebido críticas doutrinárias, relacionadas com um pragmatismo e casuísmo irracionalista direcionado para um resultado, que para Deodato:

[...] o texto da norma jurídica quase nada significa e o juiz cria livremente o direito, e a defesa ingênua de uma verdade jurídica única para aplicação da Constituição diante dos conflitos concretos, a crença na solução trazida por uma interpretação competente, justa e racionalmente cogente de textos jurídicos, adequada à “coisa” (res), isto é, a seu objeto⁵⁴.

A essa nova moldura institucional, a doutrina especializada tem focado o debate acerca da legitimidade democrática do protagonismo judicial e da limitação hermenêutica da discricionariedade interpretativa.

A judicialização da política, no aspecto crítico, pode ser relacionada com a deturpação dos parâmetros democráticos sobre os quais deve fundar-se o Estado de Direito no paradigma procedimental⁵⁵.

Mesmo diante das críticas sobre o elevado índice de judicialização de questões políticas, seja pela contraposição de opiniões ou pela ineficácia ou inercia do legislador, convém evidenciar a relevância da jurisdição constitucional para garantia de direitos fundamentais.

Não se furtando a reconhecer o contexto positivo da judicialização da política, ao considerar que nos tribunais as minorias são melhores protegidas do exercício destrutivo do poder político, Continentino tem como incerto o favorecimento ao enriquecimento da Democracia.

Pois se ela significar a delegação da vontade do soberano e um corpo especializado de intérpretes da Constituição, essa ‘substituição’ do cidadão pelo juiz - enquanto fonte de conteúdo das normas jurídicas não poderá ser

⁵⁴ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

⁵⁵CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2008. p. 57.

favorável a uma política deliberativa fundada no autogoverno, nem ao desenvolvimento da Democracia regida por cidadãos ativos⁵⁶.

A crítica subjaz aos limites decisórios da atuação dos tribunais constitucionais quanto à interpretação bem como à concretização da Constituição. Eis: o mito do guardião e último intérprete; e o apequenamento do debate público, uma vez que questões polêmicas e de alta densidade política são resolvidas por um corpo de juízes.

Haberle refuta a ideologia do “guardião”, a tese de ser o Presidente ou o tribunal constitucional o guardião da Constituição, para ele, todos os cidadãos e os órgãos estatais são, em igual medida, seus protetores. Assegura também, a democracia cidadã do estado constitucional ser contrária à afirmação de estilizar um único órgão como supremo, rechaçando também a ideia de intérprete constitucional autêntico⁵⁷.

Leite ressalta a importância de que decidir sobre temas com elevada carga política não significa, necessariamente, nem decidir politicamente tampouco incorrer em ilegítimos decisionismos, afastando-os da ordem jurídica⁵⁸.

Ao que se percebe há uma inegável transferência de poder, especialmente em questões controversas, inclusive moral. Mostra-se como uma via de mão dupla, em que a judicialização da política e das relações sociais tem servido de campo fértil ao ativismo judicial, e, por consequência a expansão do Poder Judiciário com maior interferência no campo de atuação dos demais poderes, mas também tem servido às garantias constitucionais de grupos minoritários.

1.4 O STF como palco da centralidade dos desacordos morais

A instauração de uma nova materialidade constitucional no sistema político brasileiro trouxe como pautas prioritárias contextualizações reservadas à cidadania e à justiça, dando centralidade a palavras de luta do constitucionalismo e a dinâmicas da participação política e da justiça social – proposições restauradoras da esperança a partir do traço de uma nova rota a ser trilhada.

⁵⁶CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2008. p. 60.

⁵⁷HABERLE, Peter. El tribunal constitucional federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. de Joaquín Brage Camazano. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 9, Madrid, p. 113-139, 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1986343>.. Acesso em: 14 ago. 2018.

⁵⁸LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 103.

Paulatinamente, ao longo dessas três décadas da promulgação da Constituição de 1988, o STF tem ocupado lugar central no processo político nacional, mostrando-se uma corte poderosa, sai da marginalidade para centralidade do poder a partir da (de)marcação constitucional e institucional de suas próprias competências.

Por outro lado, não se pode esquecer que a sua atuação depende da provocação dos legitimados aos canais de acesso da Corte pelas vias do controle concentrado. Entretanto, o modelo híbrido de constitucionalidade, pautado em nosso sistema jurídico, permite questões constitucionais chegarem ao Supremo por caminhos diversos.

Nesse dinamismo institucional, nosso Tribunal, inelutavelmente, vem se consolidando como um dos mais importantes *players* políticos da atualidade⁵⁹, tendo como contributo para esse *status* o fenômeno da crescente judicialização da vida, o que corrobora para que o STF passe a ser palco final decisório de questões de grande repercussão moral, econômica e social, numa efetiva participação de questões centrais da política nacional.

O alargamento das portas de acesso do Tribunal, tanto em decorrência dos tipos processuais como da legitimação para o processo abstrato, estendida pela Constituição de 1988, leva a concluir que das grandes cortes judiciais do mundo ocidental, o Supremo é provavelmente a que oferece a maior multiplicidade de acesso⁶⁰.

Em comparação com o poder exercido pelo STF no *judicial review*, com os modelos americano e francês, Arguelhes e Ribeiro, em nota de rodapé trazem o seguinte comentário:

Mas há muita variação institucional possível a partir do reconhecimento desse poder. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, só pode apreciar ‘casos ou controvérsias’ - ou seja, não pode apreciar leis em tese, só pode se manifestar sobre um caso concreto em que a aplicação de uma lei alegada inconstitucional esteja em discussão. De outro lado, até uma reforma constitucional em 2008, o Conselho Constitucional Francês só poderia se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei em tese, nunca quanto à sua aplicação concreta; mais ainda, a jurisdição do Conselho só podia ser provocada dentro de um prazo fixo após a edição da lei. Mantendo mais uma vez constantes os outros elementos do desenho institucional e do contexto político, é possível afirmar que um tribunal que (i) pode se pronunciar apenas sobre certo tipo de leis (por exemplo, apenas leis infraconstitucionais, e não emendas constitucionais); ou (ii) que pode efetuar o controle de sua constitucionalidade apenas dentro de

⁵⁹FALCÃO, Joaquim *et al.* **II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012.** FGV Direito Rio, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 18 dez. 2018.

⁶⁰*Ibidem*, p. 18.

certo prazo; ou (iii) que tende a ser menos poderoso do que um tribunal que não opere dentro dessas restrições⁶¹.

Comparativamente acerca do poder do STF com a Corte americana, ressaltam ainda os autores que:

A título de comparação, vale notar que a Constituição dos EUA não especifica as competências da Suprema Corte, nem o seu número de membros, deixando a porta aberta para legislação infraconstitucional que seja estrategicamente aprovada por maiorias políticas que desejem alinhar a posição da maioria do tribunal com seus interesses - ou que prefiram simplesmente remover certas questões delicadas da esfera de jurisdição do tribunal. No caso do Brasil, como todos esses temas estão detalhados no texto constitucional, somente por meio de emenda seria possível remover competências ou mexer na composição do tribunal de modo a garantir maiorias de ocasião⁶².

Vislumbrando esse agigantamento do STF na seara política nacional, onde o tema da interpretação constitucional saía de um espaço residual e passava a ocupar o centro de atenção dos juristas/doutrinadores/economistas/cientistas políticos, Oscar Vilhena viu esse fenômeno, nomeando-o como “Supremocracia”, mesmo essa circunstância não ser estritamente brasileira:

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela ‘TV Justiça’ ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito⁶³.

Diante da performance singular a corte brasileira tem sofrido críticas e aplausos. Para uns tem colocado a Constituição à prova e numa encruzilhada; para outros, atua na moldura que lhe foi desenhada, assumindo papel representativo, contramajoritário e iluminista no atendimento de demandas sociais e anseios políticos não satisfeitos pelas arenas tradicionalmente políticas.

Numa simetria de pensamentos iluministas e positivista, ressalta Canotillho que, sob o ponto de vista metodológico e dogmático, o neoconstitucionalismo inicial representou a

⁶¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**. v. 12, n. 2, p. 405-440, mai. 2016.p. 411. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63629>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁶² *Ibidem*. p. 420.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008. p. 442.

continuação do constitucionalismo iluminístico, mas, afastava-se decididamente dos “apriorismos conceituais” e dos formalismos positivistas sempre presentes na ciência jurídica brasileira⁶⁴.

Em assente crítica ao principiologismo moral, Canotilho ressalta o positivismo neoconstitucionalista inicial não andar de mãos dadas nem com “apriorismos conceituais” nem com os formalismos positivistas, permanecendo fiel à radicalidade normativa da Constituição, ao apartar-se das propostas metodológicas atuais transformadoras da norma constitucional por um conjunto de princípios incorporadores de uma teoria moral.

Um conjunto de fatores jurídicos e políticos tornam o Tribunal mais poderoso, aberto a tratar questões morais ou políticas como problemas jurídicos, solucionados pela interpretação jurídica⁶⁵, quebrando o *standard* do ambiente político na medida que minorias políticas, além de provocar novas discussões sobre atos legislativos denunciados no parlamento como contrários à Constituição sem receber atenção das maiorias ocasionais, também utilizam-se da Corte para denunciar omissões legislativas e obter a criação da regra faltante.

Neste compasso, a politização do judiciário tem emergido à Corte em fatos da vida política e econômica até discussões ético-morais. Questões sensíveis da vida social e biológica como o aborto, faz obviamente a relevância dos temas postos exigir um efetivo posicionamento do Tribunal, e assim o colocar em posição central frente aos atores políticos.

Sabe-se que parte da literatura jurídica atual tem assentado questionamentos acerca dos riscos teóricos, metódicos e políticos de uma sobrecarga principialista, com o reducionismo tendente à minimização das autorreferências ético-deontológicas de natureza material, em paradoxal contraposição com a filosofia transformadora pós-positivista dos princípios estruturantes da democracia.

O “achamento do método” corre pelas vias de uma metódica constitucional segundo os princípios da proporcionalidade, da racionalidade e da justiça.

O ativismo judicial, conforme Canotilho, apresenta duas máscaras jurídico-culturalmente diversas: aproveita a jurisprudência para ditar interpretações vinculantes na apreciação de casos concretos e; transmuta o controle abstrato de normas em interpretações autênticas da Constituição através das ações constitucionais (ADC, ADI, ADPF).

⁶⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 19.

⁶⁵A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 60.

Globalmente consideradas, estas precipitações hermenêuticas veiculam a possibilidade de que o STF através de processos interpretativos introduza normas com o nível de normas constitucionais, sob o propósito de imprimir força normativa à Constituição e de fazer uma leitura viva de seu texto.

Para corroborar como o tema tratado, leia-se nesse propósito, o seguinte trecho do discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski, em 2014, na presidência do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 10 de setembro de 2014:

Nos dias de hoje, não são poucas as críticas veiculadas nos meios acadêmicos e na mídia em geral contra aquilo que é visto como um protagonismo mais acentuado - ou até mesmo exagerado - do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal, quanto à tomada de decisões relativas a temas de maior impacto sobre a sociedade. Alguns falam numa 'judicialização da política', enquanto outros mencionam uma 'politização da justiça'. Ambas as expressões traduzem uma avaliação negativa acerca da atuação do Judiciário, ao qual se imputa um extravasamento indevido de suas competências constitucionais. [...] A partir dessa nova postura, o Judiciário começou a intervir em questões que antes estavam reservadas exclusivamente aos demais poderes, participando, de maneira mais ativa, da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. O Supremo Tribunal Federal, de modo particular, passou a interferir em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las. A Suprema Corte, não raro provocada pelos próprios agentes políticos, começou a decidir questões controvertidas ou de difícil solução, a exemplo da fidelidade partidária, do financiamento de campanhas eleitorais, da greve dos servidores públicos, da pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, da demarcação de terras indígenas, dos direitos decorrentes das relações homoafetivas, das cotas raciais nas universidades e do aborto de fetos anencéfalos⁶⁶.

A crítica à atuação do Supremo Tribunal subjaz ao poder da última palavra e da falta de controle hermenêutico, quando um tribunal constitucional se invoca como autoridade da última palavra e na mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social ao qual normalmente se deve subordinar todas as instituições do Estado Democrático, como afirmado por Maus.

Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual

⁶⁶LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal**. 10 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

originariamente deveria ter acesso garantido. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais⁶⁷.

Diante das questões apresentadas, convém refletir sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal como intérprete último da Constituição, se, em meio à judicialização de questões políticas, tem promovido a democracia plena ou tem provocado alteração na engenharia de nossa divisão de poderes, traduzindo-se, assim, em retrocesso democrático. Na questão específica da descriminalização do aborto, que será foco deste estudo, analisaremos como o STF tem assumido o ativismo judicial.

⁶⁷MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio M. B. Lima e Paulo A. de M. Albuquerque. Out. 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/309113051>. Acesso em: 04 set. 2017.

2 ATIVISMO JUDICIAL E SEUS SIGNIFICATIVOS NA DEMOCRACIA

2.1 Breve esboço histórico e delimitação conceitual

Para melhor compreender o fenômeno do ativismo judicial recomenda-se uma prévia análise da história do constitucionalismo americano, que tem suas raízes ligadas ao ativismo judicial, tornando-se, antes mesmo da primeira aparição pública do termo, o ponto fulcral de discussão do papel que assumiria a Suprema Corte na interpretação da Constituição e sua relação com os demais poderes republicanos.

A despeito da origem terminológica do “ativismo judicial”, decisões da Suprema Corte americana são identificadas como ativistas, antes mesmo do uso público do termo.

Identificam-se como emblemáticos a pré-história do ativismo judicial, os casos *Marbury v. Madison* (1803), *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Lochner v. New York* (1905). Cada um em seu momento histórico trouxe diferentes significativos dimensionais do ativismo judicial⁶⁸.

A clássica decisão em *Marbury v. Madison* (1803), quando o *Chief Justice* John Marshall presidia a Corte, representou a afirmação de poder da Suprema Corte para o exercício da *judicial review*. Assentou também reflexões no arranjo institucional dos poderes políticos, mesmo considerando os aspectos de disputa de poder no contexto histórico em que foi produzida.

De acordo com o argumento do juiz Marshall, sendo a Constituição uma lei superior, a *paramount law*, as demais leis ou atos que lhe fossem contrários não teriam validade, podendo deixar de ser aplicados pelo Judiciário⁶⁹. O argumento de superioridade da lei constitucional expressado no ativismo revelado por Marshall, atribuiu à Corte o poder de julgar inconstitucional uma lei, sem que a Constituição claramente autorizasse.

Inobstante essa decisão se destaque como marco inicial da *judicial review*, Continentino propõe a desconstrução do “mito de Marbury” como explicação doutrinária quase unânime de ter originado o controle judicial nos Estados Unidos, ressaltando decisões anteriores de cortes estaduais que já acenavam para uma mudança da cultura jurídica, de maneira a demonstrar uma expansão do Judiciário a partir da modificação conceitual da Constituição⁷⁰.

⁶⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 49-60.

⁶⁹VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 74.

⁷⁰CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**. v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jan. 2019.

Nesse sentido, Leite também faz ressalva de que a *judicial review* já era uma prática conhecida. A excentricidade estava no alargamento do controle de constitucionalidade sobre leis e decisões políticas do Congresso Nacional e do Presidente. Registra-se que este caso é tido como primeiro exercício do controle de constitucionalidade sobre uma lei federal, anunciando um modelo de jurisdição constitucional que mais tarde seria implementado em vários países do mundo⁷¹.

De acordo com Campos, meio século após a decisão de Marbury, em *Dred Scott v. Sandford* (1857) a Suprema Corte na avaliação de um caótico conflito político terminou por constitucionalizar a escravidão, negando à Corte o papel de poder constituinte reformador, tão próprio das Cortes ativistas contemporâneas⁷².

Nesse caso, setores mais reacionários da Corte encontraram amparo para segregação racial, ao rejeitar uma lei federal de 1820 que proibia a escravatura, conhecida como “Compromisso do Missouri”, na qual se apoiava *Dread Scott* em seu pedido.

Nas palavras do *Chief Justice* Taney, *Dread Scott* não poderia ser considerado cidadão constitucional, sua descendência africana não lhe atribuía legitimidade para postular na Corte por não fazer parte da família política criada pela Constituição. Aduziu que os fundadores da Constituição americana consideraram a raça negra classe inferior dos seres, subordinada à raça dominante e, ainda que emancipada, permaneceria sujeita à sua autoridade.

Afirmou em sustentação à sua decisão que:

Não é da competência do tribunal decidir sobre a justiça ou injustiça, a política ou política dessas leis. A decisão dessa questão pertencia ao poder político ou legislativo, àqueles que formavam a soberania e emolduravam a Constituição. O dever do tribunal é interpretar o instrumento que eles moldaram com as melhores luzes que podemos obter sobre o assunto, e administrá-lo como o encontramos, de acordo com sua verdadeira intenção e significado quando ele foi adotado⁷³.

Essa decisão, primou por resguardar o originalismo da Constituição em abdicação do poder de correção moral da lei constitucional, por essa opção, legitimou a passividade política do conflito escravocrata entre o Norte e Sul estadunidense, contribuindo para eclosão da guerra civil naquele país.

⁷¹ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11.

⁷²CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 56.

⁷³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. **Scott vs. Sandford, 60 U.S. 393, 1857**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Um terceiro caso histórico de ativismo da Corte americana é referido como Caso *Lochner v. New York* (1905), tendo por resultado a invalidação de lei social de proteção à saúde e bem-estar do trabalhador, a qual estabelecia limite para jornada de trabalho de padeiros, no Estado de Nova Iorque.⁷⁴

Neste caso a Corte extraiu suas decisões do princípio do devido processo legal, ao rejeitar argumentos protecionistas da saúde do trabalhador em meio à desigualdade contratual no pacto laboral, promoveu uma interpretação equivocada do princípio constitucional. A maioria dos membros da Corte entendeu indevida a intromissão legislativa ao privar a liberdade contratual sem o devido processo legal, resultando em afronta a XIV Emenda da Constituição americana.

Os votos dissidentes - John Marshall Harlan e Oliver Holmes - numa postura restritiva, chamam atenção para outros valores fundamentais, o bem-estar físico do trabalhador e a desigualdade das partes contratuais que, substancialmente, a lei estaria a proteger.

A partir desse pré-conceito do ativismo judicial, há percepção de que as influências político-ideológicas e o momento político podem refletir no percurso decisório a ser trilhado pela jurisdição.

Como exemplo, em *Marbury*, a Corte se auto afirmou no poder da *judicial review*, entretanto, agiu restritivamente, com habilidade para não sofrer restrições políticas. Também, a decisão em *Dread Scott*, representa a neutralidade da Corte em questões políticas e a deferência com o legislador. E, por fim, o conservadorismo de *Lochner*, em nítida oposição com o legislador, impôs suas doutrinas econômicas refletidas na filosofia do *laissez faire*, pondo em relevância questões ligadas a capacidades institucionais.

Apesar de comprovadas práticas ativistas, o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” que atraiu atenção substancial, foi cunhado por Arthur Schlesinger Jr., em artigo escrito para Revista *Fortune*, no mês de janeiro de 1947, intitulado *The Supreme Court: 1947*, vol. XXXV⁷⁵.

O artigo publicado por Schlesinger, teve por pretensão situar as dissidências ideológicas dos membros da Suprema Corte americana, com o fito de qualificá-los como ativistas e autocontidos, além de explicar suas alianças e ideologias políticas.

⁷⁴ CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.57.

⁷⁵ Em nota de rodapé, GREEN, traz informação de que o termo foi apropriado publicamente por Schlesinger, contudo, o próprio Schlesinger tinha ciência que popularizou o termo, atribuindo a ideia a Thomas Reed Powell, a quem ele entrevistou em Haward, creditando a este, a criação dos termos: “ativismo judicial” e “autocontrole judicial”. Tradução livre. GREEN, Craig. An intellectual History of judicial activism. **Emory Law Journal**. v. 58, ano 5, n. 19, p. 1203, 2009.

Foram classificados quatro juizes como ativistas - Black, Douglas, Murphy e Rutledge - por entender que a vontade do legislador era substituída pela desses juizes, na medida em que acreditavam que a Corte devia atuar proativamente na defesa das liberdades civis ou dos direitos das minorias e das classes mais pobres. De outra forma, definiu como sendo campeões de autocontenção os juizes Frankfurter, Jackson e Burton, por agirem com maior deferência à vontade do legislador. Formando um grupo intermediário, classificou o juiz Reed e o *Chief Justice* Vinson como moderados⁷⁶.

Em seu artigo, Schlesinger avalia um momento histórico da Suprema Corte, o ano de 1947 representando a mudança de tempo da Era *Lochner* com os novos juizes nomeados pelo ex-presidente Roosevelt. O ativismo conservador de *Lochner* foi superado e formada uma Suprema Corte orientada pelos princípios do *New Deal*⁷⁷, em abandono a doutrina do *laissez faire*.

Com a descrição desses juizes, o debate circunda sobre a extensão da medida que a Suprema Corte estava autorizada a intervir no campo da política, enquanto o grupo Black-Douglas acreditava no papel afirmativo em promover o bem-estar social ao considerar a Corte como instrumento para alcançar os resultados sociais desejados. O outro grupo Frankfurter-Jackson advoga a auto restrição judicial, preservando o judiciário em seu espaço e deixando os outros poderes governamentais implementarem os resultados desejados pelo povo.⁷⁸

Embora tenha mais simpatia com o grupo Black-Douglas, Schlesinger entende sua posição como ameaça à democracia, preferindo limitar o ativismo judicial aos casos de proteção das liberdades civis e direitos fundamentais de participação política.

Mesmo não trazendo uma definição para o termo “ativismo judicial”, não se nega ter plantado dicotomias fundamentais que, até o presente, mantém discussões como tema de grande importância pública, dentre elas: juizes não eleitos *versus* leis democraticamente promulgadas; julgamento orientado para resultados *versus* tomada de decisão baseadas em princípios; uso estrito *versus* criativo do precedente; supremacia democrática *versus* direitos humanos; lei *versus* política⁷⁹.

⁷⁶ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, out. 2004, p. 1445-1450. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 27 jan. 2019.

⁷⁷ Durante a “grande Depressão”, grave crise econômica dos anos 30, Roosevelt lançou um amplo programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, com o propósito de recuperar a economia norte-americana e proteger as classes sociais mais pobres e prejudicadas na crise. CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 63.

⁷⁸ CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 46-47.

⁷⁹ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, out. 2004, p. 1445-1450. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 27 jan. 2019.

Como se constatou, a gênese da expressão “ativismo judicial” está associada às preferências políticas da Suprema Corte estadunidense e sua projeção nas decisões judiciais, evidenciado pelo ativismo daquele Tribunal, em um primeiro momento conservador (*Era Lochner*), e em outro, como liberal (*Corte Warren/Burger*).

2.1.1 O novo ciclo do ativismo judicial

A história do ativismo judicial nos Estados Unidos, demonstra que ações políticas influenciam na atuação político-jurídica dos juizes, assim ocorreu com a Corte *Warren/Burger*, quando juizes mais progressistas e aliados com ações governamentais atuaram em deferência com o governo em questões econômicas, mas também, mostraram forte compromisso com a promoção dos direitos e liberdades básicas, interpretando a Constituição como documento vivo e sensível as mudanças sociais, surgindo um novo ciclo do ativismo judicial.

A Corte *Warren* e a Corte *Burger* não defendiam apenas os princípios progressistas do *New Deal*, também se comprometiam com a promoção dos direitos e liberdades básicas do homem. Nessa linha compromissória, o ativismo judicial é dirigido a preocupações para cláusula da igual proteção prevista na XIV Emenda: *a equal protection of the laws*, e com o devido processo substantivo.⁸⁰

A base hermenêutica dessa nova doutrina institucional viria do caso *United States v. Carolene Productus Co.*, lançada pelo juiz Stone, em 1938, veio estabelecer dois parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade. À legislação econômica e à social caberiam controle menos rigoroso de sua validade, portanto, um parâmetro fraco, exceto se a lei fosse manifestamente inconstitucional. O parâmetro forte de controle, seria aplicado às leis que ameaçassem valores democráticos, restringissem liberdades civis básicas ou expressassem preconceitos contra minorias discretas e insulares, cabendo um controle mais agudo⁸¹.

Uma das decisões consideradas mais expressivas de ativismo judicial no século XX foi a que reconheceu os efeitos perniciosos da discriminação racial, vindo a representar o fim da segregação racial nas escolas públicas nos Estados Unidos. O caso *Brown v. Board of Education (1954)* revogou o precedente do caso *Plessy v. Ferguson (1896)* que pregou a doutrina do “*separated but equal*”, restando superada pela Corte *Warren*.⁸²

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72.

⁸¹ *Ibidem*. p. 67-73.

⁸² *Ibidem*. p. 42.

A partir de *Brown*, juízes progressistas desenvolvem uma teoria de princípios constitucionais com o fito de justificar decisões controversas, em reação, grupos conservadores passaram a criticar o Tribunal, atribuindo conotação negativa ao termo ativismo judicial.

Outras decisões representaram o ativismo liberal da Corte *Warren*, pode-se citar: *Griswold v. Connecticut*⁸³, cuja fundamentação doutrinária seria utilizada pela Corte *Burger* para afirmar o direito ao aborto no caso *Roe v. Wade* (1973), situada como uma das decisões de maior impacto, dentre as decisões tomadas pela Corte Suprema, sobre a qual teceremos comentários no capítulo seguinte.

Nenhuma área de atuação da Corte *Burger* foi tão celebrada quanto a dos direitos das mulheres, em um conjunto contínuo e constante de decisões que declararam inválidas leis que discriminavam em função de gênero⁸⁴.

Ao que se demonstra, a Corte negou a natureza estática da Constituição, interpretando-a como documento vivo “*living document*”, cujos significados ganham novos contornos sensíveis às mudanças sociais.

Entretanto, ressaltam-se que fatores exógenos, políticos e sociais somaram-se à postura ativista dos juízes para deliberações judiciais instadas a promover transformações sociais e liberdades fundamentais de classes minoritárias.

Embora se associe a Corte *Warren* com o ativismo judicial, sua historicidade seja revelada pela construção de uma democracia inclusiva, também foi acusada de usurpar o poder das instituições políticas e de decidir orientada aos resultados favorecidos pelos intelectuais de esquerda e pela coalização liberal política do país⁸⁵.

Nesse aspecto, na opinião pública de uma maneira geral, ativismo judicial funciona como uma palavra-chave para questionar a atuação dos magistrados, suas escolhas políticas e seus valores pessoais, nos quais, sob o ímpeto de fazer justiça, estavam sendo impostos à sociedade deturpando o sistema democrático⁸⁶.

⁸³ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Supreme corte. **Griswold v. Connecticut**. 381 U.S. 479, 1965. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso: 20 jan. 2019. A Corte julgou inconstitucional lei que estabelecia a proibição do uso de contraceptivos por casais casados, com base no direito constitucional a privacidade.

⁸⁴BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Interesse público, Belo Horizonte, v. 12, jan. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf>. Acesso em: 19 dez 2018.

⁸⁵CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78.

⁸⁶LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 37.

2.2 Os significativos mais recorrentes do ativismo judicial

Há uma polissemia descritiva para o termo ativismo judicial, seu uso mais comum está associado com o alcance que a decisão judicial resulta no sistema político. Ao relacionar a postura adjudicatória de juízes e tribunais que passaram a atuar em questões *a priori* reservada à deliberação pelas esferas majoritárias, impulsionando o judiciário a ocupar um lugar estratégico dentro da lógica do sistema de freios e contrapesos, reflete em acesa crítica à legitimidade institucional.

Oportunamente, é preciso diferenciar judicialização de ativismo judicial. Nesse aspecto, convém ressaltar que a abertura do processo democrático deu novo *status* político aos Tribunais e Cortes constitucionais. Essa nova arquitetura institucional possibilitou uma progressiva transferência de responsabilidade por parte de diversos atores sociais e políticos para que conflitos cruciais contemporâneos sejam resolvidos, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

Diversos fatores justificam a crescente judicialização das hipercomplexidades político-sociais, admitindo-se, estarem relacionados com o reconhecimento de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas; a crise de representatividade política; e a preferência dos próprios atores políticos de que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, nas quais haja desacordo moral razoável na sociedade⁸⁷.

Pode-se entender que o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais estimula a judicialização, já que esse importante instituto jurídico-democrático permite ao judiciário interferir no âmbito de atuação dos demais poderes com o desígnio de resguardar a correta observância à Constituição e, na posição de guardião, evitar violação de suas normas.

Enquanto a judicialização é fenômeno avesso à vontade do juiz, o ativismo judicial se revela como a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance⁸⁸. Por não se tratar de um conceito monolítico, é constatada uma polissemia conceitual atribuída ao termo, mas não se nega que seu núcleo abriga a expansão do poder decisório que juízes e Cortes imprimem sobre os demais atores institucionais.

⁸⁷BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 44-47.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 49.

Por efeito, mostra-se irrefutável a judicialização tornar visível questões que estrategicamente as arenas políticas preferiam evitar para não correr o risco à reprimenda pública, entretanto, ao juiz não cabe essa opção. Apesar de guardarem uma estrita relação, ativismo judicial e judicialização da política estão ancoradas em diferentes concepções.

O uso indiscriminado do ativismo judicial, além de causar o problema da indefinição conceitual, torna o termo vazio, sendo atribuído ao juiz que age fora da moldura constitucional, e por conseguinte, representar uma ameaça à democracia.

Pondera Werneck que o ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização de nossa arquitetura constitucional, do contrário, é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, abdicando de uma defesa da integridade do direito⁸⁹.

O direito como integridade condena o ativismo judicial, por ser uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, e qualquer prática de jurisdição constitucional que ceda espaço à tirania, também não defende o passivismo ou o historicismo na interpretação constitucional⁹⁰.

As transformações das práticas sócio-políticas que ocorreram e ocorrem, ao longo dos anos, muitas não precederam da atuação do legislador, foram conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, tomando como amostra as decisões da Corte Warren, especialmente a superação do precedente da segregação racial, que para Barroso⁹¹ é exemplo paradigmático de decisão iluminista do tribunal, pelo enfrentamento aberto do racismo dominante à época.

Por outro lado, essa função iluminista, representativa de uma sociedade órfã, dota o Judiciário de um poder constituinte permanente por meio da criação de práticas institucionais e fixação do próprio poder judicial, tendentes a evitar discussões e procedimentos no processo de construção política da moralidade social, pode se apresentar perigoso para a construção de escolhas democráticas.

As formas de manifestação do ativismo judicial comumente se associam ao exercício expansivo do poder político-normativo dos Tribunais no controle dos atos omissivos ou comissivos dos outros poderes, sobressaindo com maior relevância em casos de moralidade controversa ou da indeterminação semântica das normas constitucionais envolvidas.

⁸⁹WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [on-line]. Rio de Janeiro, jul./ago. 2008, p. 03-05. Disponível em: http://www.cis.pucio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹⁰DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad, Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

⁹¹BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 167.

A despeito da polissemia conceitual, a inserção contextual apropriada do termo promove uma discussão significativa sobre o papel do judiciário numa democracia.

A esse respeito, os significativos apresentados por *Keenan Kmiec*, no intento de reduzir a confusão do termo, enumerou cinco definições para ativismo judicial: a) quando um tribunal revoga leis constitucionais; b) quando tribunais ignoram ou não aplicam os precedentes; c) quando os juízes deixam de interpretar a lei e passam a legislar; d) quando há o emprego pelos tribunais de um método ilegítimo de interpretação da lei; e) quando os julgamentos são orientados por resultados⁹².

Campos defende uma proposta multidimensional do ativismo judicial, com a proposição de estabelecer fronteiras objetivas para descrever, como ativista ou não, decisões particulares a partir do critério estabelecido por cada uma dessas dimensões⁹³. Para ele, o ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos. Eis que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Para as dimensões ativistas, mencionadas pelo autor, são atribuídos os seguintes significativos: o ativismo judicial e interpretação da Constituição; criação legislativa; deferência aos demais poderes; afirmação de direitos; políticas públicas e sociais; autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios; superação de precedentes; maximalismo; além de partidarismo e soberania judicial.

Na prática judicial brasileira, as seguintes dimensões são identificadas por Leite: ocupação de vazios normativos; criação e/ou alteração de normas constitucionais; expansão de poderes processuais e da força de suas decisões; ativismo de precedentes; ativismo contramajoritário; imposição de obrigações positivas ao Poder Público e; maximalismo judicial⁹⁴.

Ao exercer a tarefa de identificar decisões ativistas, as dimensões propositivas dos autores se complementam, uma vez que, considerada a realidade histórica e cultural de cada

⁹²KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, out. 2004, p. 1445-1450. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 27 jan. 2019.

⁹³CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 164-173.

⁹⁴LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p 138-189.

momento, não se nega como espaço nobre para o ativismo judicial as questões políticas e morais complexas.

Frequentemente é atribuída a invalidação judicial de uma lei como atitude ativista do judiciário, lançando questionamentos sobre os limites impostos pela separação dos poderes, e à indicação de dois caminhos, a autolimitação (*self-restraint*) ou a declaração da inconstitucionalidade da norma.

Ao reavaliar a escolha legislativa, um novo juízo de valor estaria sendo feito pelo juiz diferentemente daquele realizado no *locus* dos dissensos entre maioria e minoria, essa nova valoração decorreria de uma opção axiológica controvertida, além de que, há uma sentimento de cumplicidade que permeia no povo de poder fazer suas escolhas, razão pela qual, o Parlamento é a melhor arena para esse debate.

Uma questão como o aborto, na qual, há argumentos de princípios contrários e favoráveis à descriminalização, caberia ser sopesado e resolvido no Parlamento, já que, qualquer opção encontra validade no argumento de princípio, servindo a justificar o sentimento público.

O ativismo judicial deve ser identificado e medido, principalmente, por critérios qualitativos⁹⁵, uma vez que, a atuação além dos limites da Constituição perverte o papel de guardião, para tanto, se leva em conta a autoridade legal e epistêmica para a tomada das decisões, o nível de densidade normativa das disposições constitucionais utilizadas como parâmetro de validade e o grau de relevância social e de politicidade dos temas julgados.

Sublinha-se o ativismo contramajoritário não ocorrer apenas quando o Tribunal resolve pela anulação da lei, no sistema brasileiro, quando o STF utiliza as técnicas de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição, vincula a ordem interpretativa sem que uma palavra seja incluída ou excluída do texto, assim o ocorreu na decisão na ADPF n° 54, conforme assentado por Leite.

Noutro significado, apresenta-se o ativismo de precedente se evidenciar quando a Corte se afasta de uma linha decisória já sedimentada, ignorando o entendimento anterior.

Juízes ativistas, para avançar suas agendas e os propósitos que identificam nas constituições, não se colocam como atores restringidos por precedentes, entendendo essa superação como necessária para desenvolver os significados da Constituição⁹⁶. Como grave inconsistência desse critério na prática judicial brasileira, têm-se pela indefinição dos

⁹⁵CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 160.

⁹⁶*Ibidem*. p. 172.

precedentes que devem ser respeitados, bem como dos conceitos ligados a essa técnica de decisão, como *ratio decidendi*, *overruling*⁹⁷.

Por oportuno, convém salientar o sistema de precedentes ter como base o *stare decisis*, sobre o qual, decisões de cortes superiores vinculam as inferiores através dos precedentes em casos idênticos, característico da estrutura norte-americana de *common law*.

O ativismo judicial também é indicado numa atuação legiferante das Cortes constitucionais, ao assumir competência que a Constituição reserva, *a priori*, para o Legislativo. Essa queixa não se direciona à função de legislador negativo que o tribunal exerce legitimado pela Constituição, mas a uma dimensão metodológica para interpretação e a aplicação das normas constitucionais, revelada a uma criação judicial do direito.

O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem⁹⁸.

Sobre essa participação criativa do direito, há argumentos que o legislador apenas produz o texto normativo e não a norma propriamente dita; esta, é objeto da atividade hermenêutica. Nesse aspecto, a questão passa a ser como proteger o legislativo e o texto normativo, estabelecendo constrangimentos para fundamentar a existência de polissemia admissível da inadmissível na atividade interpretativa⁹⁹.

Anuncia-se também o ativismo quando o tribunal se afasta de uma metodologia interpretativa aceita pela comunidade jurídica, dimensão situada no plano hermenêutico, revelada pela falta de consenso interpretativo sobre qual maneira apropriada de interpretar a Constituição.

Um outro sentido de ativismo é apresentado por Kmiec, quando o juiz ignora a lei em busca de um resultado pré-determinado, preconcebido e orientado para um resultado. O julgador primeiro decide; e, depois, vai à busca dos fundamentos para sustentar sua decisão.

Percebe-se que as definições do ativismo não têm caráter unitário, entretanto, estão associadas às práticas institucionais e as novas tendências da atuação política dos tribunais constitucionais.

⁹⁷ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 58.

⁹⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276.

⁹⁹ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208-211.

2.3 Ativismo e autocontenção judicial: como se têm apresentado no judiciário brasileiro

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público¹⁰⁰. Esse debate está amparado na avaliação doutrinária e na leitura efetiva da atividade do Tribunal na relação com os demais poderes.

O judiciário brasileiro tem sido destacado como *locus* de forte ativismo judicial, com enfoques mais relacionados na atuação do STF. Em pesquisa recente, divulgada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, constatou-se que nas decisões judiciais apreciadas de casos concretos, parte dos magistrados se orienta para um papel mais criativo, resultando que 46% dos juízes de primeiro grau e 58% dos magistrados de segundo grau concordam pouco ou muito com a possibilidade do judiciário exercer um papel criativo na produção de normas, acerca de temas sensíveis para sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar¹⁰¹.

A pesquisa também demonstra o aumento desse percentual em relação à pesquisa anterior¹⁰² e, ainda, constata a insatisfação em decidir, baseado em súmulas e precedentes, tanto do juiz de piso (52%), como também sobre a insatisfação dos Ministros em seguir os precedentes e súmulas estabelecidos pelo Tribunal.

Relações jurídicas dotadas de complexidades, crise de representatividade política, demandas frustradas, são fatores que contribuem para que o judiciário passe a ocupar lugar destacado no cenário político interno.

Nos anos iniciais da vigência da Constituição de 1988, mesmo diante da onda de redemocratização que envolveu a nação, o Supremo não se mostrou ativista, comportando-se de modo passivo e deferente ao Executivo nas chamadas questões políticas¹⁰³, também foi restrito na interpretação de alguns direitos constitucionais.

¹⁰⁰BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] Thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso: 20 ago. 2018.

¹⁰¹VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: a magistratura que queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso: 12 fev. 2019.

¹⁰²A magistratura, de posse das duas pesquisas realizadas por iniciativa da AMB - PERFIL DA MAGISTRATURA BRASILEIRA (1996) e QUEM SOMOS. A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS (2018) - conhece a sua trajetória nesses últimos vinte anos e se encontra diante da oportunidade histórica de produzir uma reflexividade sobre si. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: a magistratura que queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso: 12 fev. 2019. p. 26.

¹⁰³CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 243.

O fato é que o Supremo, a partir de 2004 - período em que a mudança substancial de sua composição, com a aposentadoria de Ministros nomeados durante o regime militar, começa a apresentar os seus primeiros efeitos na jurisdição constitucional -, parece ter abandonado um perfil autorrestritivo em abono a uma posição mais ativista, no exercício de sua jurisdição constitucional; circunstância essa que tem levado a diferentes reações por parte da mídia e de outras instituições. Se, de um lado, afirma-se que o Supremo tem sido fomentador de mudanças sociais reclamadas pelo seio social; de outro, fala-se que tem usurpado - ilegitimamente - competências atribuídas a outros poderes¹⁰⁴.

Em um processo gradual de mudança, a Corte foi abandonando a postura ortodoxa e ao abrir-se a uma nova era marcada pelo ativismo judicial, notabiliza seu papel no desenho institucional brasileiro.

A ampliação do acesso à justiça, aprimoramento de instrumentos processuais de defesa do cidadão, maior número dos legitimados para ações constitucionais, são fatores contributivos para o alargamento do poder judicial. O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista¹⁰⁵, desenvolvendo um modelo multidimensional de ativismo judicial¹⁰⁶, atuando como partícipe ativo e criativo da ordem político-jurídica.

Pode-se afirmar que duas dimensões de ativismo são destacadas na atuação do STF: a dimensão metodológica que é relacionada a procedimentos e técnicas decisórias e; a dimensão estrutural ou institucional revelada pela interferência que as decisões do Tribunal provocam nos demais poderes.

Por oportuno, convém pontuar que o ativismo e a autocontenção (*judicial self-restraint*) podem ser identificados em relação a qualquer âmbito de um Tribunal, não se circunscrevendo, por exemplo, ao controle de constitucionalidade das leis, especialmente no modelo concentrado¹⁰⁷.

¹⁰⁴RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de informação legislativa**. v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509926>. Acesso: 28 nov. 2018.

¹⁰⁵BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn] Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso: 20 ago. 2018.

¹⁰⁶Cf. CAMPOS, as dimensões de ativismo judicial reveladas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, são: metodológica; processual; estrutural ou horizontal; dimensão de direitos e dimensão antidialógica. Cada dimensão especificada pelo autor, é composta de subdivisões contextuais de ativismo judicial (CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276-339).

¹⁰⁷LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 137.

Também a natureza quantitativa de embate entre o Judiciário e o Legislativo/Executivo, poderá não representar ativismo, pois um grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista¹⁰⁸, desse modo, o estudo quantitativo pode revelar a frequência da intervenção da Corte, e deixar sem resposta acerca da fiscalização substancial das atividades legislativa e da executiva.

A avaliação metodológica do ativismo do STF, a partir da análise de Campos, está estreitamente ligada, como:

Modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos. O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem. Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada *criação judicial do direito*¹⁰⁹.

Inobstante à fase de intenso ativismo do STF, pode-se afirmar que ganhou maior notoriedade com decisões em campos distintos e de notório impacto, no âmbito de processos políticos e em relevantes questões morais socialmente controvertidas.

No campo da política partidária, a Corte deu a última palavra em questões como: composição do número de vereadores - Caso Mira Estrela¹¹⁰ -, por meio do controle difuso reconheceu a inconstitucionalidade de artigo da lei orgânica municipal, reduzindo o número de vereadores; e decisões direcionadas ao funcionamento dos partidos políticos, como a infidelidade partidária como condição para perda do mandato parlamentar¹¹¹. Esses são casos exemplificativos e não exaustivos do ativismo no funcionamento e nas prerrogativas dos partidos políticos feito pelo STF.

No campo das políticas públicas, diversas decisões da Corte têm exigido do Estado prestações positivas, interferindo nas escolhas dos outros poderes para garantir o mínimo existencial a uma população hipossuficiente. Como exemplo notório desse ativismo, a

¹⁰⁸DIMOLIUS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Jus Podivm, 2013. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas.pdf>. Acesso: 14 ago 2018.

¹⁰⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.276.

¹¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197/917/SP. Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, *DJ* 07.05.2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185075&modo=cms. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602/DF. Pleno, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 17.10.2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27706686/stf-mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acesso em: 14 fev. 2019.

dispensação de medicamentos e determinação de terapias curativas mediante decisão judicial, considerando ser dever do Estado efetivar os direitos sociais constitucionalmente previstos, o STF tem afastado o aspecto meramente programático desses comandos. O Supremo avançou de forma significativa seu poder no julgamento da ADPF nº 45¹¹², assentando sua legitimidade constitucional para exercer o controle judicial em tema de implementação de políticas públicas ao dar concretude a normas programáticas quando configurada hipótese de abusividade governamental, precedente, geralmente, invocado em questões que envolvam direito à saúde e à educação.

No campo da inércia legislativa, o STF tem se notabilizado como um tribunal ativista – direito de greve servidores públicos, aposentaria especial na administração pública – resolvendo pautas eminentemente políticas.

Além de relevantes questões políticas, o Supremo tem se ocupado de questões morais, cujas decisões representam “divisor de águas”, tanto no modo de interpretar a Constituição como no reconhecimento de direitos de minorias, cada vez mais se afastando do dogma kelseniano do legislador negativo, sobretudo a partir da Lei nº 9.868/99.

Essa constatação pode ser feita no pronunciamento do Min. Gilmar Mendes, de onde se extrai, que a ampla utilização de decisões comumente denominadas “atípicas”, converteram-se em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.¹¹³

É possível perceber em algumas decisões que o Tribunal, a pretexto de estabelecer a interpretação conforme a Constituição à legislação ordinária, acabou por proferir o que a doutrina constitucional tem denominado decisões manipulativas de efeitos aditivos¹¹⁴. A guisa de exemplo, sobre o alinhamento do STF à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditivas, Brandão cita o julgamento no caso Raposa Serra do Sol

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF- Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29.04.2004, *DJ* de 4.5.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 19 fev. 2019.

¹¹³ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4277/DF, p. 757. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 01.12.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹¹⁴ Sobre essas decisões faz-se o seguinte esclarecimento: por sentenças aditivas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo [...] nas substitutivas ou manipuladoras, a corte constitucional não se restringe a preencher uma omissão, mas sim modifica, de maneira explícita, o preceito impugnado, patrocinando, desde logo, a inserção na norma invalidada da única norma reputada constitucionalmente legítima, a qual, no entanto, não tinha nenhuma existência no sistema jurídico antes do pronunciamento jurisdicional. NOBRE, Edilson Pereira Jr. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*. v. 43, p. 111-141, 2006. p. 121. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p111.pdf. Acesso: 20 jan. 2019.

(PET n° 3.388), onde foram estabelecidas 18 cláusulas restritivas à demarcação das terras indígenas e que não continham no ato que a instituiu¹¹⁵.

Nessa mesma toada, a decisão na ADPF n° 54, que tentou demarcar juridicamente o início da vida e a constitucionalidade da descriminalização do aborto de fetos anencefálicos, terminou por criar outra hipótese de atipicidade penal do crime de aborto, além das previstas nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro.

Além de encartar-se como uma decisão maximalista, pois foram tratadas questões além do direito, também apresenta aspectos do ativismo contramajoritário¹¹⁶, ao passo que, mesmo não anulando a norma penal do aborto, alterou sua interpretação e, ao mesmo tempo, acrescentou um conteúdo não previsto pelo legislador ordinário.

O ativismo maximalista diminui a margem da liberdade decisória dos juízes de instâncias inferiores, como também de futuras ações legislativas. O maximalismo decisório revelado no STF pode estar relacionado com a liderança intelectual difusa na Corte, ao modo que, de forma autônoma, cada ministro impõe o que acredita ser o correto entendimento da Constituição, sem uma interconexão de ideias.

Decisões em assentado viés ativista, justificadas pela falta ou inexistente delegação política de grupos minoritários, com contributo para expansão judicial no aspecto iluminista e representativo é defendido por Barroso:

¹¹⁵BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra do sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.184-185.

¹¹⁶Em pesquisa sobre o enfrentamento do aborto na arena parlamentar, mesmo considerando o fundamentalismo e o conservadorismo que se percebe no legislativo nacional, essa seara não está alheia a discussão, conforme menciona Gervasoni e Dias. “As propostas são diversas, mas é possível perceber claramente uma tendência contrária à legalização: proibição de método de anticoncepção de emergência (pílula do dia seguinte) (PL 1413/2007); tipificação como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo (PL 5069/2013); previsão de aumento de pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou anomalia do feto (PL 4396/2016); inclusão do aborto provocado pela gestante, ou por terceiros, com o seu consentimento, como crime hediondo (PL 4703/1998; PL 3207/2008; PL 7443/2006); previsão de pensão e assistência à mãe e à criança nascida de gravidez decorrente de estupro (PL 3748/2008; PL 1763/2007); instituição do Dia Nacional de Conscientização Antiaborto (PL 5617/2016). De igual modo, a pesquisa por projetos de lei em tramitação no Senado Federal com a mesma chave de busca aponta quatorze resultados, destacando-se que quatro destes projetos (PLS 312/2004, PLS 227/2004, PLS 183/2004 e PLS 50/2011), anteriores à decisão da ADPF 54, que autorizou a interrupção da gestação diante de diagnóstico de feto com anencefalia, já pretendiam a inclusão deste fato como causa excludente de antijuridicidade quanto ao crime de aborto (um possível inciso III no artigo 128 do Código Penal). Também chama atenção que, posteriormente ao julgamento da ADPF n° 54 pelo Supremo Tribunal Federal (abril de 2012), foram apresentadas no Senado duas propostas legislativas contrárias à decisão, uma tratando especificamente “sobre o crime de interrupção de gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia” (PLS 287, de agosto de 2012), a outra visando criminalizar o aborto em qualquer estágio da gestação (PLS 461/2016). GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. *Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ. REI - Revista Estudos Institucionais*. v. 3, n. 2, p. 1280-1315, fev. 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/182>. Acesso em: 31 abr. 2019.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas [...]. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada [...]. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade¹¹⁷.

Em nota de rodapé, o autor cita, no caso de união homoafetiva haver pesquisa do IBOPE noticiando que 55% da população era contra seu reconhecimento.

Enquanto para o Ministro Luís Roberto Barroso, decisões iluministas do STF têm se imbuído no papel de agente da história, promovendo avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais, outros renomados constitucionalistas demonstram preocupações doutrinárias com a metáfora do “canto das sereias” e os efeitos que uma jurisprudência de valores ocasione à democracia.

O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo - de modo subterrâneo - uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar¹¹⁸.

Eduardo Appio, ao analisar a questão do casamento *gay*, não nega o direito a uma proteção especial por sua condição de minoria derivada do preconceito social arraigado em nossa sociedade, limitativo da concretização de direito a um tratamento igualitário e respeitoso por parte do Estado, entretanto, expressou opção por uma abordagem minimalista do tema pelo STF para que se permitisse o amplo debate nacional.

Muito embora a opção do constituinte (originário) tenha sido marcada pela discriminação e conservadorismo moral, não se pode controlar a constitucionalidade de uma norma constitucional, pois isso significaria

¹¹⁷BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 174.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito**. Unissinos, RS, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009. Disponível em: <http://revistas.unissinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 12 jan. 2019.

outorgar à Corte o poder (permanente) de emendar a Constituição, revogando algumas de suas disposições¹¹⁹.

É bem sabido que decisões importantes são evidenciadas na proteção de direitos fundamentais de minorias, especialmente quando as instituições majoritárias não se dispõem à mão dupla do custo político, imergindo numa inércia estratégica, a fim de que “bons ativismos” judiciais resolvam problemas que a realidade imediata apresenta¹²⁰, justificando o termo “supremocracia”, nomeado por Oscar Vilhena, ao se referir à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes¹²¹.

2.4 A via de mão dupla do ativismo judicial: aspectos negativos e positivos

A simples ameaça de se recorrer ao Tribunal Constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento propício para impedir que a maioria viole seus interesses juridicamente protegidos e para opor-se em última instância à ditadura da maioria¹²².

A noção atual do ativismo judicial traduz uma preocupação com as consequências institucionais, por isso boa parte da crítica é atribuída ao caráter contramajoritário, relacionado ao plexo de competência a qual a Constituição delineou para cada poder, não, simplesmente, pelo acerto ou erro do mérito decisório.

Os juízes passaram cada vez mais a serem chamados a resolver conflitos de todas matizes, e em vários setores da vida social, questões, por vezes, levantando questionamento sobre competência e também sobre uma possível crise democrática no Brasil.

Dessa maneira, embora se saiba que a revisão judicial teve como pretensão o resguardo do jogo democrático e dos direitos fundamentais, especialmente de minorias tendentes a encontrar preconceito, inclusive na legislação, não se nega a *judicial review* ter contribuído para o protagonismo dos juízes, com o deslocamento de questões sociais, econômicas e políticas para as instituições judiciais.

¹¹⁹APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 377.

¹²⁰STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito**. Unissinos, RS, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009. Disponível em: <http://revistas.unissinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 12 jan. 2019.

¹²¹VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-459, jun./ago., 2008. p. 445.

¹²²KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución** :La justicia constitucional. en “Anuario Jurídico”, n. 1, México, 1974, p.471-515, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

2.4.1 Aspectos negativos do ativismo judicial

A discussão doutrinária acerca dos malefícios que o ativismo judicial possa ocasionar no ambiente democrático tem a cada dia se ampliado, notadamente a pretensão de interferência do tribunal sobre os demais poderes, com relevância, ao avanço nas competências do parlamento.

Nesse contexto, o efeito deletério do ativismo judicial é apontado pelos seguintes aspectos: crítica ao uso desmensurado dos princípios; discricionariedade do julgador; e as competências constitucionais dos poderes.

2.4.1.1 A crítica ao uso desmensurado dos princípios

Constitui um argumento comum contrário ao ativismo judicial o uso criativo dos princípios constitucionais como fundamentação, decisões baseadas na filosofia da consciência, divergências acerca da maneira como os juízes do STF realizam a revisão judicial e a elasticidade interpretativa. Esses são argumentos convergentes à crítica.

De acordo com Streck, o desafio do século estar em controlar hermeneuticamente as decisões judiciais, especialmente diante do deslocamento da concretização dos direitos previstos na Constituição pelo Judiciário¹²³.

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública¹²⁴. Nesse aspecto, há uma preocupação com o uso da discricionariedade decisional, tendo em vista que a indeterminação semântico-normativo dos princípios eleva o risco de a ponderação valorativa desembocar nas preferências do julgador.

Para o autor, a positivação de valores facilita a criação de todo tipo de “princípio”, fabricados pelo neoconstitucionalismo¹²⁵, ficando o problema do pan-principiologismo, e que,

¹²³STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**. v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016. Disponível em: http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espaco_juridico/article/view/12206. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹²⁴*Ibidem*. p. 724.

¹²⁵O neoconstitucionalismo, identifica um conjunto de transformações no Estado e no direito constitucional, podendo ser apresentadas como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, consolidado ao longo das décadas finais do século XX; filosoficamente representado pela reaproximação entre direito e ética e com a centralidade dos direitos fundamentais e; tem como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito**

diante da polissemia semântica dos termos constitucionais, para resolução de casos difíceis (*hard cases*)¹²⁶, ser possível ao intérprete extrair o princípio que lhe aprouver.

Para demonstrar o incontrolável uso criativo de princípios e que reverbera o ativismo judicial nos tribunais, a maioria deles com pretensão retórico-corretiva, Streck apresenta uma lista exemplificativa, extraíndo os já consolidados no senso comum:

[...] princípio da simetria [...]; princípio da precaução [...]; princípio da não surpresa [...]; princípio da afetividade [...]; princípio do fato consumado [...]; princípio da cooperação processual [...]; princípio da confiança do juiz na causa [...]; princípio da humanidade [...]; princípio da situação excepcional consolidada [...]; princípio da felicidade [...]. Estamos, assim, diante de considerável número de standards interpretativos, que mais se parecem com *topoi* ou axiomas com pretensões dedutivistas¹²⁷.

Adverte Streck o uso descriterioso da teoria alexyana pelos tribunais brasileiros, transformar a regra da ponderação em um princípio, dando azo ao pan-principiologismo, considerado como uma das razões de aumento da fragmentação do direito.

Como crítica subjacente à leitura extensiva e irradiante dos direitos fundamentais, numa proposição extremada que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, Sarmiento denomina de panconstitucionalização, o que pode se revestir de um viés antidemocrático pela negação da autonomia política de realizar suas escolhas¹²⁸.

Neves chama atenção para os efeitos devastadores que decisionismos principiológico, do ponto de vista da jurisdição constitucional, possam causar para a relação recíproca de autonomia e condicionamento entre direito e política no Estado Constitucional.

A simplificação da ordem constitucional, no sentido de retrotraí-la a um princípio último, amplamente aberto, tende a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa, na qual a dignidade humana sofre leituras e compreensões diversa¹²⁹.

Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹²⁶Teixeira define *hard cases* (casos difíceis) como aquelas situações que se diferenciam das decisões de rotina, por permitir uma escolha discricionária dentre várias possibilidades (TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 75).

¹²⁷STRECK, Luiz Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; SRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Moraes da Rosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64-67.

¹²⁸SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um constitucionalismo inclusivo:** história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233-272.

¹²⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 194.

Ressalte-se, por oportuno, em tempos de elevados efeitos midiáticos ao atribuir-se feitos heroicos à atividade jurisdicional, personificando no juiz a salvação para problemas sociais e morais, há uma preocupação doutrinária para revalorização da legalidade.

Nessa senda Campilongo traz a seguinte manifestação:

A crítica jurídica talvez tenha pecado não tanto por assumir uma grande abertura para com as demandas provenientes da sociedade civil (neste caso, sempre filtradas e interpretadas por a partir dos grandes princípios constitucionais), mas sim por colocar-se menos como uma resposta à crise de legalidade e mais como uma alternativa aos limites de legalidade. Num momento de constitucionalização democrática, revalorizar a legalidade assume importância vital¹³⁰.

O ativismo revelado pelo panprincipiologismo, ancorado na manipulação conteudista da Constituição para encobrir valores individuais¹³¹ com argumentos de justiça ou boa política, essa adaptabilidade atribuída ao texto constitucional por um grupo de juízes teria como efeito colateral negativo a asfixia do parlamento eleito¹³².

O risco político de que valores democráticos sejam escolhidos por um grupo de juízes não eleitos, retira do cidadão o direito fundamental de participar da resolução final de importantes questões sobre direito, especialmente pela definitividade que uma decisão judicial representa.

2.4.1.2 Discrecionabilidade do julgador

Como ilustrado, o ativismo judicial tem como premissa a “atitude” do julgador.

Entretanto, não se trata de uma atividade completamente livre no julgamento do caso concreto. Contudo, outra crítica subjacente à atividade judicial decorrente da judicialização das relações sociais, relaciona-se ao exercício do poder discricionário.

Para Barroso, a evolutiva complexidade das relações sociais forja a incapacidade das leis e da Constituição de regular previamente as múltiplas situações, resultando no aumento da

¹³⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

¹³¹LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 132.

¹³² *Ibidem*. p. 132.

discricionariedade dos juízes e tribunais, tornando-os, em ampla medida, coparticipantes do processo de criação do direito¹³³.

Por outro lado, os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e podem ser tirânicos¹³⁴, portanto, do ponto de vista da coerência e da integridade, os precedentes devem ser seguidos como forma de autocontenção da discricionariedade judicial, especialmente, nos casos difíceis.

Revelando a discricionariedade como uma forma de agir, para qual não há uma rigidez limitativa, podendo incorrer em arbitrariedades na medida em que o julgador decida conforme sua consciência, Streck traz a seguinte crítica:

Como os tribunais não estão acostumados a julgar por princípios e, sim, por política(s), acaba predominando um “jogo interpretativo ad hoc”, que pode ser assim resumido: quando lhes interessa, vale a palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc.; e quando não lhes interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas [...] Aí então buscamos a vontade da norma, a vontade do legislador, a ponderação de valores, enfim, os mais diversos álibis teóricos que visam confortar a decisão¹³⁵.

O controle da discricionariedade judicial está na pauta doutrinária, obviamente não só Lenio Luiz Streck tem essa preocupação.

Além da judicialização excessiva de conflitos, da centralização da interpretação constitucional no STF como detentor da última palavra, pode-se acrescentar um novo ingrediente no cenário: o decisionismo, conforme pondera Leite.¹³⁶

Se um mesmo critério pode sustentar decisões opostas, e se até a combinação de métodos hermenêuticos podem levar a caminhos diferentes, amplifica-se em demasia o espaço para desafiar uma decisão.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 10.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 449.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1, p. 2-20, abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>. Acesso em: 24 fev. 2019.

¹³⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 206.

2.4.1.3 As competências constitucionais dos poderes e a democracia procedimental

A complexidade relacional entre os poderes é de fácil constatação no cenário constitucional contemporâneo, de modo que a crítica aos limites da atuação judicial é a tese principal opositiva ao ativismo judicial. Seus contornos principais se referem ao enfraquecimento da democracia deliberativa bem como a modificação da escolha de milhares de eleitores por um grupo de juízes não eleitos.

Nesse aspecto, a crítica subjaz à defesa dos valores democráticos e procedimentais, como o meio constitucionalmente mais adequado para equilibrar o pêndulo dos dissensos acerca da substância e alcance das promessas constitucionais numa sociedade pluralista.

A grande inquietude se relaciona ao *locus* discursivo e a força expansiva do Judiciário atuante no Legislativo e Executivo, partindo de uma perspectiva de divisão dos poderes.

A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontrados normas e concepções de valores sociais, é alcançada através da centralização da “consciência” social na Justiça¹³⁷.

Do ponto de vista procedimental um dos críticos da oposição a *judicial review* é James Waldron. Ele defende um controle fraco de constitucionalidade, cujas objeções estão baseadas nas seguintes pressuposições: a) funcionamento razoável das instituições democráticas, dentre elas um legislativo eleito democraticamente e instituições judiciais com condições para resolver ações individuais e defender o Estado de Direito; b) comprometimento da maioria da sociedade e de suas autoridades com os direitos individuais e de grupos minoritários; c) discordância substancial e de boa fé entre os membros da sociedade quanto aos direitos¹³⁸.

As argumentações de Waldron para defesa do controle fraco de constitucionalidade partem da seguinte afirmação:

Um argumento, que eu respeito, a favor de um tipo de controle de constitucionalidade apresenta-se da seguinte maneira: nem sempre pode ser fácil para os legisladores ver quais questões de direitos estão embutidas na proposta legislativa apresentada para avaliação; nem sempre pode ser fácil para eles vislumbrar quais questões de direitos podem surgir a partir de sua aplicação subsequente. Assim, é útil ter um mecanismo que permita aos cidadãos chamar a atenção de todos para essa questão à medida que surgem. Mas esse é um argumento a favor somente do controle de constitucionalidade

¹³⁷MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

¹³⁸WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição a Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 106.

fraco, não de sua forma forte, na qual a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida da maneira como um tribunal julgar apropriada¹³⁹.

Para suprir a mora legislativa, o STF no julgamento de ações constitucionais tem assumido posição ativista e concretista em substituição do legislador, assim o fez na regulamentação de lei de greve dos servidores públicos.

O Professor Bruno Galindo, em comentário sobre a ADO 26 e do MI 4733, traz importante reflexão acerca do pedido de reconhecimento da criminalização da homofobia pela atuação proativa da jurisdição constitucional brasileira.

A inércia do parlamento em legislar sobre temas quando a Lei Maior o obriga a isso precisa, portanto, sofrer algum tipo de reprimenda, mas ao mesmo tempo faz-se necessário o respeito à autonomia do poder eleito diretamente pela população em relação à sua atividade legiferante. Afinal, o sistema de freios e contrapesos (separação de poderes) exige isso e não confere ao executivo ou ao judiciário, em princípio, competência para legislar, mesmo em relação às omissões legislativas. A exceção se dá quando a própria constituição impõe tal dever ao poder legislativo e para isso, tanto em Portugal como no Brasil, foram instituídas ações abstratas de controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais¹⁴⁰.

Há uma comum preocupação doutrinária em se estabelecer diálogos institucionais, para que se evite um ativismo sem freios e contrapesos, uma “juristocracia” e/ou “supremocracia” ou um “leviatã de toga”, e que as zonas de competência dos demais poderes não sejam demarcadas pela jurisdição constitucional a partir dos limites que ela própria impuser à sua competência.

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais¹⁴¹.

Por essa razão, a crítica não é subjacente ao conteúdo da decisão, contudo, toma-se base nas capacidades institucionais e nos efeitos sistêmicos ocasionais, nesses espectros, o ativismo se revelaria prejudicial à harmonia entre os poderes, na medida em que o judiciário passaria de observador à gerenciador público, tomando proveito do descrédito ao afetar as instituições políticas clássicas.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 117.

¹⁴⁰ GALINDO, Bruno. **Criminalização da homofobia, omissões inconstitucionais e diálogos institucionais**. Justificando, fev. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/25/criminalizacao-da-homofobia-omissoes-inconstitucionais-e-dialogos-institucionais/>. Acesso: 27 fev. 2019.

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. v. 51, p. 159-179, 2014.

2.4.2 Aspectos positivos do ativismo judicial

Tradicionalmente é relacionado à concretização de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional que, por meio das ações judiciais individuais ou coletivas, garante uma cidadania jurídica a uma camada subintegrada da população no compartilhamento de direitos em que a Constituição garante a todos os cidadãos.

A judicialização de demandas e eventuais práticas ativistas na concretização de direitos e liberdades, especialmente de grupos vulneráveis da sociedade ou quando existem graves omissões estatais, podem atuar como uma ferramenta significativa que reforça a noção de uma ordem constitucional formada por direitos que devem ser compartilhados por todos os cidadãos¹⁴².

Com o status de garantidor de direitos fundamentais, cada vez mais os cidadãos reclamam abrigo ao Judiciário, especialmente quando a celeuma envolver direitos à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Assim, a judicialização da política, nesse sentido, encontra respaldo no próprio processo democrático.

Apesar das acirradas críticas, Lenio Streck entende nos casos de judicialização em que a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, quando concretiza direitos fundamentais ou resguarda as regras democráticas, a decisão não pode ser epitetada de ativista.

Outro aspecto positivo do ativismo contramajoritário da jurisdição constitucional está relacionado a invalidação de atos legislativos colidentes com valores e direitos fundamentais, quando a vontade da maioria viola o direito constitucional de uma minoria, cabe ao judiciário defender esses valores fundamentais e, por conseguinte, defender essa minoria, não ensejando essa postura afronta à divisão dos Poderes.

Afinal, a essência da democracia constitucional exige que o Tribunal atue na proteção da esfera do indecível, apoiado pela teoria do garantismo constitucional que suplanta a falácia da democracia formal.

Nesse aspecto, Barroso afirma que quando não estiver em jogo direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador e ainda ser deferente com a razoável discricionariedade do administrador¹⁴³.

¹⁴²LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 210.

¹⁴³BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54.

2.5 A exigência democrática do diálogo na decisão judicial

O sistema democrático repudia o governo dos homens, independentemente da instância que represente. Concepções juriscêntricas da hermenêutica constitucional também são rejeitadas. O governo dos juízes não encontra amparo na democracia constitucional, para firmar essas concepções se inicia um movimento de democratização da decisão judicial, atraindo a discussão de questões constitucionais para um fórum ampliativo além dos bancos do STF.

Para um cenário de controle, é pensado no fortalecimento do debate dialógico entre os poderes institucionais e os representantes dos segmentos sociais, de maneira a se construir interpretações contributivas a partir das diversas capacidades técnicas e funcionais, com fito de realizar um diálogo recíproco dos saberes constitucionais objetivando o aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem que nenhuma delas seja intitulada como única intérprete da norma constitucional e detentora do poder supremo à exigir subordinação absoluta.

Nesse sentido uma nova teoria se apresenta como solução conversacional:

A virada para uma teoria dos diálogos tem sido apontada como um caminho equilibrado que, sem desconsiderar a relevância da jurisdição constitucional, não lhe outorga um papel diferenciado e superior na concretização da Constituição, bem como permite resgatar a importância das instituições representativas, promovendo, ao final, uma reconciliação entre democracia e constitucionalismo¹⁴⁴.

A teoria discursiva do direito condiciona que todos os interessados participem de seu processo construtivo, a autodeterminação legítima não só a criação, mas, também, a interpretação da norma.

Em sua contribuição na defesa da teoria discursiva do direito e da democracia como procedimento dialógico, Continentino traz a seguinte afirmação:

Analisada nos termos de uma teoria discursiva, a Democracia não renuncia a essa dimensão dialógica da política deliberativa, que se erige sobre pressupostos comunicativos, isto é, sob a condição de efetiva participação da sociedade na política. A jurisdição constitucional, por sua vez, como parte integrante do projeto de criação legítima das leis, deve estar voltada a assegurar as condições comunicativas, ou seja, o normal desenvolvimento da atividade legislativa, propiciando ao indivíduo participar ativamente e democraticamente da vida política do país, consolidando-se assim uma cultura política acostumada à liberdade.¹⁴⁵

¹⁴⁴LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 215.

¹⁴⁵CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica a prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 22.

Para máxima de detentor da última palavra como consequente interpretação de “guardião”, interessante ponderação faz Ingeborg Maus: O Tribunal submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais¹⁴⁶.

Se por um lado algumas de suas proposições se inserem numa cultura jurídica que reconhece o valor das constituições nas democracias atuais, por outro, podem conduzir a graves distorções na dogmática constitucional e nas práticas decisórias¹⁴⁷.

Por efeito o sistema dialógico é contraposto com a apropriação judicial da “última palavra” na interpretação da norma constitucional, aquele, tem por incumbência soltar os grilhões e abrir a porta democrática para o diálogo entre o Poder Judicial, os poderes políticos e os diversos atores sociais, em torno de temas que mereçam a máxima atenção pública.

Ao defender o valor de um sistema constitucional baseado no diálogo democrático contrastante com base na ideia dos freios e contrapesos, Roberto Gargarella¹⁴⁸ chama atenção para o lugar de voz de quem discute a dificuldade do diálogo democrático se um dos participantes se situa em posição desigual, em que uma parte expõe os reclamos e a outra decide. De todo modo, vozes de minorias são escutadas, promovendo um papel mais protagônico para os órgãos políticos, por meio de mecanismos dialógicos instituídos pelo novo constitucionalismo.

Dessas experiências surge um novo modelo relacional entre os Poderes, particularmente nas formas de intervenção judicial na proteção de direitos, tomando como premissa a preocupação da legitimidade democrática no processo de tomada de decisões.

Nessa esteira se intui o caráter *sui generis* de uma prática comunicativa da decisão judicial ocorrer a partir da aplicação de técnicas das chamadas teorias dialógicas, conhecidas como teoria do equilíbrio por não privilegiar a jurisdição ao atribuir-lhe um papel de indutor, agente catalisador e facilitador do debate constitucional, não somente possibilitando a abertura

¹⁴⁶MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

¹⁴⁷ LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O pensamento jurídico brasileiro e a reconstrução da dogmática constitucional pós-1988: o neoconstitucionalismo e a armadilha do protagonismo judicial. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK Lenio Luiz (Coord.). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte; Fórum, 2017. p. 58.

¹⁴⁸GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. 2014. Disponível: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella>. pdf. Acesso: 08 ago. 2018.

da arena a diferentes atores como também ao atuar como órgão mediador para solução das complexidades sociais.

Apresentam-se dois eixos como elementos integradores do constitucionalismo democrático: a responsividade ao legitimar a construção coletiva do texto e lhe garante autoridade representando o querer coletivo das identidades constitucionais e; como segundo eixo, a incorporação do dissenso e da divergência interpretativa¹⁴⁹.

A partir de uma atuação dialógica, a oscilação do primado da última palavra e a incorporação de outros agentes na agenda constitucional, é propositiva para pluralizar o debate público e, conseqüentemente, construir uma decisão mais democrática, em contraposição à tese da supremacia da última palavra.

Há, portanto, uma inversão no *iter* de (re)atualização de sentido da Carta Base, o que não se inicia no Judiciário para incidir sobre a coletividade, mas sim na sociedade para ser traduzida em *law* pelo Tribunal; em um processo que há de ser dialógico e contínuo, deflagrado de novo e novamente, a cada mudança no *nomos* que se venha a identificar¹⁵⁰.

Buscando uma acepção mais democrática da decisão judicial é introduzido no ordenamento nacional o instituto do *amicus curiae* e das audiências públicas pela Lei nº 9.868/99, abrindo possibilidade para o Relator do processo permitir ao amigo da corte participar do debate ou convocar a audiência pública quando entender relevante.

Sublinhar informações e/ou potenciais efeitos práticos de determinadas alternativas decisórias para o Colegiado é atividade que incrementa o potencial persuasivo dos argumentos¹⁵¹.

Em pesquisa realizada que efetuou o monitoramento das vinte audiências públicas realizadas até março de 2016, Maia e Gouvêa concluem que:

As temáticas que deflagram o procedimento revelam-se igualmente diversificadas, compreendendo na análise crítica tanto a atividade regulatória *lato sensu*, quanto a adequação de políticas públicas. Significa dizer que a contestação, apontada por Post e Siegel como elemento deflagrador do processo de atualização de sentido constitucional, tem incidido tanto sobre a atividade legislativa, quanto em relação à função executiva. [...] Isso, numa perspectiva da *judicial review* afinada com o constitucionalismo democrático

¹⁴⁹VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo democrático: sobre como reside no poder a aptidão para limitar a si mesmo. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (Coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF**: construindo um constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p. 60.

¹⁵⁰ *Ibidem*. p.62.

¹⁵¹MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática? In: VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (Coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF**: construindo um constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p. 78.

é particularmente expressivo, eis que oportuniza o contato dos julgadores com o ambiente de alto grau de dissenso no que se refere à matéria em discussão¹⁵².

Nos últimos tempos a multiplicação de decisões pelo STF em matérias sensíveis como já mencionada nesse trabalho, desde as atinentes a repercussões jurídicas da vida biológica e social à vida política, tem se revestido de maior visibilidade, rendendo-lhe não somente críticas enquanto instituição (inclusive por seus membros) assim como censura social ao conteúdo de determinadas decisões e reações das instancias políticas do poder.

A essas recepções negativas institucionais e públicas, como resultado do efeito autoritário que se reveste na decisão judicial tem se atribuído de efeito *Backlash* o que para Valle, no Brasil é previsível que o *Backlash* se manifeste inicialmente pela atuação da sociedade, seja nas ruas, seja por suas estruturas de organização coletiva ou mesmo de representação¹⁵³.

Pode-se afirmar que o *Backlash* foi evidenciado tanto nas decisões sobre aborto e união homoafetiva, como na virada pelo STF do entendimento da prisão em segundo grau, tais decisões levaram a Corte ao julgamento político-social-institucional numa textura endógena e exógena, circunstâncias que podem expor suas fragilidades institucionais.

O diálogo institucional chamando à contribuição da sociedade e das instituições públicas para construir o sentido normativo da Constituição apresenta-se com a intenção de minimizar esse efeito, traduzindo uma visão compartimentada da tarefa de elucidação do sentido constitucional que não mais se compatibiliza com a visão atualizada da *judicial review*¹⁵⁴.

¹⁵²*Ibidem*. p. 83.

¹⁵³VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. **II Seminário Internacional de Teoria das Instituições**. 2013. Disponível: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso: 15 out 2018.

¹⁵⁴*Ibidem*.p.4.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PROTAGONISMO DO DEBATE SOBRE A DESCRI-MINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

3.1 A discussão sobre o aborto no Brasil

A falta de consenso sobre o tratamento jurídico que deve ser dado ao aborto não é uma questão nacional, o tema desperta polêmicas acaloradas ao situar em campos opostos ora grupos defensores do direito à livre escolha da mulher, ora grupos defensores do direito à vida do nascituro.

As profundas divergências do tema não se pautam apenas em argumentos jurídicos, morais e sociais, mas também em crenças religiosas.

No Brasil, o Código Penal editado em 1940 criminaliza o aborto nas condutas tipificadas nos arts. 124 a 128. O processo revisional dessa norma penal não anda a passos largos no Parlamento brasileiro, pois o debate norteador subjaz à defesa da vida do feto em contraponto com a autonomia e com a liberdade da mulher.

A matéria tornou-se destaque na política nacional. Políticos conservadores ligados a organizações religiosas fizeram do discurso pró-vida tema central da política na formatação de uma “agenda moral”; por outro lado, grupos feministas priorizam a petição da descriminalização do aborto, vinculando-a à autonomia das mulheres.

A defesa de uma “agenda moral” aumentou a disputa por espaço, reconhecimento e legitimidade na esfera pública de diversas instituições religiosas, ao ter como peculiaridade da frente política religiosa o sentido de unir vertentes díspares para proposição, discussão ou veto de temas com elevada carga moral como o aborto.

É constatado um descompasso entre a eficácia social da norma que criminaliza o aborto e a prática efetiva das mulheres, ao ter como premissa o distanciamento entre a norma restritiva e a realidade social. Estima-se que em termos aproximados, aos 40 anos, uma em cada cinco das mulheres brasileiras fez um aborto. No ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos¹⁵⁵.

Em face da comprovação estatística do elevado número de abortos revelado através da Pesquisa Nacional de aborto de 2016, não se vislumbra ser apenas um problema teórico, mas um problema social e de saúde pública.

¹⁵⁵DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 22, p. 653-660. Fev. 2017.

A depender da linha trilhada entre receptor e emissor da fala, a palavra aborto pode provocar embates discursivos por levar ao ápice valores que se reputam fundamentais, isto é, vida e liberdade. Seja qual for a trilha escolhida para o sopesamento, um dos valores envolvidos se ampliará em relação ao outro.

A condução de pautas dotadas de alta controvérsia política como o aborto, exige maturidade democrática como relevante elemento para seu direcionamento, pois são questões dotadas de alta sensibilidade político-constitucional. No Brasil, o governo instaurado nas últimas eleições presidenciais pautou-se em crescente recurso ao conservadorismo, apoiado por grupos religiosos ao mostrar-se contrário à agenda feminista.

Em que pese o argumento religioso (sacralização da vida) ser fortemente usado pelo grupo pró-vida, a Pesquisa Nacional de Aborto de 2016 demonstrou que as crenças religiosas não impedem sua prática, mas que a criminalização obstaculiza a plenitude da cidadania, pondo em risco a vida de uma minoria.

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município¹⁵⁶.

No parlamento nacional, não são poucos os discursos em defesa da vida, da família tradicional e dos valores cristãos, se mostrando de forma evidente, contrários ao aborto e ao reconhecimento de direitos dos homossexuais. Esse processo discriminatório se tornou mais acentuado com a crise política instaurada no país desde as eleições presidenciais de 2014, o que reflete no atual cenário político.

Projetos de lei apresentando proposta de ampliação dos casos de aborto legal ou mesmo propondo descriminalização não encontram apoio necessário para sua apreciação.

No Legislativo, os projetos que ampliam os casos de aborto legal ou descriminalizam de vez a prática têm sido arquivados ou barrados em comissões legislativas. Em fevereiro de 2015, no início da nova legislatura, havia cinco Projetos de Lei sobre o aborto tramitando na Câmara dos Deputados. Apenas um deles, o PL 20/1991, do deputado Eduardo Jorge (PT-SP), é favorável à ampliação do direito ao aborto. Desde 1997 sua tramitação está empacada, esperando uma decisão da Mesa Diretora. Entre os projetos

¹⁵⁶DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 22, p. 653-660. Fev. 2017.

contrários ao direito ao aborto estão o PL 4703/1998, que define o aborto como crime hediondo, e o PL 478/2007, que ganhou o nome de ‘Estatuto do Nascituro’ e que propõe que o ‘nascituro’, definido como ‘ser humano concebido, mas ainda não nascido’ (artigo 2º), tenha proteção jurídica, uma vez que ‘sua natureza humana é reconhecida desde a concepção’. O projeto determina (em seu artigo 3º, parágrafo único) que ‘o nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade’ e inclui não apenas a penalização da mulher que aborta e de quem realiza ou a auxilia na realização do aborto, mas também de quem faz ‘apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática’. Em março de 2015, foi apresentado o PL nº 882/2015, do deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ), descriminalizando o aborto, hoje pensado a outro projeto, que trata de oferecimento de métodos contraceptivos na rede pública de saúde e reduz as penas para esterilizações realizadas sem consentimento dos pacientes¹⁵⁷.

Tramita no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 5581 - requerida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) que tem como um dos pedidos a declaração de inconstitucionalidade do enquadramento como crime de aborto a interrupção da gravidez da mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika, assim, estabelecer outra atipicidade ao crime de aborto previsto no art. 124 do Código Penal.

Em reação à possibilidade presente na ADI nº 5581 do Tribunal Constitucional declarar a licitude do abortamento de feto acometido por microcefalia em decorrência do zika vírus, a frente parlamentar em defesa da vida e da família, coordenada pelo Deputado Diego Garcia, em cerimônia de relançamento ocorrida em 27/03/2019 declarou que tem como tema prioritário impedir a legalização do aborto, ao afirmar que:

Um dos temas prioritários da frente, segundo o coordenador, é barrar a possibilidade de legalização do aborto quando a mãe sabe, antecipadamente, que o filho tem microcefalia, em consequência da infecção pelo zika vírus. [...]. Durante a cerimônia de relançamento da frente parlamentar, Diego Garcia anunciou que está protocolando um projeto, que já tem a assinatura de outros 20 deputados, para vetar esta possibilidade de legalizar o aborto de bebês com microcefalia. Ele citou outros temas prioritários para o grupo, como a aprovação da chamada PEC da Vida (29/15), que garante o direito à vida desde a concepção e que se encontra no Senado; do Estatuto do Nascituro (PL 478/07), que fala do direito dos fetos e, do Estatuto da Família (PL 6583/13), que define, entre outras coisas, que a família é formada pela união do homem e da mulher¹⁵⁸.

¹⁵⁷MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**. Campinas, v. 23, n. 1, p. 230-260, Abr. 2017. p. 234 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000100230&lng=en&nrm=iso. Acesso: 14 abr. 2019.

¹⁵⁸BRASIL. Câmara dos Deputados. **Frente quer barrar projeto que permite aborto em caso de microcefalia**. Mar. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/574146-frente-quer-barrar-projeto-que-permite-aborto-em-caso-de-microcefalia.html>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Apesar da relevância que a organização parlamentar evangélica tem no parlamento, a liderança do movimento como ofensiva à legalização do aborto é centrada na Igreja Católica.

Vista a questão do aborto como uma temática politicamente delicada, sua defesa passou a ocupar um debate secundário e unilateral na arena parlamentar. Apesar da laicidade estabelecida na Constituição, prevalências religiosas dominam o debate institucional de delicadas questões da vida social.

Por outro lado, o movimento feminista e seus aliados mantiveram o direito ao aborto na sua agenda, sem que necessariamente essa temática ganhasse prioridade na sua atuação junto ao Estado. No ambiente político recente, com as relações de força no período do Partido dos Trabalhadores à frente do governo federal, pode-se levantar a hipótese de que houve estímulo para que fossem priorizadas temáticas como o combate à violência contra a mulher, a ampliação da atenção à saúde feminina ou a busca de reserva de vagas em espaços sociais privilegiados (cotas)¹⁵⁹.

No atual ambiente político a pauta do aborto no parlamento nacional aparenta um retrocesso discursivo na defesa sobre os direitos das mulheres, com crescente ativismo de grupos contrários à descriminalização, talvez, em igual proporção à luta feminista pelos direitos das mulheres.

A análise dos discursos mostra isso claramente. Os picos das discussões nos anos 1990 remetem a tentativas de avanço na legislação e são, ainda, marcados por manifestações mais numerosas e mais abertas em defesa dos direitos das mulheres. Já nos anos 2000, esses picos expõem a ação mais articulada de parlamentares ligados a diferentes denominações religiosas e o recuo nas posições favoráveis ao direito ao aborto. Elas se expressam com frequência menor e praticamente silenciam sobre a relação entre aborto, autonomia e cidadania das mulheres. Nos anos 2000, a autonomia das mulheres seria evocada sobretudo como contra-argumento nos discursos contrários ao direito ao aborto. No mesmo contexto em que se tornou possível uma ação não apenas conservadora, mas francamente retrógrada na Câmara dos Deputados, ampliaram-se os constrangimentos para a expressão da defesa dos direitos das mulheres no âmbito reprodutivo, especialmente por meio de uma terminologia que evidenciasse que a criminalização do aborto restringe sua cidadania¹⁶⁰.

Pode-se afirmar o debate político institucional seguir uma vertente conservadora em recuo a posições favoráveis à legalização e, nesse ambiente político, ter-se como principal preocupação impedir retrocessos à legislação penalizante.

¹⁵⁹MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**. Campinas, v. 23, n. 1, p. 230-260, Abr. 2017. p. 254. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000100230&lng=en&nrm=iso. Acesso: 14 abr. 2019.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p. 255.

Essa reação política do parlamento pode ser lida como reprimenda às decisões do STF sobre o aborto, por resultar no efeito backlash do ativismo judicial como resposta contra a pretensão do poder jurídico de controlar o poder político.

A lógica desse efeito é resumida por George Marmelstein da seguinte forma:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.¹⁶¹

Desta forma, algumas decisões, muitas vezes por sua natureza política, desagradam setores da sociedade. Essa repercussão negativa decorrente da judicialização de questões ético-políticas ocorreu na questão do aborto como no reconhecimento da união homoafetiva.

Numa textura de aparente retrocesso constitucional, o Brasil teve seu índice democrático fixado em 50º lugar no *ranking* global e em 9º lugar na América Latina¹⁶², classificado como “democracia falha” e, nesse contexto, o Tribunal Constitucional tem o relevante papel de proteger minorias.

3.2 A chancela judicial para interrupção da gravidez do feto anencéfalo

Em 17 de junho de 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formalizou, junto ao STF, arguição de descumprimento de preceito fundamental -

¹⁶¹LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisducao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso: 22 mai. 2019.

¹⁶²NOTÍCIAS UOL. **Ranking da “economista” vê Brasil como democracia imperfeita**. Publ. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2019/01/09/ranking-da-economist-ve-brasil-como-democracia-imperfeita.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ADPF n° 54¹⁶³, com o objetivo de declarar inconstitucional a interpretação que considera antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico crime de aborto, tipificados nos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal Brasileiro.

Um dos argumentos utilizados para leitura constitucional da lei repressora sustentava que interpretar o arcabouço normativo, com base em visão positivista pura, levaria a possibilidade dos profissionais de saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento do Código Penal. Ponderou ainda que, em 65% dos casos de gravidez do feto acometido pela anencefalia, leva-o ou à morte intrauterina ou à sobrevida de algumas horas após o parto.

O julgamento da ADPF n° 54 ocorreu em 12 de abril de 2014, entendida pela comunidade jurídica e política como um dos julgamentos mais emblemáticos enfrentados pelo STF nas últimas décadas, em face da sensibilidade moral do mérito da ação. O Plenário, por maioria de oito votos, julgou o pedido procedente declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo seria conduta tipificada como crime de aborto. Com essa interpretação, prevaleceu o voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski.

Pode-se afirmar o processo decisório dessa ADPF produzir efeitos concretos no âmbito social, político e jurídico.

O julgamento acalorou o debate público sobre aspectos relevantes da interpretação constitucional em torno ora da descriminalização do aborto ora do conceito de vida humana para ordem jurídica interna.

Na Constituição brasileira de 1988, o direito à vida vem expresso no caput do art. 5° na condição de direito inviolável, excetuada à exceção constitucional, guardando simetria com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Essa proteção constitucional traduzida por duplas dimensões, em ambos os contextos busca-se preservar a dignidade humana que, para Sarlet, por mais forte que seja a conexão, dignidade e vida não se confundem, portanto, valores que não podem ser hierarquizados em abstrato¹⁶⁴.

¹⁶³ A ação de descumprimento de preceito fundamental- ADPF foi introduzida na Constituição brasileira com a Emenda Constitucional n° 03/93, vindo a ser regulamentada pela Lei n° 9.882/99, tendo por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADO), a ADPF formam a tríade de ações constitucionais abstratas.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito a vida: comentários à decisão na ADPF 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos a anencefalia fetal. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v. 1, n. 2, jul./dez. 2014. p. 189.

No caráter universalizante não há discordância sobre a titularidade e a proteção da vida, mas, não há consenso de quando se inicia e se termina a vida humana. É no aspecto da proteção jurídico-constitucional sobre o início e sobre o fim da vida humana que subjaz à discussão acerca da constitucionalidade do aborto.

No julgamento da ADPF n° 54 foram estabelecidas duas controvérsias: a proteção constitucional à vida abarca um direito subjetivo ou objetivo e, qual o marco inicial da proteção jurídica da vida.

O debate teórico envolvido no julgamento tensionava em saber se o STF estaria interpretando a Constituição ou se estaria criando um direito novo, uma nova hipótese de isenção de punibilidade ao invadir a competência do legislador.

Conforme é ressaltado por Sarlet, a questão maior sobre quando se inicia a proteção jurídica do direito à vida não foi enfrentada no julgamento da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Com efeito, na decisão do STF sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, novamente o problema da titularidade do direito à vida não foi objeto de maior referência e desenvolvimento, especialmente nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria que considerou constitucionalmente legítima a opção pela interrupção da gravidez em tais circunstâncias. Com efeito, o que se percebe, aqui em apertada síntese, é que os votos dos Ministros acabaram sendo focados, em grande parte, na afirmação da inviabilidade da vida após o nascimento do feto anencéfalo e na priorização da dignidade (e autonomia decisória) da mulher e dos pais em levar adiante a gravidez desde logo condenada a gerar uma vida ‘inviável’, sem enfrentar a problemática propriamente dita de uma titularidade de direitos fundamentais antes do nascimento com vida¹⁶⁵.

Com esse julgamento firma-se o entendimento de que a proteção do nascituro se dar no plano objetivo e que, para autorizar a interrupção da gravidez do feto anencefálico, o Tribunal se utilizou de um argumento utilitarista ao dispensar uma criteriosa justificação constitucional.

Com isso, à evidência, não se está a afirmar que a decisão final do STF teria de ser outra, caso devidamente observada tal circunstância, mas que a imagem da morte cerebral e de uma ‘não-vida’ possivelmente simplifica a argumentação e reduz o encargo de justificar por outros fundamentos a interrupção da gravidez. Além disso, onde não há vida não se há de falar em direito à vida e dispensável mesmo uma cuidadosa ponderação¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 193.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 197.

Com essa argumentação, a decisão da ADPF n° 54 dividiu opiniões de cientistas e juristas, intensificando a discussão acerca dos limites da jurisdição constitucional. Por outro lado, ao buscar dar legitimidade a decisão, o STF ampliou o debate com a sociedade por meio do *amicus curiae*, no qual foram partícipes entidades representativas de grupos pró-vida e pró-escolha.

Ao ter como cerne valores religiosos na tese contrária ao aborto, tema já abordado pelo STF no julgamento da ADI n° 3.510 na qual declarou constitucional a possibilidade de pesquisas com células tronco embrionárias, na ADPF n° 54, acerca da laicidade do Estado e da liberdade religiosa como valores constitucionais, o relator fez a seguinte assentada:

Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução. A questão posta neste processo - inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo - não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia¹⁶⁷.

A polarização dos argumentos – ilegitimidade impositiva de doutrina moral ou religiosa; o resguardo da vida e saúde mental da gestante; o aborto eugênico baseado na deficiência –; tudo isso levou à conclusão pela Corte, de aparente conflito normativo, e ao fazer uma interpretação evolutiva do Código Penal, concluiu que as excludentes de ilicitude do crime de aborto se compatibilizarem com o aborto de feto anencéfalo.

Entre aceitações e perplexidades, há divisão doutrinária sobre o emblemático julgamento. Para uns, a Corte acertou na decisão, entretanto poderia ter estabelecido parâmetros de sopesamento dos direitos contrapostos (proteção da vida intrauterina x autonomia da mulher); para outros, a Corte se utilizou da abertura semântica dos princípios constitucionais para invadir o campo de atuação do legislador.

O julgamento da ADPF 54 representa um marco interpretativo, embora tímido, também no que concerne ao direito à vida do nascituro, pelo fortalecimento da ideia de que não se trata de um direito absoluto, concepção já antes introduzida na ADI 3510, referente à pesquisa com células tronco. É verdade que a Corte evitou adentrar na reflexão sobre os limites do direito à vida embrionária, já que, desde o início da apreciação da Arguição a

¹⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n 54**. p. 12. DJ Nr. 77 do dia 20/04/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 26 jan. 2018.

interrupção da gestação foi abordada com a concepção de “antecipação terapêutica do parto”, e não como aborto¹⁶⁸.

Há quem concorde estar na esteira da interpretação constitucional a legalização do aborto, delineado pelos princípios e valores constitucionais em combinação com normas internacionais protetivas dos direitos humanos, assim, não ser admissível negligenciar sobre a liberdade e autonomia da mulher na esfera constitucional.

Expressando concordância de como foi decidido o aborto em *Roe v. Wade* pela Suprema Corte norte-americana, Sarmiento entende o direito à privacidade no Brasil ser amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez¹⁶⁹.

Na compreensão de Bunchaft há coerência moral no julgamento da ADPF n° 54, satisfaz o ideal do direito como integridade desenvolvido pela teoria de Dworkin e, com base na independência ética há um direito fundamental de escolha de cada indivíduo¹⁷⁰. Nesse aspecto a ampliação da jurisdição constitucional se justifica para garantir a independência ética de gestantes de fetos anencéfalos.

Entende a autora que no julgamento da ADPF n° 54, a Corte seguiu a ideia dworkiniana de responsabilidade ao exercer a jurisdição para controlar o poder estatal e, também para realização do direito justo, baseado em um compromisso ético-jurídico de extrair dos princípios constitucionais os fundamentos do juízo decisório.

Por efeito, têm-se o direito de não ser negada qualquer liberdade quando a justificativa do governo repousa na popularidade ou em uma suposta superioridade de alguma concepção sobre a melhor maneira de viver¹⁷¹.

No voto dissidente, o Ministro Ricardo Lewandowski expressou que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos, em tese, teria o condão de tornar lícita a interrupção de gestação de qualquer embrião o qual ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina.

¹⁶⁸PIRES, Teresinha Inês Teles. Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54: dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, p. 577-598, jul./dez. 2013. p. 581.

¹⁶⁹SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁷⁰BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155>. Acesso em: 2 maio 2019.

¹⁷¹BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155>. Acesso em: 2 maio 2019.

3.3 Tomando de empréstimo o poder e a responsabilidade institucional na descriminalização do aborto

A decisão do Supremo Tribunal Federal lançada no HC n° 124.306/RJ convida a uma reflexão sobre a trajetória evolutiva do direito, a evolução substantiva da lei a partir de procedimentos sem a participação do legislador e a imparcialidade do tribunal sobre a questão do aborto.¹⁷²

O *Habeas Corpus* n° 124.306 foi impetrado no STF por pacientes que tiveram sua prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois mantinham clínica clandestina de aborto e foram presos em flagrante em 14/03/2013 pela prática dos crimes tipificados nos artigos 126 e 288 do Código Penal ao provocar aborto com o consentimento da gestante. O Ministro Marco Aurélio, relator do *habeas corpus*, em 08/12/2014 deferiu a medida cautelar pleiteada em benefício de dois acusados, em 27/06/2015, estendeu os efeitos aos outros corréus no processo.

A procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da ordem.

Em seu voto-vista, o Ministro Roberto Barroso assentou a inadequação da via processual eleita e que, de acordo com a jurisprudência da Primeira Turma do STF, o processo deveria ser extinto sem resolução meritória, entretanto, em um exercício ponderativo, resolveu examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício em razão da excepcionalidade e delicadeza da matéria.

No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido - vida potencial do feto - é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.¹⁷³

Na justificação de seu voto, o Ministro faz alusão aos direitos fundamentais como produto da afirmação da humanidade e sua essencial característica de serem oponíveis às maiorias políticas, e ainda, o impacto que a criminalização causa às mulheres pobres.

Balizadas essas premissas, acentua legitimação para a atuação da jurisdição constitucional na proteção de diversos direitos fundamentais da mulher, dentre eles: a)

¹⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 124.306**. DJE n° 52, publicação 17/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso: 02 jun. 2018.

¹⁷³ *Ibidem*. p. 5.

autonomia, protegida pelo princípio da dignidade humana, outorga as mulheres o direito de fazer suas escolhas existenciais e morais sem interferência estatal; b) saúde em seu espectro amplo (física e psíquica), pois os corpos femininos é que sofrem as transformações e os riscos da gravidez, sendo abaladas psicologicamente pela assunção da obrigação que implicará o nascimento de uma criança; c) direitos sexuais e reprodutivos, o Estado não pode obrigar a mulher a manter uma gravidez indesejada; e d) igualdade de gênero - a repressão à escolha da mulher fere a igualdade de gênero e o respeito às diferenças.

Apesar de não se tratar de uma ação objetiva de controle de constitucionalidade e o pedido central não se referir a apreciação da constitucionalidade da tipificação penal do crime de aborto insertos nos artigos 124 a 126 do Código Penal, com base no princípio da proporcionalidade como linha argumentativa, resultou de forma lateral no reconhecimento da não recepção constitucional dos dispositivos do Código Penal que tratam do crime de aborto. Apesar de não irradiar os efeitos da ação constitucional objetiva, a decisão do HC 124.306/RJ trouxe o argumento da interpretação conforme a Constituição no sentido da descriminalização do aborto.

A decisão lançou bases a considerar que os direitos constitucionais das mulheres foram interpretados no contexto sociológico, pois não se nega que, mesmo havendo lei repressiva, a violação é evidente, uma parcela de mulheres por representarem uma minoria da minoria –mulheres pobres e negras– são desproporcionalmente oneradas pela proibição.

Esse embate trilhou o caminho de duas antecessoras decisões sobre a questão do aborto. Em 2008, na ADI nº 3.510, a questão foi lateralmente discutida no debate sobre o uso de embriões congelados na pesquisa com células-tronco. Em 2012, quando na ADPF nº 54, decidiu sobre a descriminalização do aborto em caso de anencefalia. No HC nº 124.306 se infere a manifestação singular do ministro Barroso, que foi muito além do pedido, tomando como se fosse um julgado semelhante aos outros¹⁷⁴.

No voto-vista, o Ministro Barroso faz alusão à decisão da ADPF nº 54, como prova da defasagem da norma penal sobre o aborto com os valores contemporâneos, aduzindo que a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita¹⁷⁵.

¹⁷⁴MATOS, Daniel Ortiz. **Sobre a (im)parcialidade do Supremo**: a questão do aborto. Consultor Jurídico, jul. 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/diario-classe-imparcialidade-supremo-questao-aborto>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹⁷⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 124.306. Rel. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 09/08/2016, Publicação em 17/03/2017. p. 13.

Finalmente, aponta o Ministro ser a criminalização do aborto ineficaz para a proteção à vida do feto, impactando apenas abortos seguros, aduzindo que a criminalização é incompatível com a Constituição por violar o princípio da proporcionalidade. Por óbvio, pode-se afirmar que essa decisão representa o papel iluminista da jurisdição constitucional defendido por Barroso, como agentes da história que acende luzes na escuridão¹⁷⁶.

Destacada como uma decisão ativista, também mostra a ausência de neutralidade e o utilitarismo decisório presente no HC 124.306. Não se nega a legalidade/ilegalidade do aborto se traduzir em questão de alto teor moral, sendo, portanto, implausível de acerto jurídico-decisório imune a críticas.

Numa assentada crítica a imparcialidade decisória, Matos ressalta que:

A presença do HC 124.306 entre os outros julgados - que fazem parte do controle abstrato de constitucionalidade e que por isso exigiram uma cognição absolutamente distinta - nos parece inadequada. Ademais, porque somente neste, indo muito além dos méritos do caso, há a manifestação mais radical de todas a respeito do aborto, presente no voto-vista de um único ministro e que, “aleatoriamente”, coincide com o pedido do Psol na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442¹⁷⁷.

O estranhamento a essa decisão decorre da falta de constrangimentos levada a termo pelos julgadores com a pretensa objetivação do processo subjetivo para tratar pautas políticas, adentrando no campo do legislador.

Há quem defenda que a decisão de interrupção de uma gravidez indesejada seja tratada como direito à liberdade de planejamento familiar, sem, contudo, defender que essa construção surja da atividade jurisdicional.

Contudo, não acreditamos que este tratamento deva ser decidido em sede jurisdicional, mas em sede de discursos de justificação normativa pelo Poder Legislativo, com apoio da Moral e da Política, sob pena de representar perigoso ativismo judicial que viola a separação dos poderes estatais e seu sistema originário de freios e contrapesos em um Estado de Direito¹⁷⁸.

¹⁷⁶O termo iluminista empregado por Barroso, como um dos papéis que jurisdição constitucional desempenha, se refere a “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”, reconhece que o caráter iluminista da decisão pode ser reconhecida pelos próprios contemporâneos que vivem o processo da tomada de decisão ou, caberá a história documentar que foi iluminismo ou um descompasso histórico. BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte. Fórum, 2018. p. 166, 170.

¹⁷⁷MATOS, Daniel Ortiz. **Sobre a (im)parcialidade do Supremo**: a questão do aborto. Consultor Jurídico, jul. 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/diario-classe-imparcialidade-supremo-questao-aborto>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹⁷⁸RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 10, p. 96-126, 2017. p. 100.

Por outro lado, também se defende a proporcionalidade, como metodologia para resolução de conflitos constitucionais, servir para resolver temas negligenciados como o aborto, mudando o perfil das decisões com testes de novos marcos jurídicos para justificar o julgamento.

Nessa premissa, o teste da proporcionalidade mediria a efetividade da criminalização do aborto como medida protetiva da vida do nascituro.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, é um exercício bruto de ponderação, que busca determinar se os benefícios associados à lei restritiva de um direito constitucional compensam os sacrifícios por ela gerados. Aplicado às normas sobre aborto, esse terceiro teste exige dos tribunais saber se, mesmo tendo sido considerada uma medida adequada para proteger a vida do nascituro e a menos onerosa entre as alternativas disponíveis, a criminalização impõe um sacrifício justificável aos direitos das mulheres (*i.e.*, menor do que as vantagens geradas)¹⁷⁹.

O desenvolvimento do voto-vista do ministro Barroso, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, foi ponderado pelo raciocínio da ineficácia da lei repressiva para proteger a vida do feto, na medida em que a criminalização não produz impactos relevantes sobre o número de abortos. Ao entenderem ser essa decisão equivocada e perigosa para democracia constitucional, Streck e Dalla Barba fazem a seguinte anotação:

No voto-vista do *Habeas Corpus* 124.306/RS, de lavra do ministro Roberto Barroso, é possível perceber a dimensão do ativismo em *terrae brasilis*. E, veja-se: não se trata nem de entrar no mérito da decisão. [...] não faz sentido nenhum permitir que decisões políticas sejam transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena de alienarmos nossa cidadania por completo; (ii) o poder jurisdicional dos juízes não tem qualquer legitimidade política, na medida em que não a recebem pelo voto popular; (iii) o Direito fracassou, pois não conseguiu criar uma teoria da decisão que possa impedir que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios puramente privados¹⁸⁰.

Para os autores, não houve coerência e fidelidade com a teoria de Robert Alexy, utilizada para fundamentar a decisão ao ponderar o bem jurídico “vida intrauterina” e direitos fundamentais da mulher, havendo sim, um elevado nível de ativismo judicial além de um utilitarismo argumentativo.

O argumento utilitarista da geração de despesas e custos para o sistema de saúde, além de se basear um argumento de política (*policies*) que visam a maximização do bem-estar geral em detrimento dos direitos genuínos do indivíduo contra majorias - trunfos (*trumps*), como diz Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério* -, faz com que o próprio Direito seja

¹⁷⁹UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Trad. Telles, Cristina. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, b. 2, 2016. p. 15-44.

¹⁸⁰DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lênio Luiz. **Aborto**: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. Consultor Jurídico, dez. 2016. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexys-stf>. Acesso: 11 dez. 2018.

submetido a decisões baseadas em argumentos contingenciais, a depender das condições empíricas particulares, o que gerará inevitavelmente arbitrariedade¹⁸¹.

Questões sociais de política interna são transferidas à jurisdição constitucional como exigência de reconhecimento por princípios da igualdade e da liberdade, entretanto a importância política envolvida no tema requer uma construção resolutiva no contexto de uma sociedade dialogal por ampla discussão ancorada nos meios democráticos de decisão.

Afinal a participação e comunicação política do cidadão permite-lhe construir-se como autor político responsável por sua história como também pela formação de pessoas livres e iguais.

Não se encontram dúvidas do papel significativo que a jurisdição constitucional possui nos arranjos institucionais das democracias contemporâneas, com maior ênfase na defesa e tutela dos direitos fundamentais, contudo a pretensão iluminista de promover complexas transformações sociais, como se a orfandade pairasse na sociedade, pode apontar a uma encruzilhada, mostrando plausibilidade nas críticas de Ingeborg Maus, poderem “cair como luva” ao Judiciário brasileiro.

Nesta fuga da complexidade de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontrados normas e concepções de valores sociais, é alcançada através da centralização da ‘consciência’ social na Justiça¹⁸².

A inconstrangida aplicação da máxima da proporcionalidade para a resolução de conflitos de direitos fundamentais, especialmente por se lançar mão a uma ordem supra positiva de valores onde se confundem direito e moral política enfatizados por argumentos de resultados, numa forma amadurecida da democracia, pode revelar excessos às limitações constitucionais.

No Estado Constitucional de Direito, os excessos que venham a ser praticados por qualquer dos Poderes, causa afronta a direitos fundamentais em suas múltiplas vertentes, portanto, mostra-se como primordial função da democracia constitucional a limitação de todos os atores institucionais nas molduras traçadas pela Constituição.

¹⁸¹ *Ibidem*.p.5.

¹⁸² MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

3.4 O precedente utilizado na ADPF nº 442

Tramita perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria da ministra Rosa Weber, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, através do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que objetiva a declaração judicial de incompatibilidade com a Constituição sobre a criminalização do aborto voluntário, caso seja realizado no primeiro trimestre de gestação.¹⁸³

Esse pedido segue precedentes do STF a partir da ADI nº 3.510 - que discutiu a questão da pesquisa embrionária com células tronco; da ADPF nº 54 que descriminalizou o aborto de feto anencefálico; e, do HC nº 124.306/RJ – decisão que apesar de não ter força normativa, não vincular as demais instâncias judiciais, abriu portas para a descriminalização do aborto com o voto condutor do ministro Luís Roberto Barroso. Seguindo esses contextos, a pretensão na ADPF nº 442 é chegar a descriminalização do aborto pela via da criação judicial do direito.

Pode-se projetar, a partir disso, que de agora em diante, eventual decisão do plenário no sentido de desautorizar o aborto soe como uma contradição ou como um retrocesso, pois a decisão do HC 124.306/RJ, mesmo emanada de julgadores específicos, reveste-se, como dito, das prerrogativas e poderes institucionais exercidos pelos ministros naquele momento¹⁸⁴.

Por oportuno, observa-se a ministra Rosa Weber, ora relatora na ADPF nº 442, ao exarar seu voto no HC nº 124.306/RJ, tornar, portanto, conhecido seu posicionamento favorável sobre o tema.

O autor assenta o pedido sob a alegação de haver relevante controvérsia constitucional acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto) pela ordem jurídico-normativa vigente.

Para atuar como *amicus curiae*, na ampliação do debate, foram deferidos os pedidos do Partido Social Cristão, da União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP) e do Instituto de Defesa da Vida e da Família, entretanto, mais de quarenta requerimentos foram protocolados nesse sentido, demonstrando a importância social-político-constitucional do tema.

Na ADPF nº 54 são indicados como preceitos violados, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, também dos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou de

¹⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** 442. Pleno. Rel. Rosa Weber, jul. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁸⁴GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Jurisdição Constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ. REI - **Revista Estudos Institucionais**. v. 3, n. 2, p. 1280-1315, fev. 2018. p. 1310. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/182>. Acesso em: 31 abr. 2019.

tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar- todos da Constituição Federal.

Há um sentimento de que a confiança excessiva nos tribunais tem oscilado bastante o pêndulo do judiciário brasileiro, tornando-se comum o ataque político o qual a corte tem recebido em face da politização da pauta jurisdicional e da interpretação jurídica.

Assim, haveria o caráter político no momento que o juiz deixa de decidir com base nos parâmetros legais para se basear em critérios ideológicos e pessoais, tornando sua atuação arbitrária. Neste particular, a crítica parte do pressuposto de que a lei apresenta sempre uma resposta pronta e acabada para os litígios, de modo que a atividade de interpretação/aplicação do juiz se reduz a um silogismo lógico-formal¹⁸⁵.

Não se questiona a legitimidade dos tribunais constitucionais para se exercer de forma autoritária a declaração e o cumprimento de direitos constitucionalizados, entretanto, tanto as autoridades políticas como os tribunais, em última análise, dependem da confiança dos cidadãos, de modo que eles procuram os tribunais para a garantia do exercício de valores socialmente sintonizados.

Sem desconsiderar as ações estratégicas do Poder Legislativo sobre permitir abertura para que o Poder Judiciário adentre em seus domínios, no caso da ADPF n° 442 não há omissão normativa inconstitucional a justificar a intervenção judicial. Há uma Lei que, nada obstante possa até ser julgada como socialmente inconveniente por aqueles que dela discordam, estando em plena conformidade com a Constituição¹⁸⁶.

Contudo, para os proponentes da ADPF n° 442, a criminalização viola vários direitos das mulheres, os quais são protegidos por princípios constitucionais, tornando a lei pretérita incompatível com a Constituição, além do que:

A criminalização do aborto e a consequente imposição da gravidez compulsória compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, pois não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida. [...] provoca violações ao direito à saúde (CF, art. 6º), à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), uma vez que a negação do direito ao aborto pode levar a dores e sofrimentos agudos para uma mulher, ainda mais graves e previsíveis conforme condições específicas de vulnerabilidade

¹⁸⁵LEITE, Glauco Salomão. A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**.v.64, p. 50-65,2008.

¹⁸⁶ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Os direitos e deveres fundamentais e a descriminalização do aborto: uma breve análise da ADPF 442 e da ADI 5.581. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5076, 25 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57767>. Acesso em: 24 maio 2019.

que variam com a idade, classe, cor e condição de deficiência de mulheres, adolescentes e meninas¹⁸⁷.

Outrossim, também se encontram argumentos de direito comparado. E casos paradigmáticos que conduzem a jurisprudência internacional na legitimação das cortes para interpretações constitucionais provocadas pela questão do aborto decorrem em vários países, como Alemanha, os Estados Unidos, França, Colômbia, México e Portugal.

A centralidade do debate na ADPF n° 442 não se traduz apenas sob a premissa da teoria do direito vivo, refletida na atualização da Constituição aos valores atuais da sociedade, mas, sobretudo, a legitimidade, a autoridade e a capacidade institucional do tribunal constitucional, em face de uma questão politicamente tão controversa ser adjudicada a um grupo de juízes.

Nessa toada, a discussão sobre a legitimidade da *judicial review* pelas cortes constitucionais no sistema democrático constitucional, cede lugar a delimitação do plexo de competências que a Constituição separa ao Poder Judiciário, evitando-se cair no *canto da sereia* e na condução juristocrática da sociedade.

Por efeito, é recomendável cautela para evitar cair no discurso fácil e sedutor de que temos um Poder Judiciário convertido em vanguarda iluminista. Isso acarretaria o deslocamento da tradicional infabilidade das leis para a infabilidade judicial¹⁸⁸.

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** 442. Pleno. Rel. Rosa Weber, jul. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁸⁸ LEITE, Glauco Salomão. A dificuldade em ser contramajoritário: três décadas de jurisdição constitucional oscilante. In: LEITE, Glauco Salomão et al. (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: balanço crítico e desafios à (re) constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 134.

4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO

Pretende-se no presente capítulo analisar em perspectiva comparada as dinâmicas adotadas pelas Cortes Constitucionais em processos de judicialização do aborto.

A Suprema Corte Americana e o Tribunal Constitucional da Alemanha foram as primeiras jurisdições constitucionais a decidirem sobre a descriminalização do aborto com base na Constituição.

Após alguns anos àquelas decisões, essa complexidade também chegou as Cortes constitucionais Latino Americanas. México, Chile, Argentina e Colômbia, foram países desafiados a enfrentar a moralidade da descriminalização do aborto, curiosamente quando na região se percebe um crescente recurso ao conservadorismo religioso.

Para melhor compreensão da transnacionalização da abordagem constitucional do tema, tem-se como paradigma a decisão da Corte americana no caso *Roe v. Wade*, influenciadora da constitucionalização do direito ao aborto a partir da década de 1970.

Por oportuno, alguns países latino-americanos e europeus serão citados e, também mostradas as abordagens sobre os embates jurisdicionais a partir do viés constitucional, tendo com prevalência analisar os questionamentos dos Tribunais Constitucionais. É este, portanto, o objetivo do presente trabalho.

4.1 O aborto nos Estados Unidos

A Suprema Corte americana inaugurou a interpretação constitucional do direito ao aborto a partir da decisão tomada em 21 de janeiro de 1973 no caso *Roe vs. Wade*¹⁸⁹ ao dar o primeiro passo para a proteção jurídico-constitucional da liberdade de escolha das mulheres em levar a cabo uma gravidez ou realizar o aborto no primeiro trimestre da gestação, lançando o paradigma jurisprudencial sobre a questão do aborto no solo estadunidense.

Representando o *leading case* sobre o aborto, o caso *Roe v. Wade* tratou da impugnação aos artigos do Código Penal do Texas que proibia o aborto, exceto para salvar a vida da gestante. A ação teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade da norma penal, ainda que o Ministério Público se abstinhasse de aplicá-las contra os demandantes.

A instância recorrida declarou a inconstitucionalidade das normas impugnadas, por violação da Nona e da Décima Quarta Emendas à

¹⁸⁹JUSTIA. U. S. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. Disponível: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso: 20 jan. 2019.

Constituição dos Estados Unidos, uma vez que as normas penais antiaborto eram vagas, restringindo o direito de mulheres e casais de escolher não ter filho. Negou, no entanto, a concessão da ordem para que o Ministério Público se abstinhasse de aplicá-las. Em vista disso, foi admitido o recurso direto à Suprema Corte dos Estados Unidos, deduzido pelos autores, além de recurso adesivo da promotoria¹⁹⁰.

Mesmo com a perda do objeto da ação em decorrência do fim da gestação à época do julgamento pela Suprema Corte, foi considerada a insuficiência temporal do prazo de uma gravidez para conclusão de um processo judicial, e que, em tais casos, a probabilidade de repetição de litígio com o mesmo objeto justificaria o julgamento da ação.

Em uma digressão histórica sobre a criminalização do aborto verifica-se ser um fenômeno iniciado a partir de leis promulgadas na segunda metade do Século XIX, influenciado pelos ensinamentos cristãos. Na tradição da *common-law* o aborto seria uma infração se realizado após os primeiros movimentos do feto.

Nos Estados Unidos, o direito legislado, promulgado a partir de meados do século 19, gradualmente suprime o critério do primeiro movimento, de modo que ao final dos anos de 1950, a grande maioria das jurisdições proibia integralmente o aborto, exceto se para salvar a vida da gestante¹⁹¹.

A Corte estadunidense analisou a proibição do aborto sobre três perspectivas: fundamentada no desencorajamento de condutas sexuais ilícitas; na saúde da gestante; e, no direito à privacidade.

Ao ter como ponto de partida a ponderação de interesses constitucionais contrapostos, a Corte entendeu considerar o aborto crime em todos os estágios da gravidez violar o direito de escolha da mulher, constituindo uma clara violação a seu direito de privacidade. Por outro lado, também estava presente o interesse estatal em proteger o feto por constituir uma vida em desenvolvimento.

Decide-se por fim, confirmar o juízo de inconstitucionalidade das normas impugnadas, aceitando-se, de outra parte, uma gradação nos direitos e interesses envolvidos. Assim, até o fim do primeiro trimestre, o Estado poderia regulamentar o aborto de modo a subordiná-lo à decisão da gestante com aconselhamento de um médico legalmente registrado, sem outras interferências. Após o primeiro trimestre, razões de saúde indicariam que o Estado poderia regulamentar a realização de procedimentos de aborto tendo em vista a saúde da mulher, como, por exemplo, a qualificação da pessoa que fará o procedimento, se é necessário que seja feito em hospital ou clínica, se o estabelecimento precisa ter licença e outras restrições semelhantes. Após o ponto da viabilidade da vida fora do útero (aproximadamente 7 meses) o

¹⁹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 49. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso: 05 nov. 2018.

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 50.

Estado poderia proteger a vida em potencial, por razões lógicas e biológicas, sendo possível criminalizar o aborto nessa fase, exceto quando necessário para preservar a vida ou a saúde da gestante¹⁹².

Essa decisão foi paradigmática sobretudo pela compreensão de que a Corte não tinha o direito de decidir uma questão social e política tão renhida quanto era, na época, a questão do aborto¹⁹³.

O debate premente sobre o início da vida constituiu o cerne da discussão, não havendo resposta política, jurídica ou científica com unicidade sobre se o feto é um ser desde o momento da concepção para, irrefutavelmente, determinar quando se inicia a vida humana.

Diante das controvérsias provocadas, Dworkin compreende ser mais democrático o enfrentamento de um tema permeado por profundas divergências ser feito de maneira política por meio do processo legislativo ordinário, ao invés da resposta que obrigue a todos vir de um tribunal¹⁹⁴.

Entretanto, apresenta ponderações as decisões tomadas na arena política poderem não representar as melhores na proteção de direitos da igualdade, havendo risco de serem corrompidas por grupos de interesse, ao ficar uma minoria carente de proteção.

Nesse aspecto, entende o jusfilósofo ser uma questão de primeira ordem definir se o feto é uma pessoa constitucional cujos direitos e interesses têm de ser avaliados com a mesma importância quanto os de outras pessoas na proteção dos direitos individuais.

A questão moral do aborto está além da ambiguidade de quando o feto é considerado pessoa humana, mas a partir de que momento adquire direitos e interesses a serem protegidos, tratando-se de uma discussão sobre como e por que a vida humana tem valor intrínseco, e quais implicações tem isso para decisões pessoais e políticas¹⁹⁵.

Nesse *hard case*, a interpretação da moralidade constitucional do aborto tem de alguma forma de ser resolvido pelo judiciário, tendo a Suprema Corte americana decidido o feto não ser uma pessoa constitucional antes do nascimento, portanto, o argumento de seu direito à vida não se mostrou hábil para suplantar a negação da autonomia da vontade da mulher.

¹⁹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 51. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso: 05 nov. 2018.

¹⁹³DWORKIN, Ronald. **O direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 64.

¹⁹⁴*Ibidem*. p. 69.

¹⁹⁵DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 33.

Apontada como uma decisão iluminista¹⁹⁶ em que a Suprema Corte se tornou intérprete de momentos revolucionários no ambiente político americano, fez despertar um acirrado debate sobre o aborto, surgindo reações contrárias à decisão, denominada por efeito *backlash*¹⁹⁷.

O fenômeno da reação social ou institucional a uma decisão originária do Tribunal Constitucional não é novo no cenário internacional, e tem merecido especial atenção na elaboração doutrinária americana dedicada ao estudo do fenômeno que ali se identifica como *backlash*. Despontam na história recente daquele país, as reações de toda ordem havidas em decorrência dos conhecidos casos *Brown v. Board of Education* e ainda *Roe v. Wade*, com extensa discussão relacionada ao suposto caráter regressivo das respostas sociais e institucionais provocadas pela Corte. A constatação de que a decisão da Suprema Corte pudesse não ser a “última estação” do percurso evolutivo nos temas do fim da segregação de escolas e da interrupção voluntária da gravidez trouxe à baila a avaliação de uma bondade ou maldade intrínseca do fenômeno do *backlash*; do que ele possa significar politicamente, e dos mecanismos preventivos a essa reação que pudessem ou devessem ser adotados pelo Judiciário¹⁹⁸.

Como efeito *backlash* foram promulgadas leis estaduais mais restritivas ao aborto declarando que o início da vida humana ocorre com a concepção e, imposição de encargos e restrições para realização do aborto; e, ainda, o aumento de grupos políticos contra a criação do direito constitucional da mulher em fazer o aborto sem uma causal específica até o terceiro mês de gravidez.

Dezesseis anos após a decisão de *Roe*, a Corte no caso *Webster vs. Missouri Reproduction Services* - 492 US 490 – analisou a lei restritiva sobre o aborto, apontada como pretensão de revogar a decisão de 1973 que plantou a constitucionalidade do direito ao aborto.¹⁹⁹

Em 03 de julho de 1989, com o julgamento desse caso, a Corte adotou uma postura mais restritiva e, diferentemente dos tribunais federais, por cinco votos contra quatro, manteve

¹⁹⁶BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 170.

¹⁹⁷Backlash, numa tradução livre, está relacionado a rejeição das decisões judiciais, fenômeno estudado no direito constitucional americano, surgido com o julgamento do caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973, onde se discutiu a legalização do aborto, causando reação na sociedade americana. VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. **II Seminário Internacional de Teoria das Instituições**. 2013. Disponível: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso: 15 out 2018

¹⁹⁸VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. **II Seminário Internacional de Teoria das Instituições**. 2013. Disponível: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso: 15 out 2018.

¹⁹⁹DWORKIN, Ronald. **O direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 86.

os dispositivos da lei do Missouri, tendo como ponto de maior centralidade restritiva a proibição do aborto em qualquer instalação pública, certamente, imprimindo grave discriminação para mulheres pobres.

Não obstante, a decisão da Corte não chegou a restringir tanto o direito das mulheres a fazer aborto quanto os grupos antiaborto esperavam que ela fizesse. Tanto o estado do Missouri quanto a administração *Bush* haviam pedido à Corte que aproveitasse a oportunidade para revogar *Roe vs. Wade*²⁰⁰.

Novamente, em 26 de junho de 1992, em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* - 505 US 833 - o tema do aborto foi revisitado pela Suprema Corte²⁰¹.

Esse caso se referiu à impugnação da lei de controle do aborto da Pensilvânia que trazia as seguintes determinações: as mulheres grávidas deveriam dar seu consentimento antes do procedimento e deveriam ser esclarecidas com algumas informações pelo menos 24 horas antes do procedimento; os pais de grávidas menores deveriam dar o consentimento, mas haveria uma via judicial para supri-lo; as gestantes casadas deveriam assinar declaração de que notificaram o marido, exceto em alguns casos; e, as condições anteriores poderiam ser excepcionadas em caso de emergência médica, definida na mesma lei; além dos estabelecimentos que oferecem serviços de aborto passassem a ter deveres de relatar certas informações.

Sobre a impugnação dessas exigências legais, a Suprema Corte estabeleceu o critério do “ônus indevido” para avaliar a constitucionalidade de leis estaduais, regulamentando o aborto a partir da avaliação de obstáculos substanciais imposto às grávidas.

Ao manter o precedente de *Roe vs. Wade*, em um exercício de ponderação da jurisprudência da Corte, a partir da interpretação evolutiva da Constituição, entendeu-se que a revisão de precedentes fragmentaria a confiança depositada na Corte.

Por outro lado, a Corte entendeu que o critério do primeiro trimestre, fixado em *Roe v. Wade*, para afastar intervenções estatais acerca do procedimento de aborto, não era necessário para garantir a liberdade de escolha da mulher. Tal critério tinha sido estabelecido para impedir que a intervenção estatal tornasse o direito ao aborto uma hipótese teórica. No entanto, embora a grávida tenha o direito de escolher o aborto antes da viabilidade do feto, tal direito não impede que o Estado possa adotar medidas para garantir que a escolha seja bem informada e bem refletida. Seguindo a jurisprudência da Corte acerca das liberdades em geral, decidiu-se que nem todas as leis que tornam o exercício de um direito mais difícil seriam uma infração a esse direito. Assim, a

²⁰⁰ *Ibidem*.p.94.

²⁰¹ *Ibidem*.p.90

regulamentação do aborto poderia prever condições que tornassem o exercício desse direito mais difícil ou mais oneroso²⁰².

Entendeu o Tribunal que as exigências da lei da Pensilvânia não invalidaram o direito ao aborto preteritamente reconhecido em *Roe*, passando pelo critério do ônus indevido, com exceção à exigência da mulher notificar o marido da decisão de abortar.

Analisando a dinâmica política dos Estados Unidos em 1973, para saber se cabia no discurso político a questão da regulamentação jurídica do aborto ou se era mais democrática a atuação da Corte assumindo haver um direito constitucional ao aborto, Neal Devins traz a afirmação que, “nos anos 70 e mesmo por volta de 1992 (quando *Casey* foi decidido), o discurso político sobre o direito ao aborto era possível - já que a questão não dividia profundamente os democratas e republicanos”²⁰³.

Defende que a Corte deveria ter sido minimalista em sua decisão, exercer as virtudes passivas e abrir espaço para o diálogo constitucional construtivo - cenário que não se coaduna com o contexto político atual.

Para Devins, a decisão da Suprema Corte interrompeu o debate político e a tendência que, à época do caso *Roe*, se delineava no reconhecimento do direito ao aborto, provocando o efeito *backlash* dos seguimentos derrotados ao passar a adotar o tema como bandeira política numa abordagem restritiva do direito judicial.

Atualmente se percebe um movimento político para aprovação de leis mais restritivas ao aborto voluntário em alguns estados americanos, ao que se atribui um retrocesso na conquista de direitos, como a chamada “leis de batimentos cardíacos”²⁰⁴; nesse cenário político, entende-se que a intenção é fazer com que objeções cheguem a Suprema Corte para ver revogado o precedente de *Roe vs. Wade*²⁰⁵.

²⁰²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 49. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso: 05 nov. 2018.

²⁰³DEVINS, Neal. Rethinking Judicial Minimalism: Abortion Politics, Party Polarization, and the Consequences of Returning the Constitution to Elected Government. **Vanderbilt Law Review**. v. 69, n. 4, aug., 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2737959>. Acesso: 01 maio 2018.

²⁰⁴O governador republicano da Geórgia, Brian Kemp, assinou uma lei para proibir o aborto a partir da constatação de atividade cardíaca, o que pode acontecer em seis semanas, antes que muitas mulheres percebam que estão grávidas. THE GUARDIAN. **Georgia governor signs bill to ban abortion after six weeks**. May, 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2019/may/07/georgia-governor-signs-bill-to-ban-abortion-after-six-weeks>. Acesso: 10 maio 2019.

²⁰⁵Mas, mesmo sob o risco de uma batalha judicial, Ohio é o terceiro Estado a aprovar uma lei do tipo neste ano, depois de Kentucky e Mississippi. Dakota do Norte já havia aprovado lei semelhante em 2013, e Iowa, no ano passado. Na Geórgia, a legislação aguarda apenas sanção do governador. Propostas semelhantes estão sendo consideradas em pelo menos outros 11 Estados. CORREA, Alessandra. **Estados conservadores ampliam pressão sobre Suprema Corte dos EUA para proibir o aborto**. BBC News, abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47994076>. Acesso em: 10 maio 2019.

Percebe-se o aumento do conservadorismo no processo político estadunidense, desde a administração *Reagan* que, sob a alegação de que o Judiciário tinha ido longe demais, passou a nomear para os tribunais federais juízes ideologicamente contrários ao aborto e, atualmente, a administração de *Donald Trump* nomeou um juiz conservador para compor a Suprema Corte²⁰⁶, o que faz lançar luzes sobre um percurso para tentar modificar a polêmica decisão de 1973.

A guerra do aborto havia começado, e desde então só fez aumentar de intensidade. Os grupos ‘pró-vida’, alguns dos quais organizados e orquestrados pela Igreja Católica, passaram a ter uma atuação política. Tentaram convencer o Congresso a deflagrar um processo de emenda à Constituição que declarasse explicitamente que, nos termos desse documento, os fetos deviam ser tratados como pessoas, e suas vidas deviam ser integralmente protegidas quanto as de qualquer outra pessoa. [...] E exortaram seus membros a votar somente em políticos dedicados à mudança da lei, para que o aborto voltasse à ilegalidade²⁰⁷.

Entende Devins, as condições políticas de hoje nos Estados Unidos serem inadequadas para reforçar o discurso do minimalismo judicial, como também a hiperpolarização política da atualidade permitir padrões constitucionais vagos apoiarem escolhas políticas desejadas pelos juízes.

A polemica decisão de *Roe*, passados mais de quarenta anos, tem servido como marco teórico para justificar decisões judiciais de cortes e tribunais constitucionais no quadrante mundial.

Sob o viés do devido processo legal como parâmetro de razoabilidade não vinculativa apenas ao formalismo processual, mas com o fito de vincular o resultado substancial do exercício legislativo, a lei penal do aborto foi rechaçada para a garantia das liberdades individuais das mulheres.

4.2 O aborto no México

Nas últimas décadas foi introduzido direta e indiretamente no centro dos debates constitucionais o tema do aborto no México. A Corte mexicana reconheceu a liberdade do legislador para dar tratamento diferenciado às condutas socialmente aceitas.

²⁰⁶ Publicado na imprensa a nomeação do juiz Brett Kavanaugh para a Suprema Corte, avaliado, naquele país, como um juiz conservador. TRUMP nomeia juiz conservador para Suprema Corte dos Eua. **As Vozes do mundo**. Disponível em: <http://br.rfi.fr/americas/20180710-trump-nomeia-juiz-conservador-para-suprema-corte-dos-eua>. Acesso em: 15maio 2019.

²⁰⁷DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 8.

A Suprema Corte de Justiça da Nação foi provocada por meio da Ação de Inconstitucionalidade nº 146/2007 cumulada com a Ação nº 147/2007, a fim de se pronunciar sobre a reforma dos artigos 144 a 147²⁰⁸ do Código Penal mexicano, assim como alterações na Lei de Saúde do Distrito Federal do México, com o argumento que as alterações legislativas violavam a Constituição ao contrariar o direito à vida do produto da concepção.

A ação teve como proponentes a Comissão Nacional dos Direitos Humanos e a Procuradoria Geral da República, defendendo o direito à vida ser reconhecido na Constituição, ainda que nenhum dos artigos constitucionais o preveja expressamente, o direito à vida é considerado como pressuposto dos demais direitos fundamentais.

Em 28 de agosto de 2008 a Suprema Corte reconheceu que está no âmbito da competência da assembleia legislativa a faculdade para despenalizar uma conduta, assim, realizou o pronunciamento em torno da impossibilidade de analisar o alcance do direito à vida por sua inexistente configuração constitucional.

O legislador considerou o aborto como ilícito penal após a décima segunda semana da gestação, no julgamento, a Suprema Corte de Justiça da Nação foi deferente ao reconhecer a discricionariedade do legislador estadual para regulamentar a proteção do ser humano não nascido e também os direitos das mulheres, afirmando não haver norma nacional ou internacional que defina o início da vida ou que determine a criminalização do aborto.

A Suprema Corte mexicana se insere entre os poucos tribunais na América Latina a se pronunciar sobre a despenalização do aborto até a décima segunda semana de gestação por vontade da mulher. Ao reconhecer a constitucionalidade da reforma da lei penal da Cidade do

²⁰⁸ Convém transcrever os artigos impugnados: “*ARTÍCULO 144*. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio. (REFORMADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007) *ARTÍCULO 145*. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado. Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión. (REFORMADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007) *ARTÍCULO 146*. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. Pare efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión (REFORMADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007) *ARTÍCULO 147*. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. (Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Promoventes: Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia. **Acción de Inconstitucionalidad 146/2007**. Disponível em: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf. Acesso: 20 abr. 2019.

México firmou o entendimento de que está no âmbito da competência do legislador a legitimidade para tratar questões de moralidade política vinculativas à vida social.

A partir desse julgamento a cidade mexicana passou a adotar dois critérios legais para despenalização- o sistema de prazos e as hipóteses causais legais.

No âmbito regional a decisão adquire relevância, por avaliar os direitos reprodutivos das mulheres à interrupção voluntária da gravidez ao adotar critérios temporais a partir de argumentos baseados na liberdade, reconhecendo ter as legislaturas nas sociedades democráticas a competência para despenalizar condutas.

Sob esse enfoque, a decisão mexicana serve como precedente argumentativo para uma possível interação dialógica entre as jurisdições latino-americanas a favor da despenalização do aborto, considerada na premissa procedimental como na substancial da textura constitucional. Esse direito não é reconhecido em todo continente mexicano, onde vigora uma série de legislações estatais que variam em torno do sistema de causais permitidas²⁰⁹.

Ao considerar a mudança da ferramenta argumentativa da Suprema Corte mexicana na sentença de 2008, retratada por uma narrativa com argumento fundamental no debate constitucional, há uma constatação de que o tratamento jurídico sob o enfoque do princípio da igual consideração retirar as mulheres de uma condição marginal, integrando-as a condição de cidadã constitucional, numa nova perspectiva constitucional do aborto.

Isso, porque no ano de 2002, o Tribunal apreciou a questão da ampliação da causal do aborto por malformação fetal, considero-o como delito, mesmo excluindo as mulheres do castigo legal.

Na primeira sentença, as mulheres se encontravam na trágica disjuntiva de aceitar uma maternidade indesejada ou o mandato de penalização se decidisse interrompê-la. A Corte conclui que a sintaxe da norma penal as exclui da penalização quando estão gestando um produto com malformações fetais, pois o aborto se considera um delito contra a vida pré-natal que se deve proteger. É dizer, a norma penal as estima delinquentes, mas perdoa o cárcere. Na segunda sentença, a história é modificada. A Assembleia Legislativa do Distrito Federal havia despenalizado o aborto por vontade da mulher no primeiro trimestre de gravidez. A Corte, então, considera que a Constituição não obriga aos legisladores a penalizar o aborto e que são as mulheres que devem decidir se interrompem a gravidez, pois esta afeta de maneira assimétrica seu corpo e sua vida devido as cargas sociais que a maternidade supõe²¹⁰.

Com o giro interpretativo da segunda decisão, na imposição de responder se a vida está protegida na Constituição e se o legislador local está constitucionalmente autorizado a

²⁰⁹PUGA, Alma Beltrán y. La jurisprudência constitucional sobre el aborto em México. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su leglicación y enfrentar las resistências conservadoras**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. p. 57-78.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 62.

penalizá-lo ou não, a Corte mudou o enquadre e considerou outros direitos em jogo mostrando-se mais liberal. Ao Dialogar com a sociedade em audiências públicas através de vários *amici curiae*, estabeleceu um grande debate público que teve por fim reconhecer o direito à vida do nascituro não ser absoluto, haver capacidade de modulação e harmonização com outros direitos constitucionais.

Destaca-se que o Estado federal como o mexicano ter os argumentos de competência legislativa fortes para os tribunais constitucionais que se mostram deferentes para não invadir a competência do legislador. Assim, uma alegação de inconstitucionalidade abstrata resulta em um julgamento minimalista na interpretação constitucional de direitos.

Contrariamente ao retratado nos meios de comunicação, a Suprema Corte mexicana não discutiu se a legalidade do aborto era ou não constitucional, validou a despenalização considerando a legitimidade do parlamento, inobstante a mídia tenha apresentado o assunto como exame de constitucionalidade das “leis antiaborto”²¹¹, já que continuaram vigentes as normas de proteção da vida pré-natal.

Para o Tribunal, a ponderação de bens constitucionais realizada pelo legislador, ao despenalizar o aborto por escolha da mulher, dentro das primeiras doze semanas de gestação, ajusta-se com as tendências democráticas modernas de utilizar o direito penal como última *ratio*.

A argumentação se deu sobre a liberdade dos legisladores nas sociedades democráticas para despenalizar condutas, tendo por base a separação das funções dos poderes, o tribunal mexicano não adentrou no âmbito da competência do legislador.

Conclui o Tribunal que reprovar o aborto pela via penal, não serve para assegurar o desenvolvimento do processo de gestação, mas, para menoscar e para reafirmar a discriminação das mulheres.

4.3 O aborto no Chile

Em setembro de 2017 foi promulgada no Chile a Lei nº 21.030²¹² após um período de dois anos de discussão. A norma veio regulamentar a despenalização do aborto em três hipóteses: risco à vida da mulher; anormalidade fetal; e, quando a gravidez for resultado de violência sexual.

²¹¹ PUGA, Alma Beltrán y. La jurisprudência constitucional sobre el aborto em México. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su leglización y enfrentar las resistências conservadoras**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. p. 75.

²¹²CHILE. **Lei 21.030 de 23 de septiembre de 2017**. Publicada no D.O. de La Republica de Chile, N. 41.866. Disponível em: <http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Ley-21.030-1.pdf>. Acesso: 10 jun. 2019.

Essa lei buscou não só despenalizar o aborto nessas circunstâncias, mas também, ampliar o acesso à saúde da mulher, garantir o atendimento por profissionais de saúde do setor público de forma gratuita, introduzir o aconselhamento na tomada de decisão da mulher, além de permitir a objeção de consciência, tanto de forma institucional como pessoal dos médicos e profissionais de saúde.

O Tribunal Constitucional chileno decidiu em agosto de 2017 sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 9895-11, que descriminalizava o aborto sobre as três hipóteses legais, as quais tinham sido aprovadas no parlamento um ano antes com o apoio do presidente e de movimentos sociais.

Alguns senadores apresentaram perante a Corte duas petições contestando a constitucionalidade do projeto de lei. Os peticionários basearam sua reivindicação principalmente no Artigo 19, No. 1, Parágrafo 2 da Constituição Chilena, que protege a vida dos nascituros. Eles também questionaram as partes do Projeto de Lei que regulam a objeção de consciência, permitindo-o a médicos e médicos individualmente, mas obrigando as instituições médicas a garantir que a mulher tenha acesso ao procedimento realizado por profissionais sem objeções²¹³.

O Chile é indicado dentre os países o qual tinha uma das legislações mais restritivas sobre o aborto - o art. 19 da Constituição chilena de 1980, assegurava a todas as pessoas o direito à vida e à integridade física e psíquica, a vida do nascituro encontrava proteção no texto da Constituição. Estes dispositivos conviveram durante anos com a norma do código sanitário que permitia o aborto terapêutico; entretanto, no ano de 1989, a Lei nº 18.826 modificou essa disposição, proibindo o aborto sob quaisquer hipóteses.

O aborto terapêutico, permitido desde 1931, passou a ser proibido seis meses antes do fim da ditadura de Augusto Pinochet. Em setembro de 1989 o regime ordenou: “Não poderá ser efetuada nenhuma ação cujo fim seja provocar o aborto”²¹⁴.

A recente mudança da norma chega quando muito países estão deixando a descriminalização para regulamentar a liberdade de escolha da mulher a partir da abordagem temporal inicial da gravidez (regulamento de prazo), garante o acesso ao aborto seguro num período que varia entre dez e dezoito semanas de gravidez, além das exceções legais.

²¹³MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Introdução ao Simpósio I-connect: A Decisão do Aborto do Tribunal Constitucional do Chile: Cinco Perspectivas**. Jul., 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/07/introduction-to-i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-five-perspectives>. Acesso em: 18 jan 2019. (tradução livre).

²¹⁴MONTES, Rocío. **Congresso do Chile aprova lei que permite aborto ao menos em caso de estupro**. El País. Ago 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/03/internacional/1501732590_533051.html. Acesso: 19 jun. 2019.

Para Blanca Rodrigue-Ruiz²¹⁵, na decisão da Corte, foram omitidas considerações metafísicas, religiosas, morais, científicas, antropológicas e políticas, deixando de fora questões controversas sobre o status ontológico do feto ou a retidão moral das mulheres acerca do aborto, a questão foi analisada sob uma perspectiva de legalidade constitucional.

Sem premissas obscurantistas e reconhecendo na mulher um sujeito de direitos fundamentais, a decisão da Corte chilena se alinha com os discursos transnacionais sobre o aborto, validando a recente parcial descriminalização e fornecendo a base teórica para possibilidades constitucionais mais amplas.

O Tribunal Constitucional chileno foi deferente com o legislador, declarando a constitucionalidade do projeto de lei, o qual entendeu o dever constitucional de proteger o nascituro não implicar sacrificar direitos alheios, de modo a não caber unicamente àquele a proteção constitucional.

Também reconheceu constitucional a objeção de consciência pessoal e institucional, dispensando o profissional de realizar a interrupção da gravidez se esse dever estiver em conflito com suas convicções íntimas (ética, moral e religiosa) e, ainda, podendo ser alegada por pessoas jurídicas - instituições religiosas, educacionais ou entidades privadas com ideais confessionais - estabelecidas no campo da saúde.

O reconhecimento da legitimidade da liberdade de pensamento por meio da objeção de consciência na questão do aborto torna questionável a eficácia da garantia legal, pois a legalização por si só não garante o direito amplo das mulheres, uma vez que dependerá da aceitação social das hipóteses da atipicidade penal.

Não se negando a importância que a decisão planteia na centralidade dos direitos das mulheres numa democracia constitucional, também abre portas ao enfraquecimento desse direito. O que os juízes chilenos não parecem ter previsto é que permitir a objeção de consciência institucional é permitir a discriminação institucional²¹⁶.

Pondera-se a decisão da Corte apresentar duas lições para os tribunais constitucionais da América Latina - uma a ser seguida e, a outra, a ser evitada:

²¹⁵RODRIGUEZ-RUIZ, Blanca. **Simpósio I-connect**: A decisão do Aborto do Tribunal Constitucional chileno: Porta aberta e à esquerda. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/08/i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-door-opened-and-left-ajar/>. Acesso em: 18 jan. 2019.

²¹⁶RONDON, Gabriela; GUMIERI, Sinara; BRITO Luciana. **Decisão do Aborto do Tribunal Constitucional do Chile**: Lições para tribunais vizinhos da América Latina. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/08/i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-lessons-for-neighboring-latin-american-courts/>. Acesso em 18 jun. 2019.

A lição a ser seguida é que a garantia constitucional de ‘proteção do não-nascido’ não é incompatível com o direito da mulher de decidir interromper uma gravidez. A Corte chilena afirmou que não pode abordar o status ontológico do ainda não nascido, porque não é uma questão constitucional, mas evoca perspectivas variáveis e incomparáveis, incluindo a metafísica e a religião, que ultrapassam o domínio do judiciário. [...] Por outro lado, a decisão chilena também apresenta uma lição de algo a ser evitado. A nova lei inclui uma cláusula de objeção de consciência que permite que os profissionais médicos se recusem a realizar abortos legais se acreditarem que violaria suas crenças religiosas ou morais²¹⁷.

Por efeito, decidindo o Tribunal Constitucional chileno pela constitucionalidade da reforma do aborto introduzida pela Lei nº 21.030/2017, ao dialogar com a jurisprudência internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres, descartou a proibição absoluta do aborto defendida por uma minoria. Entretanto, ao mostrar-se deferente com o legislador, ratificando a objeção de consciência, convalidou as grandes cargas impostas às mulheres para ter acesso aos abortos legais.

4.4 O aborto na Argentina

A Argentina e o Chile seguem padrão que surgiu na região, isto é, pelo processo da descriminalização através do Congresso (Uruguai) e pelo Judiciário (Colômbia). Ambos colocaram os direitos das mulheres no meio de um acalorado choque de ideias dividindo a sociedade tanto argentina quanto chilena.

Em 2018 o grupo pró-aborto, na Argentina, tomou as ruas para ver a lei do aborto modernizada, uma vez que a lei atual se mostra longínqua, datada de 1921. Embora o projeto tenha sido aprovado na Câmara, acabou derrotado no Senado com 31 votos a favor e 38 contrários.

As audiências da Câmara terminaram com uma opinião de maioria favorável em apoio a um projeto de lei que descriminalizava o aborto sob demanda no primeiro trimestre, permitindo-o em circunstâncias específicas após 14 semanas, e determinando a provisão de todos os abortos legais dentro do sistema público de saúde. Entre os dias 13 e 14 de junho, o país acompanhou 144 discursos televisionados no plenário da Câmara dos Deputados. A lei foi aprovada após uma sessão de 22 horas por uma estreita maioria de 129 a 125 votos. [...] Durante sete longos dias de audiências espalhadas ao longo de três semanas, o Senado ouviu apresentações de especialistas mais amplas e números menores de defensores e vozes de cidadãos. Os argumentos

²¹⁷RONDON, Gabriela; GUMIERI, Sinara; BRITO Luciana. **Decisão do Aborto do Tribunal Constitucional do Chile**: Lições para tribunais vizinhos da América Latina. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/08/i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-lessons-for-neighboring-latin-american-courts/>. Acesso em 18 jun. 2019.

constitucionais espelhavam os da Casa, mas incluiu alguns diálogos estendidos entre os convidados e questionando os senadores. No alvorecer de 9 de agosto, depois de várias horas e 59 discursos no Senado, o projeto de lei foi derrotado por 38 a 31 votos, com duas abstenções e uma ausência²¹⁸.

O projeto da reforma argentina do aborto foi seguido de perto por toda a região da América Latina, entretanto, apesar dos intensos debates na arena legislativa, a descriminalização não logrou êxito, permanecendo em vigor a seção 86 do Código Penal argentino, mantendo-se como exceção à punibilidade, apenas sob as três hipóteses em que os abortos são “não puníveis”: casos de risco para a saúde ou à vida da mulher, ou no caso de estupro.

Apesar da abertura do debate constitucional, compreende Bergallo que a rejeição do projeto de lei trouxe consequências simbólicas e políticas, dentre elas, a perda de oportunidade de resolver o desacordo constitucional em torno da aplicação da regulação sobre o aborto.

Por seu turno, decisões como *Roe v. Wade*, em um exercício forte da *judicial review*, para a autora, tem sido altamente controversa como estratégia para resolver questões de elevado dissenso, não se equiparando ao contexto argentino que passa por um debate democrático sobre o tema, ao ser demonstrado em pesquisas haver um empate entre os grupos dissidentes, por isso defende que a Suprema Corte aborde a questão de maneira dialogal.

A Suprema Corte poderia, assim, abordar o debate considerando casos em pauta, como uma nova rodada em um processo dialógico em que não precisa ter a última palavra. Só pode falar enquanto o intercâmbio político for reaberto, mas no estilo das intervenções feitas pelos tribunais europeus após os debates do Congresso sobre a reforma do aborto²¹⁹.

Se o senado tivesse aprovado a lei, a Argentina seria o terceiro país latino americano a despenalizar o aborto, após Cuba e Uruguai, entretanto, permaneceu com as causais ou indicações, sem permitir que o aborto seja demandado no início da gravidez, caminho seguido pela Cidade do México em 2007 e, pelo Uruguai, em 2011.

A recente experiência do processo argentino se mostra relevante do ponto de vista político constitucional que, diante de uma pauta de alta sensibilidade como o aborto, buscou-se uma disputa dialógica no parlamento, com um processo de interação relacional entre os cidadãos e os diferentes poderes que compõem uma democracia constitucional.

²¹⁸BERGALLO, Paloma. **Diálogos constitucionais e reforma da lei do aborto na Argentina**: o que vem a seguir? Fev. 2019. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2019/02/constitutional-dialogues-and-abortion-law-reform-in-argentina-whats-next/>. Acesso em 28 fev. 2019.

²¹⁹BERGALLO, Paloma. **Diálogos constitucionais e reforma da lei do aborto na Argentina**: o que vem a seguir? Fev. 2019. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2019/02/constitutional-dialogues-and-abortion-law-reform-in-argentina-whats-next/>. Acesso em 28 fev. 2019.

O processo argentino parece indicar uma mudança de uma política centrada no judiciário para uma política mais centrada no parlamento, em uma área de direitos altamente sensível²²⁰.

As discussões sobre o aborto têm experimentado um processo de legalização ou juridicização crescente. Para Bergallo, três tipos de modificação evidenciam esse novo protagonismo: 1) as demandas políticas e morais para ampliar ou restringir o direito ao aborto se apresentam nos discursos de diversos atores como exigência fundamentada em um complexo de normas jurídicas, incluindo a Constituição, tratados de direitos humanos, regulamentos administrativos, precedentes judiciais e, outras normas nacionais e internacionais; 2) a judicialização do debate reflete em um maior consenso sobre o direito, entendido este como prática argumentativa e; 3) o processo da juridicização tem implicado numa expansão dos foros convencionais da proposta interpretativa, incluindo no debate, além de novos tribunais, comissões legislativas e órgãos reguladores da administração pública.

Compreende Bergallo que a inviabilidade do modelo de causais ou indicações legais pode ser levantada como questão constitucional, por ostentar uma limitação estrutural como consequência da pretensão de se reconhecer direitos pela via de uma norma de criminalização, e ao mesmo tempo, esse modelo poder dar lugar a restrições, no contexto fático, para o desenvolvimento de políticas públicas garantidoras de serviços de aborto legal.

Entende que as regulações por causais servem como argumento central para os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos na declaração de incompatibilidade, a partir dos casos individuais levados à apreciação por esses órgãos²²¹.

Para a autora, a judicialização recorrente em torno do modelo de causais na região é outro indício de sua incapacidade por manter-se fora do judiciário, abonando o argumento de sua inviabilidade do ponto de vista constitucional.

A Corte argentina, instada a apreciar um recurso constitucional para determinar se o fármaco *Imediat*, denominado como anticoncepcional de emergência possuía efeitos abortivos, em 05 de março de 2002²²² declarou ser nula qualquer autorização que permitisse a fabricação, comercialização e distribuição de pílula do dia seguinte, tendo em vista os seres humanos serem

²²⁰GIMÉNEZ, Francisca Pou. **Maiorias Protegendo Direitos: A Reforma do Aborto de 2018 na Argentina**. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/08/majorities-protecting-rights-the-2018-abortion-reform-in-argentina-i-connect-column/>. Acesso: 10 jan. 2019.

²²¹BERGALLO, Paola. Del fracasso del giro procedimental a la inviabilidade del modelo de causales. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. p. 157.

²²²ARGENTINA. **Sentença da Corte Suprema**. Mar. 2002. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=516601&cache=1527630605077>. Acesso em: 20 fev. 2019.

concebidos no momento da fertilização, portanto, qualquer medicamento usado para impedir a implantação do óvulo fertilizado no útero ser considerado abortivo.

Baseado em critérios científicos, o Tribunal fixou o início da vida no momento da fertilização, reconhecendo o direito fundamental à vida do feto desde a fecundação.

A Suprema Corte de Justiça da Nação da Argentina declarou que o direito à vida é o primeiro direito natural da pessoa humana, garantido constitucionalmente e do qual deriva toda a construção do ordenamento jurídico. Isso significa que, como “fim em si mesmo - e independentemente da sua natureza transcendente -, o ser humano é inviolável e constitui um valor fundamental”, enquanto os demais valores possuem mera natureza instrumental²²³.

Na percepção de Bergallo, há uma ausência de tradição constitucional que honre substantivamente a igualdade de gêneros ou que inclua uma ideia de justiça sobre a sexualidade e a reprodução, não obstante se observe algumas transformações importantes.²²⁴ Para a autora, a fragilidade das regras constitucionais que demarquem a relação entre Estado/Igreja, permite uma vinculação entre os atores jurídicos e políticos com setores conservadores da igreja católica.

Por outro lado, tomando como referência o recente processo irlandês²²⁵ marcado pela participação e interação entre cidadãos e seus representantes políticos no recente referendo que aprovou a legalização do aborto ao compatibilizar dissensos morais no seio social através de forte debate democrático, há razoabilidade em defender que no solo latino-americano tenha chegado a hora de expulsar as maiorias políticas da “zona de conforto” que a indolência tradicional lhes assegurou, exigindo-lhes responsabilidade pela Constituição e pelos direitos por ela consagrados²²⁶.

²²³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 49. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso: 05 nov. 2018.

²²⁴BERGALLO, Paola. Cambio constitucional, reproducción y derechos In GARGARELLA R. (ed.). **La Constitución en 2020**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. p.12.

²²⁵ Apontada como um país com fortes raízes católicas e com uma das legislações mais restritiva da Europa, a Irlanda aprovou, em maio de 2018, com 66, 4% dos votos, a legalização do aborto. O "sim" venceu em um referendo para revogar a oitava emenda à Constituição e, com isso o aborto passe a ser permitido até a 12ª semana de gestação, podendo chegar até a 23ª semana em caso de risco para saúde da mulher ou anormalidade fetal. IRLANDA aprova legalização do aborto, com 66,4% de votação popular. **O globo**, São Paulo, 25 e maio de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/irlanda-aprova-legalizacao-do-aborto-com-664-de-votacao-popular-22720890>. Acesso: 10 jan. 2019.

²²⁶ GIMÉNEZ, Francisca Pou. **Maiorias Protegendo Direitos**: A Reforma do Aborto de 2018 na Argentina. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/08/majorities-protecting-rights-the-2018-abortion-reform-in-argentina-i-connect-column/>. Acesso: 10 jan. 2019.

4.5 O aborto na Colômbia

Em pesquisa referente a juridificação do tema da saúde sexual e reprodutiva na Colômbia, González Vélez e Guzmán²²⁷ ressaltam a importância que as decisões judiciais têm na regulamentação normativa do tema em questão, encontrando na jurisprudência a principal regulação para interrupção voluntária da gravidez.

Com a sentença C-355/2006²²⁸, a Corte Constitucional colombiana julgou improcedente uma ação pública de inconstitucionalidade interposta com objetivo de impugnar os artigos 122 a 124 do Código Penal, bases legais da criminalização do aborto naquele país.

Nesse contexto normativo era crime a mulher causar ou permitir que lhe cause o aborto, fixando atenuantes para diminuição de pena se a gravidez resultasse de estupro, ou inseminação artificial, ou transferência de óvulo fecundado sem consentimento da mulher.

Os autores da ação de inconstitucionalidade requereram, com base nos direitos fundamentais à autonomia, à liberdade e à igualdade das mulheres, a despenalização total do aborto sem impedimentos formais ou, alternativamente, quando a defesa do direito à vida do nascituro impactasse de maneira desproporcional os direitos fundamentais da mulher, nas hipóteses de gravidez resultantes de violação sexual; quando afetar o direito à vida, à saúde e à integridade física da mulher; quando a gravidez colocar em risco a vida da gestante; e quando for caso de anomalia fetal.

Para a Corte, o fundamento da proibição do aborto radicou no dever de proteção do Estado colombiano na vida em gestação e não no caráter de pessoa humana do nascituro, como também, na qualidade de titular do direito à vida.

Também entendeu não corresponder a função da Corte Constitucional determinar o momento no qual se inicia a vida humana, para esse problema, o Tribunal julgou haver várias respostas, não somente das perspectivas genética, médica, religiosa ou moral, mas também em virtude de diversos critérios expostos por especialistas, não caberia a Corte esta decisão.

Entendeu o Tribunal que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos deve ser interpretado de maneira harmônica e sistemática, como também os tratados que fazem parte do bloco de constitucionalidade não proteger, de forma absoluta e incondicional, a vida em gestação.

²²⁷GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina; GUZMÁN, Diana Esther. La juridificación del campo de la salud sexual y reproductiva em Colombia. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina**: estrategias jurídicas para luchar por su leglización y enfrentar las resistências conservadoras. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. p. 297- 322. p.310.

²²⁸ COLÔMBIA. Sentencia C-355/06. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

Por sua vez, com os princípios e os valores reconhecidos na Constituição colombiana de 1991 e em outras normas internacionais de direitos humanos, surge a necessidade de ponderar a vida em gestação em contraposição a dignidade da mulher. Diante desses valores, entendeu a Corte colombiana, não se deduzir das normas constitucionais e internacionais um mandado de proibição ou de despenalização para o aborto, portanto, dispõe o Congresso de uma ampla margem para configuração dessa política pública.

Entretanto a discricionariedade da configuração legislativa é margeada pela dignidade da pessoa humana, deste modo a penalização total do aborto resultaria em sacrifício absoluto de todos os direitos fundamentais da mulher grávida, configurando numa inconformidade substancial normativa com a Constituição.

Ao seguir a premissa da leitura moral da legislação penal e diante da omissão do legislador, a Corte resolveu ajustar à Constituição o art. 122 do Código Penal, assim não poder o aborto ser considerado crime quando: 1) o médico atestar a gravidez ameaçar a saúde ou a vida da mulher; 2) o médico considerar a má formação do feto ser incompatível com a vida extrauterina e; 3) a gravidez resultar de estupro, incesto ou inseminação artificial sem consentimento, desde que o fato tenha sido reportado *a priori* às autoridades competentes.

Também foi objeto de análise pela Corte a objeção de consciência e, diferentemente da Corte chilena, a colombiana entendeu que as pessoas jurídicas não são titulares desse direito, portanto, retirando a legalidade dessa argumentação às clínicas ou aos hospitais, cabendo apenas aos médicos, de maneira fundamentada em uma convicção de caráter religioso.

A partir dessas bases argumentativas, a Corte reconheceu ser incompatível com a Constituição e as normas internacionais que formam o bloco de constitucionalidade, o art. 124 do Código Penal que tratava da atenuação da pena em caso de aborto, manteve, entretanto a disposição penal do aborto (art. 122 do Código Penal), excetuadas as excludentes legais a partir da interpretação constitucional.

Dessa leitura, se percebe que o Tribunal deixou a cargo do legislador a responsabilidade da ponderação de interesses constitucionais no que assenta a interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre de gestação com base na autonomia pessoal da mulher. O recurso cada vez mais frequente ao direito formal em matéria de saúde sexual e reprodutiva tem estado acompanhado do poder regulador de altas cortes, em particular a Corte Constitucional e, uma colonização progressiva do campo social pelas lógicas e atores jurídicos²²⁹.

²²⁹GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina; GUZMÁN, Diana Esther. La juridificación del campo de la salud sexual y reproductiva em Colombia. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina**: estrategias jurídicas para

4.6 O aborto na Espanha

A Constituição espanhola de 1978 significou a redemocratização da Espanha, temporalmente alocada na terceira etapa do constitucionalismo ocidental do pós-guerra, utilizou as experiências das recentes democracias de outros países europeus que tiveram suas Constituições promulgadas²³⁰.

O fator temporal do processo de constitucionalização na Espanha trouxe especial relevância no regime jurídico dos direitos fundamentais que, de igual modo, se constata na Constituição brasileira.

Assim como no ordenamento nacional, no direito espanhol, o direito à vida é regulado pela Constituição²³¹ e a relativização desse direito é admitida em tempos de guerra. A proteção à vida humana é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, encontrando similitude nos ordenamentos espanhol e brasileiro. Assim se aponta que:

A controvérsia está em encontrar um consenso legal sobre o momento inicial da vida humana. E isso é uma consequência das diferentes crenças religiosas, convicções filosóficas e os contínuos avanços científicos em relação à determinação do início da vida humana. Além disso, nas últimas décadas tem havido um movimento social em favor da legalização do aborto, refletindo a emancipação das mulheres e profundas mudanças nos costumes sexuais, isto é, uma proposta para enfrentar o aborto a partir da perspectiva de gênero²³².

Segundo Stock e Castro, a proteção à vida humana e o direito ao aborto, em termos constitucionais e doutrinários seguem em terreno movediço na Espanha, ao apresentar-se como uma questão polêmica.

O legislador democrático aprovou em novembro de 1983 o texto final da popularmente conhecida como ‘Lei do Aborto’. Por meio dela, uma nova norma penal foi introduzida: o artigo 417 bis do Código Penal, pelo qual o

luchar por su leglización y enfrentar las resistências conservadoras. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. p. 297- 322. p. 313.

²³⁰O constitucionalismo do pós Segunda Grande Guerra, primeiro é representado pela Lei Fundamental de Bonn de 1949 e pela Constituição Italiana de 1947, as quais serviram de substrato à Constituição de Portugal (1976); da Espanha (1978) e do Brasil (1988). BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso: 04 mai. 2019.

²³¹Artigo 15. Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos a tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Fica abolida a pena de morte, salvo no que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra. (Constituição Espanhola). ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso: 07 jun. 2019.

²³² STOCK, Bárbara Sordi; CASTRO, David Almagro. El derecho a la vida y sus limites la regulación del aborto en España y Brasil. **Revista General de Derecho Constitucional**. n. 15, p. 1-31, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133883>. Acesso: 04 maio 2019.

aborto foi parcialmente descriminalizado pelo comumente conhecido na doutrina penal como ‘sistema de indicações’. A reação imediata do principal partido da oposição, o Partido Popular (PP), não esperou e interpôs um recurso preliminar de inconstitucionalidade ante a citada norma legal. A validade da regra foi suspensa até a sua resolução pelo supremo intérprete da Constituição: o Tribunal Constitucional²³³.

O enfrentamento pelo Tribunal Constitucional Espanhol para decidir sobre a constitucionalidade do direito ao aborto se deu pela *Sentencia 53*, julgado em 11 de abril de 1985. O Recurso Prévio de Inconstitucionalidade nº 800/1983 foi interposto por 54 deputados no Tribunal Constitucional contra o projeto de Lei Orgânica nº 9/1985 (popularmente conhecida como lei do aborto) - Lei de proteção da vida do concebido e dos direitos da mulher grávida, com objetivo de modificar o art. 417 do Código Penal da Espanha, sob alegação de infringir a Constituição.

Sobre as violações constitucionais alegadas na ação constitucional²³⁴ os autores centram-se como primeiro motivo na interpretação do art. 15 da Constituição espanhola, declarando que todos têm direito à vida e à integridade física e moral. Assim, partindo de uma interpretação literal e sistemática da Constituição, ao juízo dos recorrentes, o termo “todos”, contido no art. 15 da Constituição, protege e inclui o concebido e não nascido, de maneira que o reconhecimento do direito à vida se estende também ao nascituro.

Argumentou-se violação à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ao Pacto Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), entendendo que esses pactos reconhecem o direito de “todos” à vida em termos similares à Constituição espanhola.

Como recurso argumentativo, utiliza-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no caso “*Aborto I*” /*BVerfGE 39 (1975)*²³⁵, numa premissa biofisiológica considerou a vida iniciar a partir do 14º dia após a concepção, de modo que a proteção da vida não poderia ser postergada para depois do nascimento e nem situa-la a partir da independência da vida da mãe.

²³³STOCK, Bárbara Sordi; CASTRO, David Almagro. El derecho a la vida y sus limites la regulación del aborto en España y Brasil. **Revista General de Derecho Constitucional**. n. 15, p. 1-31, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133883>. Acesso: 04 maio 2019.

²³⁴ESPANHA. Tribunal Constitucional D’España. **Sentencia 53/1985**. Disponível: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433#>. Acesso: 07 jun. 2019.

²³⁵*Aborto I*” /*BVerfGE 39, 1 (1975)*. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que é inconstitucional dispositivo de lei que regulamente prazos para a incidência da proteção constitucional à vida em desenvolvimento, uma vez que a proteção da vida do nascituro tem prevalência sobre o direito de autodeterminação da grávida, durante toda a gestação, não podendo ser relativizada por um período determinado. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 17. Disponível: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3A_BORTO.pdf. Acesso: 05 nov. 2018.

O alto Tribunal declarou que a despenalização parcial do aborto era conforme a Constituição da Espanha, inferindo que à vida pré-natal não foi considerada como um valor absoluto que não admitisse exceções não puníveis.

Para o tribunal mesmo não sendo o nascituro titular do direito à vida, merece proteção do Estado por ser um bem jurídico, isto é, uma vida humana em formação deve ser protegida, portanto, para ser efetivada, precisa da sanção penal.

Para Stock e Castro, o Tribunal Constitucional espanhol considerou outros bens jurídicos protegidos pela norma constitucional, conjuntos de direitos que possibilitam a autodeterminação vital da mulher, legitimando sua proteção preferencial frente ao nascituro ao atender o critério da ponderação de interesses.

O TC avaliou esta posição considerando que, de fato, há outros bens jurídicos protegidos e amparados pela norma constitucional - a dignidade da pessoa e os direitos que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade (art. 10 CE), o direito à vida da mulher grávida e os direitos a integridade física e moral (art. 15), a liberdade de ideias e crenças (art. 16), os direitos a honra, a intimidade e autoimagem (art. 18)²³⁶.

A Corte não adentrou na polêmica de quando se dá o início da vida, destacando a indeterminação conceitual a partir das teorias interpretativas (genética, médica e teológica).

Na sentença n° 53/85, apreciando a constitucionalidade do Projeto de Lei Orgânica n° 09/85, o Tribunal Espanhol considerou constitucional a descriminalização do aborto, entretanto, declarou a inconstitucionalidade do projeto de lei pela incompletude da regulação.

Considerou-se que o projeto, no que diz respeito ao aborto terapêutico, ao prever a intervenção de um médico para proceder a interrupção da gestação, sem demais especificações, é insuficiente. Tal como no caso de aborto eugênico, a proteção do feto exige o pronunciamento do médico especialista atestando as circunstâncias do caso. Além disso, tanto no caso do aborto terapêutico como eugênico, a comprovação do fato deve ser anterior ao procedimento. Portanto, o legislador deveria prever a comprovação dessas hipóteses estabelecendo soluções oportunas dentro do marco constitucional. O legislador deve assegurar que o procedimento do aborto seja realizado dentro dos limites previstos na lei e de acordo com as condições médicas apropriadas para garantir o direito à vida e à saúde da mulher. Com base nessa fundamentação, a Corte declarou a inconstitucionalidade do projeto de lei, não em razão da descriminalização do aborto nos casos em que há conflito singular de direitos (aborto terapêutico, aborto criminológico e aborto eugênico), mas porque a lei não havia regulamentado suficientemente tais hipóteses de

²³⁶ STOCK, Bárbara Sordi; CASTRO, David Almagro. El derecho a la vida y sus límites: la regulación del aborto en España y Brasil. **Revista General de Derecho Constitucional**. n. 15, p. 1-31, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133883>. Acesso: 04 maio 2019.

maneira que o resultado da ponderação entre os bens e direitos envolvidos estivesse suficientemente garantido²³⁷.

Atualmente, como regra geral, na Espanha o aborto pode ocorrer nas primeiras 14 semanas de gravidez, sem necessidade de alegação de nenhuma causa objetiva, desde que resguarde o período de reflexão de três dias em que a mulher receberá informações relativas à sua situação.

Por efeito, seguem conjuntamente os abortos decorrente das hipótese legais –sistema de indicações, como o sistema de prazos ancorado na livre iniciativa da mulher–14 semanas, entretanto, tais indicações servem para justificar o acesso à prestação pública como causas excepcionais permissivas para aumentar o prazo (não podendo ultrapassar 22 semanas), conforme LO n° 2/2010. O aborto cometido fora das permissões legais continua sendo crime²³⁸.

4.7 O aborto em Portugal

O legislador português através da Lei n° 06, de 11 de maio de 1984, ao estabelecer algumas excludentes de ilicitude em casos de interrupção voluntária da gravidez, alterou os artigos 139, 140 e 141 do Código Penal.

Conforme disposto no art. 140 da lei penal portuguesa, o aborto passou a não ser punível quando: a) constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão ao corpo, saúde física ou psíquica da mulher, e ser realizado nas primeiras doze semanas de gravidez; b) haver motivos seguros para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável de grave doença ou malformação e, for realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez; c) houver sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher, e se realizar nas primeiras doze semanas de gravidez²³⁹.

Esta reforma legislativa desencadeou um litígio constitucional²⁴⁰ por isso o Tribunal foi provocado a se pronunciar acerca da constitucionalidade da alteração da lei penal uma vez que o art. 24 da Constituição portuguesa afirma a inviolabilidade da vida humana.

²³⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 39. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso: 05 nov. 2018.

²³⁸ CUBERO, Daniel Capodiferro. La evolución de la regulación del aborto em España: perspectivas teóricas y proyección normativa. **Anuário da Faculdade de Direito da UDC (AFDUDC)**. v. 20, p. 72-97, 2016.

²³⁹PORTUGAL. **Lei 6/84**. Altera o Código Penal. Diário da República n.º 109/1984, Série I de 1984-05-11. p. 1518-1519. Disponível: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/385266/details/normal?q=aborto>. Acesso: 13 jun. 2019.

²⁴⁰O Tribunal Constitucional Português foi provocado em sede de fiscalização preventiva da Lei n° 6/84, resultando no Acórdão 25/84. Em sede de fiscalização sucessiva, requerida pelo Provedor de Justiça, para ver a declarada a

O Tribunal decidiu que só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, embora a vida intrauterina goze de protecção constitucional como bem jurídico relevante, trazendo o seguinte fundamento:

Por um lado, entende-se que a vida intrauterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito - que só cabe a pessoas -, podendo portanto aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos. Por outro lado, independentemente da natureza da protecção constitucional da vida intra-uterina, nada, porém, impõe constitucionalmente que essa protecção tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada, ou quando seja possível recorrer a outros meios de protecção mais apropriados e menos gravosos. [...] No caso do aborto e da garantia da vida intrauterina, outros meios de tutela e de combate ao aborto existem, que devem preceder os meios penais (medidas de educação sexual que previnam os casos de gravidez indesejada, medidas de aconselhamento, de facilidades laborais e de apoio económico e social que ajudem a mulher a assumir a gravidez e a desejar levá-la a termo) e cuja ausência ou insuficiência só torna mais gravosas e desproporcionadas as normas penalizadoras²⁴¹.

Ao reconhecer a constitucionalidade da lei penal do aborto baseada em indicações, o Tribunal assentou a protecção do Estado à vida intrauterina se dar como valor objetivo, podendo ser sacrificado em contraponto com os direitos fundamentais da mulher grávida, sendo deferente com o legislador numa norma mais garantista sobre o aborto.

Diferentemente do paradigma de *Roe vs. Wade* do direito americano onde o enquadramento do aborto se deu com o reconhecimento da liberdade reprodutiva das mulheres, nos tribunais europeus viu-se posições mais moderadas.

Assenta-se ser a moderação decisória uma consequente da forma, como o questionamento do direito ao aborto surgiu nos tribunais europeus, conforme ressalta Rubio-Marín:

Entre 1974 e 1975, quatro países europeus (Áustria, França, Alemanha e Itália) proferiram decisões constitucionais sobre o aborto, mas em todos eles, tendo a Itália como exceção, foram os grupos que resistiam à liberalização e não os que lutavam por ela que foram aos tribunais. Assim teve início o

inconstitucionalidade dos artigos 140º e 141º do Código Penal, na redacção dada pelo artigo 1º da Lei nº 6/84, de 11 de Maio, bem como dos artigos 2º e 3º desta mesma lei, todos eles respeitantes à exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, pois tais normas violariam várias disposições da Constituição, designadamente o artigo 24º que garante o direito à vida, resultando no acórdão 85/85. PORTUGAL. **Acórdão nº 85/85**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁴¹ Tribunal Constitucional Portugal. Pros. 95/84. Ac. 85/85. PORTUGAL. **Acórdão nº 85/85**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

constitucionalismo europeu a respeito do aborto que até hoje mantém certo caráter reativo em sua essência. A questão principal colocada nestes casos era se a reforma liberal violava o direito constitucional à vida do nascituro²⁴².

A provocação à Corte se insurgia sobre o novo paradigma liberal estabelecido pelo legislador, a questão principal colocada nestes casos era se a reforma liberal violava o direito constitucional à vida do nascituro²⁴³, nesse aspecto a Corte alemã com a decisão de 1975²⁴⁴, passa a ser referência no continente europeu.

Por haver suplantada a questão constitucional no direito português acerca do direito ao aborto, introduzido no panorama jurídico com base em indicações, começa uma nova estratégia, nos anos entre 1997 e 1998, com iniciativas legislativas para despenalizar o aborto sob uma lei de prazos para permitir a escolha das mulheres nos estágios iniciais da gravidez, justificada na ineficácia da lei penalizante e dos riscos à saúde da mulher.

Diante do impasse legislativo, no ano de 1988, foi convocado um referendo vinculante para que os portugueses se pronunciarem diretamente sobre o assunto ao serem questionados a responder: “Você concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez ser realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”.

Sobre o referendo Rubio-Marín, esclarece que:

Conforme exigido pela Constituição, o presidente da República submeteu o projeto de referendo ao Tribunal Constitucional para verificar sua constitucionalidade. O Tribunal decidiria se a questão apresentava aos eleitores um resultado que levaria necessariamente a uma legislação incompatível com a Constituição. Em outras palavras, foi perguntado ao Tribunal se um modelo de prazos, em princípio, era compatível com a Constituição. Em abril de 1998, o Tribunal Constitucional português proferiu decisão favorável à realização do referendo e ele aconteceu em junho de 1998. Para um resultado vinculante, o referendo necessitava de participação de metade de todos os eleitores cadastrados. O quórum não foi atingido: 68,1% dos eleitores cadastrados não participaram. Além disso, apesar das pesquisas de opinião pública que, de forma consistente, demonstravam amplo apoio da

²⁴²RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**. v. 13, n. 1, p. 358-379, mai. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68946/66544>. Acesso em: 13 maio 2019.

²⁴³ *Ibidem*. p. 361.

²⁴⁴ No caso conhecido como aborto I/BVerfGE 39,1- a Corte constitucional da Alemanha apreciou uma nova regulamentação sobre o aborto, julgando a lei inconstitucional em face da proteção da vida do nascituro. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organizador: Leonardo Martins. Fund. Konrad - Adenauer- Stiftung. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideu, 2005. p.268.

sociedade à liberalização, uma pequeníssima maioria dos que votaram - 50,9% para ser exata - rejeitou a proposta²⁴⁵.

Em resposta ao referendo, o “não” prevaleceu. Têm-se como fatores explicativos contra a liberalização o apoio de grupos conservadores (professores de Direito, Igreja Católica, partidos políticos).

Não obstante a derrota do grupo pró-escolha, o Tribunal iniciou uma transformação do cenário constitucional do aborto ao fazer uma análise comparativa do regime jurídico atinente à punibilidade nos quadros dos países da União Europeia (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda²⁴⁶, Itália, Luxemburgo, Reino Unido e Suécia). O acórdão 288/98 - Processo nº 340/98²⁴⁷ do Tribunal Constitucional de Portugal concluiu o aborto, na maioria dos países, não ser punido quando efetuado em prazo fixado dentro das indicações legais, todavia, também, assentou que:

Para além disso, na esmagadora maioria desses países, que partilham uma comum concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana - todos reconhecendo designadamente o direito à vida, desde logo no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem -, durante a fase inicial da gestação (geralmente nas doze primeiras semanas), é possível praticar a interrupção voluntária da gravidez, em estabelecimento de saúde, por opção da mulher. Nalguns casos, essa opção da mulher, nos termos da lei, só deve ser tomada se ocorrerem motivos ponderosos; em todo o caso, a avaliação concreta das circunstâncias, embora com o auxílio do médico ou de outro aconselhamento, bem como a decisão final cabem-lhe por inteiro. [...]. Todavia, também na generalidade dos casos, a decisão de abortar supõe a existência de prévia consulta de aconselhamento, designadamente destinada a informar a mulher dos direitos sociais e das ajudas de que poderia usufruir, no caso de optar por levar a gravidez até ao fim. E, outrossim, essa decisão de abortar só pode normalmente ser levada à prática depois de decorrido um período de reflexão, salvo em manifesto caso de urgência. No que diz respeito à jurisprudência constitucional, cumpre sublinhar que a maioria das jurisdições dos países em que existe um tribunal constitucional ou instituição congénere - e que tenha sido chamado a apreciar a questão da despenalização da interrupção voluntária da gravidez - reconheceu a protecção constitucional da vida intrauterina, sendo a Áustria a única excepção. Todavia, essa posição de partida não impediu as diversas jurisdições constitucionais de, mais tarde ou mais cedo, embora trilhando caminhos por vezes bem distintos, acabarem

²⁴⁵RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**. v. 13, n. 1, p. 364, mai. 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rev_direitogv/article/view/68946/66544. Acesso em: 13 maio 2019.

²⁴⁶Convém expressar que a época dessa decisão, o aborto era proibido na Irlanda, entretanto, em recente referendo, venceu o “sim” e o aborto passou a ser permitido, modificando a oitava emenda à Constituição. O aborto passa a ser permitido de forma irrestrita em solo irlandês até a 12ª semana de gestação, e em caso de risco para a saúde da mulher e anormalidade fetal até a 23ª semana, deixando para trás uma das legislações mais restritivas sobre o tema. IRLANDA aprova legalização do aborto, com 66,4% de votação popular. **O globo**, São Paulo, 25 e maio de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/irlanda-aprova-legalizacao-do-aborto-com-664-de-votacao-popular-22720890>. Acesso: 10 jan. 2019.

²⁴⁷PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 288/98**. Diário da República. n 91/98. p. 2. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso: 13 jun. 2019.

por aceitar a conformidade constitucional da despenalização da interrupção voluntária da gravidez, não só quando ocorram certas indicações, mas também durante o primeiro terço do período gestacional, por decisão da mulher, nos termos já enunciados, quando foram confrontadas com essa situação²⁴⁸.

Mesmo ao ser ponderado os precedentes das cortes europeias, a decisão não foi unânime, entretanto, o Tribunal reafirmou também o poder discricionário do legislativo para favorecer meios mais eficazes do que a criminalização para impedir os abortos no início da gravidez.

Ressaltou o Tribunal inexistir obrigação constitucional de proteção criminal à vida intrauterina, existindo meios mais eficazes e não punitivos de proteger a vida do nascituro, mesmo a legislação de prazos sendo aprovada.

Nas palavras de Rubio-Maríz, em 1988 a Corte portuguesa já estava dando dicas ao legislador para considerar o aconselhamento obrigatório como uma proteção alternativa e suficiente para o nascituro, caso adotasse uma legislação de prazos.

Novamente o debate foi suscitado ao Tribunal quando sugerido um novo referendo para o cidadão aprovar a legislação de prazos que permitisse à mulher escolher o aborto nas dez primeiras semanas de gravidez. Em 2006, o Tribunal Constitucional aprovou o referendo, realizado em 11 de fevereiro de 2007, e, por maioria dos votantes, o “sim” venceu para ver a legislação ser modificada.

O fato de a reforma legislativa ter sido precedida pelo referendo impactou de maneira significativa seu formato, pois proporcionou ao Tribunal a oportunidade de influenciar a lei²⁴⁹, ao entender ser constitucionalmente admissível a opção do legislador por uma lei de prazos, já que a vida intrauterina não tinha prioridade ontológica.

Em 2007, a Lei nº 16 foi aprovada com as bases lançadas pelo Tribunal, prevendo o aconselhamento obrigatório, exigir o consentimento da mulher grávida ou de seu representante em caso de incapacidade, permitindo também a objeção de consciência dos profissionais de saúde.

Em reprimenda, trinta e três membros conservadores do Parlamento, solicitaram à Corte constitucional derrubar a lei por dois motivos: o primeiro por violar a vida humana e deixá-la desprotegida nas dez primeiras semanas de gravidez; e, o segundo, pelo

²⁴⁸*Ibidem*, p.17.

²⁴⁹ RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 1, p. 368, mai. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireito/gv/article/view/68946/66544>. Acesso em: 13 maio 2019.

aconselhamento obrigatório não compensar a falta de proteção por não o ser de natureza dissuasiva.

Por meio do acórdão 75/2010, em 23 de fevereiro de 2010, o Tribunal rejeitou ambos os argumentos ao decidir a alteração do art. 142 do Código Penal pela Lei nº 16/2007 se mostrar constitucional:

É constitucional a exclusão de punição em caso de interrupção voluntária da gravidez se realizada até a 10ª semana de gestação, baseada apenas na vontade da gestante. Não é arbitrário que, uma vez manifestado pelo médico uma objeção de consciência em participar da medida última de interrupção da gestação, a lei o impeça de participar de etapas preliminares, como a consulta prévia²⁵⁰.

O tribunal enquadrou o aborto como uma questão de descrição legislativa e não uma questão constitucional. Essa interpretação representou para grupos favoráveis a descriminalização uma fragilidade, passível de uma reviravolta conservadora, fato apontado por Rubio-Maríz como o ponto fraco da doutrina portuguesa²⁵¹.

4.8 O aborto na Alemanha

Duas são as decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha mais discutidas acerca do direito ao aborto: BVerfGE39, 1 - *Aborto I* (1975) e, BverfGE 88, 203 - *Aborto II* (1993)²⁵². Ambas tratam da apreciação normativa em controle abstrato de constitucionalidade.

Com a nova regulamentação do aborto por meio da 5ª Lei de Reforma do Código Penal, de 18 de junho de 1974, do § 218 até o 220 passaram a ter nova redação, trazendo como principais inovações à lei penal do aborto: a criminalização alcançaria quem interrompesse a gravidez depois do 13º dia após a concepção (§ 218 I); o aborto praticado por um médico não seria punível desde que não ultrapassada 12 semanas desde a concepção e houvesse o consentimento da gestante (§ 218a); após ultrapassado esse prazo, se houvesse risco para vida da grávida ou sério comprometimento para seu estado de saúde (§ 218); ainda em se o feto apresentasse deficiência

²⁵⁰PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 75/2010**. Processos n.º 733/07 e 1186/07. Tribunal Constitucional Portugal. Disponível: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. Acesso: 13 jun. 2019.

²⁵¹RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**. v. 13, n. 1, p. 377, mai. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68946/66544>. Acesso em: 13 maio 2019.

²⁵²SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organizador: Leonardo Martins. Fund. Konrad - Adenauer- Stiftung. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideu, 2005. p.265.

insanável em seu estado de saúde que não se pudesse exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que não ultrapassada 22 semanas após a concepção (§ 218b)²⁵³.

A inovação na lei do aborto estabeleceu novas excludentes de ilicitude como uma dualidade de regras de prazo e regras de indicação (saúde da mãe e eugênica). A sanção penal alcançaria a prática do aborto após as 12 semanas desde a concepção, sem que o órgão competente confirmasse os pressupostos da indicação médica e da eugenia, entretanto, a sanção, não alcançaria a mulher.

O controle normativo abstrato proposto por 193 membros da Câmara Federal e por alguns governos estaduais contra as assim chamada “solução do prazo” (*Fristenlösung*), levou o TCF a declarar o § 218a StGB em sua essência como nulo, ordenando, até o início da vigência de uma nova regulamentação legal, determinadas formas de uma regulamentação da indicação (em aplicação do § 35 BVerfGG)²⁵⁴.

O Tribunal Constitucional Federal considerou a vida em desenvolvimento no ventre materno gozar de proteção constitucional como bem jurídico independente, ao dar prevalência a proteção da vida do nascituro sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada a vida do feto por prazo determinado.

No espectro constitucional, a Corte entendeu ser inexigível o prosseguimento da gravidez quando o aborto for necessário para evitar perigo à vida da gestante ou perigo de dano grave ao seu estado de saúde. Assim, não estar a lei reformadora apta à proteção constitucional da vida em desenvolvimento quando estabelecer “solução de prazo”, como assentava o art. 218a do Código Penal.

O § 218a StGB, na redação da quinta Lei para a Reforma do Direito Penal (5ª. StrRG) de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), é incompatível com o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I GG e nulo, na extensão em que excluir punibilidade do aborto também quando não existirem motivos que - no sentido das razões de fundamentação da presente decisão - possam ser afirmados diante da ordem axiológica da *Grundgesetz*²⁵⁵.

Na decisão de 25 de fevereiro de 1975, caso do *Aborto I*, a ponderação se deu a favor da prioridade de proteção à vida do nascituro e da legitimidade do Estado em forçar, com instrumentário do direito penal, o prosseguimento da gravidez, uma vez o nascituro constituir um ser independente e estar sob proteção constitucional. O aborto dispunha de uma dimensão social.

²⁵³ *Ibidem*. p. 266.

²⁵⁴ *Ibidem*. p. 267.

²⁵⁵ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organizador: Leonardo Martins. Fund. Konrad - Adenauer- Stiftung. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideu, 2005. p. 268.

Após a reunificação da Alemanha, em 03 de outubro de 1990, o Estado passou a ter dois mandamentos jurídicos sobre o aborto, vigentes em cada metade do país:

No território da antiga RDA continuou primeiramente vigente a regra do prazo lá vigente desde 1972, segundo a qual um aborto praticado nas primeiras doze semanas da gestação em regra não era sancionado penalmente, equiparando-o para efeitos previdenciários até mesmo a um caso de doença. De acordo com a prescrição do Contrato da Reunificação, de criar, até o final do prazo de transição, uma disciplina jurídica unificada para o direito de aborto, a Câmara Federal promulgou a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante - SFHG de 27 de julho de 1992. Ao lado de um feixe de medidas normativas sobre aconselhamento, esclarecimento e apoio social previdenciário, que deviam facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as condições para o nascimento do filho, a SFHG previa também uma nova regulamentação do sancionamento penal do aborto²⁵⁶.

Com a promulgação da Lei de Ajuda Familiar e à Gestante, de 27 de julho de 1992, segundo a qual um aborto realizado dentro das doze semanas da gestação não era punível (lei de prazos sem indicação específica), entretanto, impunha-se um ônus à grávida: a comprovação de ter passado pelo aconselhamento por órgão administrativo criado para esse fim, com o objetivo de desestimular o aborto e convencê-la a prosseguir na gravidez.

Contra a nova regra, 249 membros da Câmara Federal e o Governo da Baviera propuseram o controle abstrato de normas no Tribunal Constitucional Federal, surgindo o caso *Aborto II/ 88 BVerfGE 203*.

Nessa decisão, o Tribunal reafirmou a Lei Básica obrigar o Estado a proteger a vida humana, incluindo também a vida intrauterina, uma vez a dignidade humana alcançar o nascituro, contudo entendeu a proteção da vida não ser ordenada de forma absoluta para gozar de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos sem exceção.

A lei fundamental alemã (*Grundgesetz*) declara no art.1 I ser *intocável* a dignidade humana, ao ser dever de todos os poderes estatais observá-la e protegê-la, havendo clareza no mandamento da intocabilidade como comando positivo de proteção. Entretanto, a dificuldade dogmática circunda em quando se pode afirmar ou não que a dignidade humana foi atingida.

A decisão trouxe à baila como bens jurídicos contrapostos atingidos pelo direito à vida do nascituro, à dignidade humana da mulher, o seu direito à vida e à incolumidade física, tal qual seu direito de personalidade. Nesse aspecto, entendeu a Corte, o legislador determinar como tarefa, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção, já que a Constituição fixa a proteção como meta sem detalhar sua configuração.

²⁵⁶ *Ibidem*. p. 274.

Por fim, o Tribunal entendeu não haver vedação constitucional ao plano de aconselhamento para desestimular o aborto, deixando para as mulheres a responsabilidade da última palavra. Após essa obrigação, poderia exercer o direito de requerer um médico para o aborto lícito no prazo de até doze semanas.

O TCF declarou nulo, entre outros, o § 218a I StGB na redação da SFHG, no ponto em que o dispositivo qualificava como não antijurídico o aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento segundo o § 219 StGB na redação da SFHG. O § 219 StGB foi igualmente declarado nulo, porque o aconselhamento lá previsto não perseguia suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez²⁵⁷.

Em contraponto aos resquícios das atrocidades do nazismo, a dignidade humana tem especial precedente no constitucionalismo alemão e, com ela, a gênese da proteção à vida e à liberdade.

Na decisão do *aborto I*, o TCF reconheceu o caráter originário da vida do feto e o dever da tutela estatal contra agressões provenientes de particulares, portanto, prevalente à autodeterminação da mãe. O tribunal julgou nula em parte a regra de prazos sem uma recomendação específica de proteção à vida da mãe e, nesse sentido, determinou ser a lei inapta a proteger constitucionalmente a vida em desenvolvimento.

Ao manter o preceito protetivo da vida intrauterina no *aborto II*, expressando a Constituição explicitar a proteção da vida como meta, estabelece, contudo, ser tarefa do legislador determinar detalhadamente sua extensão e compor as situações de exceções nos elementos jurídicos típicos-normativos. Em contrapartida, ao Tribunal cabe atuar em caso de proteção insuficiente.

Com base no princípio da harmonização das posições concorrentes protegidas pela Constituição, para o tribunal a vida do feto não pode ser relativizada por um prazo, cabendo primordialmente ao legislador a estabilização dessa proteção ao decidir as medidas necessárias para a efetivação desse direito.

4.9 Considerações ao aborto no direito comparado

Os dados acima expostos confirmam a tendência à liberalização do aborto.

²⁵⁷ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organizador: Leonardo Martins. Fund. Konrad - Adenauer- Stiftung. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideu, 2005. p. 277.

Nota-se que as reformas sobre o aborto não se evoluíram igualmente, em alguns países o legislador foi o protagonista e em outros as modificações legais ocorreram sob o prisma dos princípios constitucionais em que os tribunais constitucionais assumiram o protagonismo.

México, Chile, Argentina e Colômbia foram países os quais tiveram como protagonista da regulação do aborto o Poder Legislativo, revelando uma postura de deferência por parte dos respectivos Tribunais Constitucionais.

No contexto latino-americano, o recente processo argentino serve como indicativo de uma mudança política na região centrada no judiciário em responder as questões morais, mostrando o ambiente da política ser o *locus* de resolução dos dissensos entre minoria e maioria, oposição e governo, para reforçar o amadurecimento democrático na interpretação dos valores culturais e da tomada de decisão sobre quais valores terão prevalência.

A atuação dos Tribunais Constitucionais latino-americanos, analisados nesse estudo, não se deu sob a perspectiva da criação de um direito judicial ao aborto ao ser provocado por grupos políticos para ver julgada inconstitucionais as reformas legislativas, seja no contexto da descriminalização parcial ou na descriminalização total, isso possibilitou aos tribunais o fornecimento de bases teóricas para possibilidades constitucionais mais amplas alinhadas aos discursos transnacionais ao contextualizar uma interação dialógica entre os poderes constituídos.

Considerou-se, portanto, não haver uma proteção absoluta à vida nas normas constitucionais, por conseguinte, coube uma leitura moral da legislação penalizante com os preceitos uniformizadores da dignidade humana, sem que os tribunais adentrassem no campo científico de conceituar a vida.

Percebem-se posições moderadas nos tribunais europeus, a provocação para o enfrentamento do tema do aborto se deu por grupos políticos resistentes à liberalização pela arena política. Ao ser questionado se a reforma liberal violava o direito constitucional à vida do nascituro, assume o Tribunal a função de mediador e intérprete constitucional ao lançar bases constitucionais e ao abrir o diálogo institucional através do tema de alta sensibilidade, sem as escolhas políticas partirem de um grupo de juízes.

O tribunal espanhol ao apreciar a descrição legislativa, mesmo ao declarar a inconstitucionalidade em face da incompletude regulativa das hipóteses legais, considerou constitucional a descriminalização do aborto a partir do sopesamento dos valores envolvidos, sem, contudo, se arvorar a definir o início da vida ao destacar a indeterminação conceitual das teorias interpretativas.

Enquanto se constata nos países latino-americanos e europeus analisados nessa pesquisa terem o envio para a apreciação constitucional partir de grupos políticos vencidos no parlamento e contrários a uma política liberal, no Brasil a linha trilhada foi para o tribunal declarar o direito judicial assumindo a agenda política.

A Suprema Corte brasileira seguiu o traçado da Suprema Corte americana com o consequente poder da *judicial review* ao criar por via judicial mais uma hipótese legal do aborto, apostando numa democracia jurídicista, sem preocupações com as virtudes passivas, relacionadas com a legitimidade das Cortes para adentrar em questões tradicionalmente afetas ao ramo da política.

De forma antagônica às posições dos tribunais analisados, o STF encontrou competência não só para criar mais uma atipicidade penal para o aborto, mas também para traçar o conceito de vida para o direito, relacionando aos critérios voltados para a dignidade, para a viabilidade de desenvolvimento e também para a presença de características mentais de percepção, de interação, de emoção, de relacionamento e consciência, de intersubjetividade e, não apenas de reflexos e de atividades referentes ao desenvolvimento unicamente biológico. Assim se concluiu na ADPF 54 sobre a anencefalia não ser compatível com a ideia de vida para o direito.

A perplexidade está na amplitude qualitativa da decisão, na perspectiva da competência institucional e, não em seu mérito, expressada pela reflexão judicial maximalista, definindo o início da vida e de uma não vida para criação judicial do direito ao aborto, ao assentar no visionismo iluminista de fazer justiça e promover avanços sociais em pautas estancadas na agenda política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No novo ambiente democrático surgido com o pós-guerra, as constituições rígidas trazem consigo a promessa de garantir a higidez de direitos fundamentais, dotando-se de instrumentos jurídicos capazes de limitar o legislador às balizas da essência de um novo direito, ao incumbir os Tribunais Constitucionais da fiscalização da conformidade normativa com a conformidade substancial dos direitos protegidos pela Constituição.

A partir desse novo paradigma, a jurisdição constitucional tem exercido função relevante na proteção de direitos fundamentais e na preservação do sistema democrático.

Entretanto, foi se constatando na perspectiva traçada por Ran Hirschl, um deslocamento de poderes decisórios da arena política para a judicial, com a constatação da consolidação de uma *juristocracia*, levantando a abertura do debate sobre a autoridade, a capacidade institucional e a legitimidade dos juízes, sobretudo do juiz constitucional.

Esse fenômeno também é constatado no Brasil por se ter além de uma Constituição abrangente, um Poder Judiciário forte e independente que as últimas décadas o fez ascender politicamente revelada pelo aumento do poder judicial, o que tem provocado tensões institucionais, especialmente com o Poder Legislativo. O envolvimento do STF na decisão de pautas políticas desperta à curiosidade acadêmica para o deslocamento da discussão da problemática da supremacia judicial, não pela *judicial review* que é relevante e pode ser levada em conta pelo legislador, mas pelo viés da disputa de poder decisório e dos reflexos secundários que pode causar na democracia.

Nesse aspecto, tem de se considerar os fatores jurídicos, políticos, institucionais, culturais e contextuais, os quais elevam o poder da jurisdição constitucional ou as suas agruras, podendo causar impactos ora positivos ora negativos na democracia constitucional.

A singularidade do Supremo Tribunal brasileiro pelo exercício do controle normativo pela via difusa e pela via concentrada, torna-o um tribunal poderoso, pois nas últimas décadas tem sido chamado à deliberação de variadas pautas envolvendo questões de complexidades moral, religiosa, política, social e econômica.

Neste estudo procurou-se responder como o STF tem assumido o ativismo judicial em questões relacionadas à descriminalização do aborto, circundando na legitimidade da atuação expansiva ao eleger uma decisão política para construir um conceito de vida – ou em caso concreto ou ao se adotar uma escolha para descriminalizar o aborto. Outra questão a ser

abordada foi se a judicialização da política é eficaz para cidadania constitucional ou se apresenta como um retrocesso emancipatório.

Do seu desenvolvimento revelou-se que numa democracia constitucional o movimento pendular da Corte, ao assumir o ativismo ou as virtudes passivas (política do *self-restraint*), é uma postura necessária e recomendável. O alcance do pêndulo irá definir sua adequação constitucional.

Para situar a posição tomada pelo STF na questão do aborto optou-se por estudo comparado de como alguns Tribunais não somente da América Latina que trataram desse tema, bem como outros Tribunais europeus, revelam a deferência com o legislador, bem como no reconhecimento da incompetência institucional para traçar um conceito indagador de ‘vida’ para o direito.

Enquanto o STF segue a argumentação traçada pela Suprema Corte americana, que ao decidir sobre o aborto no caso *Roe v. Wade* criou um direito judicial ao aborto, entretanto, nosso Tribunal mostra-se uma Corte mais poderosa ao estabelecer um conceito de ‘vida’ para o direito, revelador de um maximalismo decisório invasor do campo de outros saberes científicos.

De uma atuação neutra e tecnicista à simbolização de “tábua de salvação”, consolidado por ações objetivas, o STF tem resolvido desde a criminalização da homofobia à descriminalização do aborto e ao reconhecimento da união homoafetiva, imprimindo aspecto político em suas decisões.

Não se pode esquecer ser no judiciário que os problemas sociais e minorias históricas abraçam esperanças e relatam suas angústias; e, nesse imaginário, a crença social brasileira não dispensa um Judiciário presente e atuante, mesmo com as críticas de sua ampliação fronteira e denúncias de um ativismo destemperado.

Pesquisas científicas demonstram grupos de interesse ocuparem relevantes parcelas na propositura das ADPFs. Partidos políticos direcionam suas demandas para o STF, possibilitando sua atuação como “primeira câmara” em temas de sofrível aceitação no parlamento, assim como o fez o PSOL com a ADPF n° 442 para ver a descriminalização do aborto até o terceiro trimestre de gravidez, arguição que ao termino desse estudo ainda está pendente de julgamento.

Na questão da homofobia quantas vezes gritaram “criminaliza STF” e, do aborto na ADPF n° 54, tantos outros pediram “descriminaliza STF”; na união homossexual, gritos de: “reconhece STF”. Infelizmente há tantas outras complexidades sociais que vão ficando à ribanceira na corrente dos direitos por não representar ganho político. Nesse toar, temos uma

Corte que escuta as vozes das ruas: iluminista ou que atrasa a história do amadurecimento democrático.

Nesse aspecto, nossa tradição parece se aproximar da norte-americana ao ver no juiz o principal ator do processo democrático.

Por outro lado, ao se dar uma nova conceituação à separação dos Poderes e representar uma atualização daquela desenvolvida por Montesquieu, encontra-se um traço diferente ao se ter como elemento primário a tese do equilíbrio de poderes em complementariedade, estabelecendo freios e contrapesos entre eles.

É por essa ordem complementar se ter por relevante o poder corretivo dos juízes constitucionais no exercício da revisão judicial, contudo, não estar ele isento dos parâmetros traçados na Constituição que não lhe transferiu a exclusividade do centro de decisão em relação ao conteúdo dos direitos fundamentais contidos em seu texto.

O amplo poder que goza o juiz constitucional faz revelar pouca observância da linha limítrofe resultando em uma amplitude discricionária deixada ao seu arbítrio.

Entretanto, convém observar, nem sempre decisões de temas de elevado peso político sucede numa decisão política carregada de utilitarismo ilegítimo em confronto com a ordem jurídica.

A crescente judicialização da vida corrobora para o STF se manter como um dos mais importantes *players* políticos da atualidade, ocupando como ponto nevrálgico da discussão contemporânea os limites da atuação do judiciário.

Observou-se a juridificação de questões de complexidade moral/social ser usada para transformar disputas sociais em legais, inclusive por aqueles que deveriam propulsionar o debate público, revelando-se um caminho à expropriação da opção do cidadão constitucional em resolver seus dissensos numa arena política por um amplo debate.

O envio de todo conflito moral para o Judiciário resulta numa crescente despolitização das relações sociais, demonstrando o ativismo judicial não poder ser entendido como um problema de hermenêutica.

Nesse paradoxo supremocrático, coalizações políticas e sociais buscam concretizar suas reivindicações políticas no Judiciário sem se preocupar com constrangimentos, ficando em segundo plano a questão constitucional da legitimidade institucional e, por efeito, dos limites da decisão judicial.

Direta ou indiretamente, nas ações que envolveram a questão do aborto: a ADI nº 3510/DF tratou da constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005, apesar da deferência com a escolha legislativa ingressou o tribunal no âmbito da complementariedade multidisciplinar,

envolvendo desde dilemas de moralidade ética até o campo científico do início da vida; na ADPF/ 54 se atribui novo sentido ao art. 128 do Código Penal na argumentação de uma não vida do feto anencefálico, tomando a dianteira de projetos de lei estancados no parlamento envolvendo essa complexidade, retratando-se o ativismo contramajoritário; no HC n° 124.306/RJ onde a centralidade processual estava adstrita à liberdade de profissionais de saúde, constatou-se a indisposição de submeter-se apenas ao pedido das partes, uma vez que a retórica da descriminalização do aborto ocupa o corpo da decisão, cria-se espaço para protagonizar um debate sem sequer ser objeto do pedido, ainda, enfrenta a questão da descriminalização ampla até o terceiro mês de gestação. Com uma resposta invasiva e maximalista, justifica ser o STF um tribunal poderoso ao submeter as instâncias políticas à Constituição por ele interpretada.

Essa percepção se dá à medida em que os próprios Ministros reconheceram a inadequação da via processual do *habeas corpus* utilizado como substitutivo recursal, em desacordo com a jurisprudência da Corte.

Entretanto, em posição contrária à jurisprudência, é admitido pelo fundamento da análise à relevância da matéria - aborto - expressado no voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso. A posição de ultrapassar um precedente formado na Corte confirma a pesquisa enunciativa da insatisfação dos Ministros em seguir precedentes e súmulas estabelecidos pelo Tribunal bem como a comprovação de uma supremocracia favorecida pela ampla discricionariedade, pela ausência de *standards* interpretativos e pela indisposição de se submeter apenas ao pleito da parte.

Ao perceber que o Supremo decidiu agir, diante da força simbólica e persuasiva que essa decisão acarreta nos meios jurídicos e sociais, o tema retornou ao Supremo através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n° 442, tendo como requerente o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) sob a relatoria da ministra Rosa Weber que já explanou sua posição pública sobre o tema no HC n° 124.306/RJ.

Assim, percebem-se litígios estratégicos terem impulsionado e estimulado a extensão do Tribunal Constitucional, convertendo-o em arena política resolutive de múltiplos interesses a partir de uma linguagem da proteção constitucional, além de ter assumido uma poderosa posição ativista na questão do aborto, desmistificando o mito da neutralidade.

Sem dúvida a jurisdição constitucional desempenhar um papel fundamental nos arranjos institucionais das democracias contemporâneas, especialmente na função tutelar dos direitos fundamentais, sobretudo em tempos de conservadorismo político, mas apostar todas as moedas democráticas na infalibilidade judicial e no visionismo de juízes constitucionais pode representar uma ditadura judicial tal qual a da política.

Diante de complexas pautas, o equilíbrio pendular democrático seja pela superação da inércia legislativa ou na ressignificação do direito, requer ser parametrizado por diálogos tanto institucionais como sociais em observância ao sistema de freios e contrapesos, uma vez que a criação de um ambiente dialógico na seara constitucional não cabe apenas ao Judiciário.

Da mesma maneira que a *judicial review* resulta útil à higidez democrática, de forma destemperada pode ser maléfica para os propósitos do constitucionalismo democrático, posto que o sentido libertário desse novo ambiente também está em à sociedade escolher seu destino e não o STF ser a “casa dos destinos” de uma “sociedade órfã”.

Por fim, reforça-se a necessidade de que parâmetros sejam estabelecidos na demarcação da legitimidade da intervenção judicial. Sabe-se não ser fácil, todavia a prevalência da democracia constitucional deve ficar acima da vaidade humana.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Os direitos e deveres fundamentais e a descriminalização do aborto: uma breve análise da ADPF 442 e da ADI 5.581. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5076, 25 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57767>. Acesso em: 24 maio 2019.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ARGENTINA. **Sentença da Corte Suprema**. Mar. 2002. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=516601&cache=1527630605077>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, p. 405-440, mai. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63629>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BARBOSA, Maria Lúcia. **Democracia direta e participativa**: um diálogo entre a democracia no Brasil e o novo constitucionalismo latino americano. Recife. UFPE, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/15223/1/BARBOSA%2C%20Maria%20L%20C3%BAcia.%20Democracia%20direta%20e%20participativa.%202015.pdf>. Acesso em: 27 ago 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Interesse público, Belo Horizonte, v. 12, jan. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf>. Acesso em: 19 dez 2018.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[s/n] Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso: 20 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro,

v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BERGALLO, Paloma. **Diálogos constitucionais e reforma da lei do aborto na Argentina**: o que vem a seguir? Fev. 2019. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2019/02/constitutional-dialogues-and-abortion-law-reform-in-argentina-whats-next/>. Acesso em 28 fev. 2019.

BERGALLO, Paola. Cambio constitucional, reproducción y derechos In: GARGARELLA R. (ed.). **La Constitución en 2020**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

BERGALLO, Paola. Del fracasso del giro procedimental a la inviabilidade del modelo de causales. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina**: estrategias jurídicas para luchar por su leglización y enfrentar las resistências conservadoras. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Frente quer barrar projeto que permite aborto em caso de microcefalia**. Mar. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/574146-frente-quer-barrar-projeto-que-permite-aborto-em-caso-de-microcefalia.html>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Boletim de Jurisprudência Internacional**: aborto. ed. 03, Jun., 2018. p. 49. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso: 05 nov. 2018.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4277/DF**, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 01.12.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442**. Pleno. Rel. Rosa Weber, jul. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 MC/DF**- Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29.04.2004, *DJ* de 4.5.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 12. *DJ* Nr. 77 do dia 20/04/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 124.306**. Rel. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 09/08/2016, Publicação em 17/03/2017. p. 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança** 26.602/DF. Pleno, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 17.10.2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27706686/stf-mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório 197/917/SP**. Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, *DJ* 07.05.2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185075&modo=cms. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF receberá certificado por decisão histórica que reconheceu união homoafetiva como entidade familiar**. Dez. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398450>. Acesso em: 08 jan. 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155>. Acesso em: 2 maio 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlo Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. v. 51, p. 159-179, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba. n. 23, p. 117-139, nov. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 out. 2018.

CHILE. **Lei 21.030 de 23 de septiembre de 2017**. Publicada no D.O. de La República de Chile, N. 41.866. Disponível em: <http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Ley-21.030-1.pdf>. Acesso: 10 jun. 2019.

COLÔMBIA. **Sentencia C-355/06**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**. v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2008.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional**: sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli; a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direito Fundamentais e Democracia**. Curitiba. v. 14, n. 14. jul./dez. 2013.

CORREA, Alessandra. **Estados conservadores ampliam pressão sobre Suprema Corte dos EUA para proibir o aborto**. BBC News, abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47994076>. Acesso em: 10 maio 2019.

CUBERO, Daniel Capodiferro. La evolución de la regulación del aborto em España: perspectivas teóricas y proyección normativa. **Anuário da Faculdade de Direito da UDC (AFDUDC)**. v. 20, p. 72-97, 2016.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lênio Luiz. **Aborto**: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. Consultor Jurídico, dez. 2016. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexys-stf>. Acesso: 11 dez. 2018.

DEVINS, Neal. Rethinking Judicial Minimalism: Abortion Politics, Party Polarization, and the Consequences of Returning the Constitution to Elected Government. **Vanderbilt Law Review**. v. 69, n. 4, aug., 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2737959>. Acesso: 01 maio 2018.

DIMOLIUS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Jus Podivm, 2013. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas.pdf>. Acesso: 14 ago 2018.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 22, p. 653-660. Fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso: 07 jun. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 53/85**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/Ca/Resolucion/Show/433#>. Acesso: 07 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US **Supreme Court. Dred Scott vs. Sandford, 60 U.S. 393, 1857**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. Acesso em: 22 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Supreme Court. GRISWOLD v. Connecticut. 381 U.S. 479, 1965**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso: 20 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Supreme Court. Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso: 20 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Supreme Court. Griswold v. Connecticut. 381 U.S. 479, 1965**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso: 20 jan. 2019.

FALCÃO, Joaquim *et al.* **II Relatório Supremo em Números: O Supremo e a Federação entre 2010 e 2012**. FGV Direito Rio, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 18 dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**. n. 17, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiências históricas e tendências atuais**. Trad. Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014.

GALINDO, Bruno. **Criminalização da homofobia, omissões inconstitucionais e diálogos institucionais**. Justificando, fev. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/25/criminalizacao-da-homofobia-omissoes-inconstitucionais-e-dialogos-institucionais/>. Acesso: 27 fev. 2019.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso: 08 ago. 2018.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ. **REI - Revista Estudos Institucionais**. v. 3, n. 2, p. 1280-1315, fev. 2018. Disponível em: <https://estudiosinstitucionais.com/REI/article/view/182>. Acesso em: 31 abr. 2019.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. **Maiorias Protegendo Direitos: A Reforma do Aborto de 2018 na Argentina**. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/08/majorities-protecting-rights-the-2018-abortion-reform-in-argentina-i-connect-column/>. Acesso: 10 jan. 2019.

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina; GUZMÁN, Diana Esther. La juridificación del campo de la salud sexual y reproductiva em Colombia. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su leglización y enfrentar las resistências conservadoras**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

GREEN, Craig. An intelectual History of judicial activism. **Emory Law Journal**. v. 58, ano 5, n. 19, p. 1203, 2009.

HABERLE, Peter. El tribunal constitucional federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. de Joaquín Brage Camazano. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 9, Madrid, p. 113-139, 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1986343>.. Acesso em: 14 ago. 2018.

HARBEMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 11: Iss. 1, Article 4, 2004. p. 84. Disponível em: www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4. Acesso em: 28 mar. 2019.

IRLANDA aprova legalização do aborto, com 66,4% de votação popular. **O globo**, São Paulo, 25 e maio de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/irlanda-aprova-legalizacao-do-aborto-com-664-de-votacao-popular-22720890>. Acesso: 10 jan. 2019.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**: La justicia constitucional. en “Anuario Jurídico”, n. 1, México, 1974, p.471-515, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, out. 2004, p. 1445-1450. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 27 jan 2019.

LEITE, Glauco Salomão. A dificuldade em ser contramajoritário: três décadas de jurisdição constitucional oscilante. In: LEITE, Glauco Salomão et al. (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: balanço crítico e desafios à (re) constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEITE, Glauco Salomão. A dinâmica da política constitucional: o que podemos extrair do caso “brown vs. board education”? **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 2-12, maio 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direrito/article/view/11521>. Acesso em: 08 jan. 2019.

LEITE, Glauco Salomão. A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 64, p. 50-65, 2008.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O pensamento jurídico brasileiro e a reconstrução da dogmática constitucional pós-1988: o neoconstitucionalismo e a armadilha do protagonismo judicial. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK Lenio Luiz (Coord.). **Neoconstitucionalismo**: avanços e retrocessos. Belo Horizonte; Fórum, 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal**. 10 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 22 mai. 2019.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Introdução ao Simpósio I-connect**: A Decisão do Aborto do Tribunal Constitucional do Chile: Cinco Perspectivas. Jul., 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/07/introduction-to-i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-five-perspectives>. Acesso em: 18 jan 2019.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**. São Paulo. n. 57, p. 113-133, 2002.

MADSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos Federalistas, 1787-1788**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática? In: VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (Coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF**: construindo um constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

MATOS, Daniel Ortiz. **Sobre a (im)parcialidade do Supremo**: a questão do aborto. Consultor Jurídico, jul. 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/diario-classe-imparcialidade-supremo-questao-aborto>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia. **Acción de Inconstitucionalidad 146/2007**. Disponível em: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/D%20ESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf. Acesso: 20 abr. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**.

Campinas, v. 23, n. 1, p. 230-260, Abr. 2017. p. 234 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000100230&lng=en&nrm=iso. Acesso: 14 abr. 2019.

MONTES, Rocío. **Congresso do Chile aprova lei que permite aborto ao menos em caso de estupro**. El País. Ago 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/03/internacional/1501732590_533051.html. Acesso: 19 jun. 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**. v. 43, p. 111-141, 2006. p. 121. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p111.pdf. Acesso: 20 jan. 2019.

NOTÍCIAS UOL. **Ranking da “economista” vê Brasil como democracia imperfeita**. Publ. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2019/01/09/ranking-da-economist-ve-brasil-como-democracia-imperfeita.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 22 abr. 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012. P.144.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54: dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, p. 577-598, jul./dez. 2013.

PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mário Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza. v. 15, p. 138-159, 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Lei 6/84**. Altera o Código Penal. Diário da República n.º 109/1984, Série I de 1984-05-11. p. 1518-1519. Disponível: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/385266/details/normal?q=aborto>. Acesso: 13 jun. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão 75/2010**. Processos nºs 733/07 e 1186/07. Disponível: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. Acesso: 13 jun. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão nº 85/85**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão nº 288/98**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso: 13 jun. 2019.

PUGA, Alma Beltrán y. La jurisprudência constitucional sobre el aborto em México. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legislación y enfrentar las resistências conservadoras**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

PUGA, Alma Beltrán y. La jurisprudência constitucional sobre el aborto em México. In: BERGALLO, Paola. **El aborto en América Latina**: estrategias jurídicas para luchar por su leglización y enfrentar las resistências conservadoras. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA Thiago dos Santos. Como respondo cientificamente a uma questão jurídica controversa? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de informação legislativa**. v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509926>. Acesso: 28 nov. 2018.

RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 10, p. 96-126, 2017.

RODRIGUEZ-RUIZ, Blanca. **Simpósio I-connect**: A decisão do Aborto do Tribunal Constitucional chileno: Porta aberta e à esquerda. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/08/i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-door-opened-and-left-ajar/>. Acesso em: 18 jan. 2019.

RONDON, Gabriela; GUMIERI, Sinara; BRITO Luciana. **Decisão do Aborto do Tribunal Constitucional do Chile**: Lições para tribunais vizinhos da América Latina. Ago. 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/08/i-connect-symposium-the-chilean-constitutional-courts-abortion-decision-lessons-for-neighbor-latin-american-courts/>. Acesso em 18 jun. 2019.

RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**. v. 13, n. 1, p. 358-379, mai. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68946/66544>. Acesso em: 13 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito a vida: comentários à decisão na ADPF 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos a anencefalia fetal. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v. 1, n. 2, jul./dez. 2014.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organizador: Leonardo Martins. Fund. Konrad – Adenauer - Stiftung. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideu, 2005.

STOCK, Bárbara Sordi; CASTRO, David Almagro. El derecho a la vida y sus límites la regulación del aborto en España y Brasil. **Revista General de Derecho Constitucional**. n. 15, p. 1-31, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133883>. Acesso: 04 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1, p. 2-20, abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>. Acesso em: 24 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**. v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 07 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Unissinos, RS, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009. Disponível em: <http://revistas.unissinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 12 jan. 2019.

STRECK, Luiz Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Alexandre Moraes da Rosa... Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THE GUARDIAN. **Georgia governor signs bill to ban abortion after six weeks**. May, 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2019/may/07/georgia-governor-signs-bill-to-ban-abortion-after-six-weeks>. Acesso: 10 maio 2019.

UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Trad. Telles, Cristina. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, b. 2, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. Disponível: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso: 15 out. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo democrático: sobre como reside no poder a aptidão para limitar a si mesmo. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (Coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: a magistratura que queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso: 12 fev. 2019.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-459, jun./ago., 2008.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição a Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [online]. Rio de Janeiro, jul./ago. 2008, p. 03-05. Disponível em: http://www.cis.pucio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2011.