



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo Aidê Bueno de Camargo

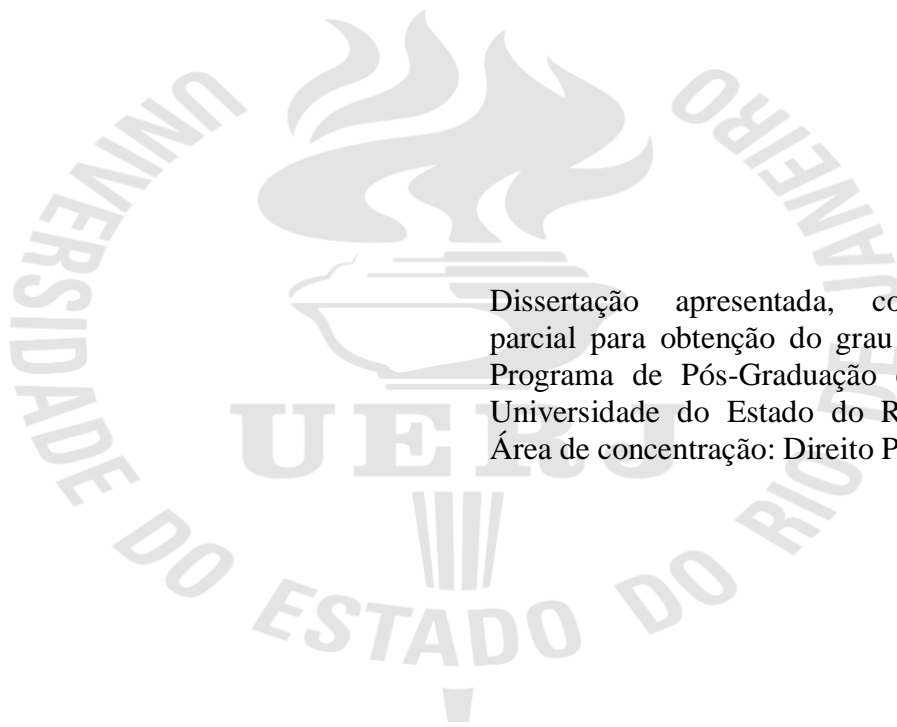
**O Judiciário e o aborto: como os juízes devem lidar com o desacordo moral
razoável no conflito entre direitos fundamentais?**

Rio de Janeiro

2018

Eduardo Aidê Bueno de Camargo

O Judiciário e o aborto: como os juízes devem lidar com o desacordo moral razoável no conflito entre direitos fundamentais?



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C172 Camargo, Eduardo Aidê Bueno de.

O judiciário e o aborto: como os juízes devem lidar com o desacordo moral razoável no conflito entre direitos fundamentais / Eduardo Aidê Bueno de Camargo. - 2018.

298 f.

Orientador: Prof^a. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Direitos fundamentais –Teses. 3. Proporcionalidade (Direito) – Teses. I. Pereira, Jane Reis Gonçalves. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Eduardo Aidê Bueno de Camargo

O Judiciário e o aborto: como os juízes devem lidar com o desacordo moral razoável no conflito entre direitos fundamentais?

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 23 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientador)
Faculdade Direito – UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Faculdade Direito – UERJ

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro
2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe, minha esposa e meu filho. Amores eternos.

RESUMO

CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de. *O Judiciário e o aborto: como os juízes devem lidar com o desacordo moral razoável no conflito entre direitos fundamentais?* 2018. 298f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Muitos observaram o processo de expansão do Judiciário como uma verdadeira retirada dos representantes do povo na construção do significado da Constituição, impedindo-os de dar uma interpretação democrática ao texto constitucional. Não obstante, uma visão adequada da realidade indica que as cortes possuem um poder bastante limitado por fatores sociais e políticos. No entanto, é inegável que a função de revisão da constitucionalidade dos atos de outras instâncias políticas desperta indagações importantes sobre quem detém a última palavra a respeito do conteúdo e do significado das normas constitucionais, principalmente naqueles casos em que houver uma relevante divergência moral, em que os cidadãos não conseguem resolver ou ignorar de forma simples, nem mesmo através de um esforço deliberativo mais intenso, os denominados desacordos morais razoáveis. O aborto é um desses casos de desacordo. No direito brasileiro, inclusive, a doutrina costuma analisar a questão do aborto de forma bastante unilateral, ignorando sua complexidade e sua faceta poliédrica. A pretensão, neste trabalho, será estabelecer uma visão mais lapidada e ampliada sobre a questão, construindo uma análise coerente e holística de argumentos jurídicos, morais e políticos para que tribunais e, sobretudo, a Corte Constitucional possam adequadamente enfrentar este desacordo moral razoável e contribuir para o debate público sobre o tema. Assim sendo, a abordagem será feita com os olhos voltados para a pretensão de justiça que as normas sobre direitos fundamentais possuem e também para o contexto ou arranjo sociopolítico em que estamos inseridos. Ao final, após analisar e avançar por diversas questões teóricas relevantes, a conclusão será de que o Judiciário efetivamente possui a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade de uma política de aborto focada unicamente na criminalização, ainda que esta declaração de incompatibilidade venha acompanhada de um modelo fraco de controle judicial.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Diálogos constitucionais. Proporcionalidade. Aborto.

ABSTRACT

CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de. *The Judiciary and abortion: how should judges deal with reasonable moral disagreement in the conflict between fundamental rights?* 2018. 298p. LLM Thesis (Master of Laws) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Many have observed the process of expansion of the Judiciary as a real withdrawal of the people representatives in the construction of the meaning of the Constitution, preventing them from giving a democratic interpretation to the constitutional text. Nevertheless, an adequate view of reality indicates that the courts have a very limited power by social and political factors. However, it is undeniable that the function of reviewing the acts of other political instances raises important issues about who has the last word on the substance and meaning of constitutional norms, especially in those cases where there is a relevant moral divergence in which citizens cannot solve or ignore in a simple way, even through a more intense deliberative effort, the so-called *reasonable moral disagreements*. Abortion is one of those cases of disagreement. In Brazilian law, doctrine usually analyzes the abortion debate quite unilaterally, ignoring its complexity and its polyhedral facet. The aim of this paper is to establish a broader and more expanded view of the issue by launching a coherent and holistic analysis of legal, moral and political arguments for which courts and especially the Constitutional Court can adequately address this reasonable moral disagreement and contribute to the public debate about it. Therefore, the approach will be focused on the pretension of justice that the norms of fundamental rights have and also on the sociopolitical context or arrangement in which we are inserted. In the end, after analyzing and advancing in several relevant theoretical issues, the conclusion will be that the Judiciary effectively has the possibility of recognizing the unconstitutionality of an abortion policy focused solely on criminalization, even if this declaration of incompatibility is accompanied by a weak model of judicial review.

Keywords: Constitutional law. Fundamental rights. Constitutional Dialogues. Proportionality. Abortion.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	O PANORAMA DO ABORTO NO BRASIL E NO MUNDO	20
1.1	Introdução	20
1.2	Países que Migraram para um Viés Liberalizante	21
1.3	Países que Migraram para um Viés Restritivo	31
1.4	Paradigmas de Ativismo Judicial	33
1.5	O Panorama do Aborto no Brasil	39
1.6	Conclusão	45
2	O PLURALISMO POLÍTICO: LEVANDO O DESACORDO MORAL A SÉRIO	47
2.1	Introdução	47
2.2	O que é o Desacordo Moral Razoável?	50
2.3	O Desacordo Razoável: Pessoas Razoáveis, Argumentos Razoáveis e Razões Públicas	54
2.4	A Razão Pública e seus Críticos	63
2.5	A Democracia Deliberativa e as Condições Democráticas de Deliberação	71
2.6	O Judiciário e o Desacordo Moral Razoável	74
2.7	Conclusão	78
3	O PODER JUDICIÁRIO E O DESACORDO MORAL RAZOÁVEL	80
3.1	Introdução	80
3.2	O Poder Judiciário e a Democracia Deliberativa	82
3.2.1	<u>O fortalecimento do Judiciário e a supremacia judicial</u>	82
3.2.2	<u>O poder menos perigoso?</u>	88
3.2.3	<u>A dificuldade contramajoritária e a legitimidade do controle judicial</u>	94
3.2.4	<u>Diálogos: a sociedade molda a Corte e a Corte molda a sociedade</u>	108
3.3	Um Novo Modelo de Controle Judicial de Constitucionalidade	119
3.3.1	<u>As vantagens de um controle fraco de constitucionalidade</u>	123
3.3.2	<u>As ferramentas de diálogo: uma proposta para o Brasil</u>	125
3.4	Conclusão	143
4	RECONSTRUINDO UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO	145
4.1	Introdução	145

4.2	A Natureza e a Estrutura das Normas sobre Direitos Fundamentais	147
4.2.1	<u>O constitucionalismo e a construção de valores jurídicos</u>	147
4.2.2	<u>O pluralismo político e a Constituição Viva</u>	149
4.2.3	<u>Direitos fundamentais: normas morais na substância</u>	151
4.2.4	<u>Ainda princípios e regras</u>	155
4.3	Teorias a Respeito da Tensão Entre Direitos Fundamentais	165
4.3.1	<u>Teoria interna ou teoria da especificação dos direitos fundamentais</u>	166
4.3.2	<u>Teoria externa dos direitos fundamentais</u>	169
4.4	O Princípio da Proporcionalidade na Interpretação Constitucional	175
4.4.1	<u>O princípio da proporcionalidade e seus críticos</u>	178
4.4.2	<u>Uma defesa da proporcionalidade como método</u>	188
4.5	Construindo Novos Parâmetros para um Antigo Método	194
4.5.1	<u>O controle forte e o controle fraco de proporcionalidade</u>	194
4.5.2	<u>O padrão da razoabilidade</u>	197
4.5.3	<u>A graduação do controle da proporcionalidade</u>	200
4.5.4	<u>Os critérios para graduação do controle</u>	205
4.6	Conclusão	210
5	A ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DAS NORMAS RESTRITIVAS DO ABORTO NO BRASIL	213
5.1	Introdução	213
5.2	O Controle de Proporcionalidade Através da Razoabilidade Probabilística ...	214
5.2.1	<u>A especificidade da matéria tratada pelo legislador</u>	215
5.2.2	<u>A relevância dos direitos ou interesses envolvidos na contenda</u>	226
5.2.3	<u>O grau de intervenção que se propõe a incidir</u>	229
5.3	A Inadequação da Criminalização Irrestrita do Aborto	231
5.4	A Desnecessidade da Criminalização Irrestrita do Aborto	242
5.5	O Elevado Custo e Baixo Benefício da Criminalização Irrestrita do Aborto ...	248
5.6	Conclusão	261
	CONCLUSÕES FINAIS	263
	REFERÊNCIAS	269

1. INTRODUÇÃO

O ano é 1745 e o rei da Prússia, Frederico II, resolve construir um grande palácio de verão em uma paisagem bonita e tranquila em Postdam, próximo a Berlim. No entanto, um grande e antigo moinho, o Moinho de *Sans-Souci*, construído sobre a encosta de uma colina, impedia uma perfeita visão do rei para aquela beleza natural. O rei, então, tenta negociar com o dono do moinho para adquirir suas terras e derrubar o moinho, o que foi recusado pelo moleiro, ao argumento de que o moinho tinha sido o local em que seu pai tinha falecido e seus filhos haveriam de nascer. Ao ouvir a recusa, o rei questionou o moleiro: “Sabes que, ainda que contra sua vontade, poderia expropriar-te da terra sem lhe dar qualquer valor?”. De pronto, então, o moleiro redarguiu: “Como? Ainda existem juízes em Berlim!”. Apesar de não se saber se a história é realmente verdadeira¹, pode-se dizer que ela representa muito a ideia popular cada vez mais crescente e consolidada de que juízes e tribunais são importantes instrumentos de contenção do arbítrio do poder político e de proteção de valores mínimos da comunidade. Não se pode ignorar que, principalmente após a segunda metade do século XX, o Judiciário ganhou grande destaque e participação em questões políticas, sociais e morais da comunidade em diversas partes do globo. No Brasil, a atuação destacada das cortes ocorreu com maior evidência após a Constituição de 1988, sobretudo no início do século XXI, com uma postura dos juízes e especialmente do Supremo Tribunal Federal mais proativa na interpretação das normas constitucionais e na concretização de seus preceitos, mesmo contra interesses dos detentores do poder político ou contra vontade passageira da maioria do povo.

Muitos viram neste processo de expansão do Judiciário uma verdadeira retirada dos representantes do povo na construção do significado da Constituição, impedindo-os de dar uma interpretação democrática ao texto constitucional. No entanto, uma análise mais apurada do cenário institucional indica uma conclusão um pouco diversa. Com efeito, algumas teorias denominadas de dialógicas observaram melhor o arranjo institucional e político das comunidades democráticas e confirmaram que, pelo menos do ponto de vista descritivo, o significado das Constituições não é estabelecido unicamente pela interpretação judicial, menos em comunidades que adotam um controle judicial mais forte. Em verdade, segundo tais teorias, o conteúdo da Constituição é forjado por forças variadas em um processo complexo e harmonioso, em que argumentos de estudiosos, costumes, leis, opinião pública, decretos presidenciais e, finalmente, decisões judiciais se interagem mutualmente para

¹ A história foi contada por François Andrieux em seu poema chamado “*Le meunier de Sans-Souci*” (*O moleiro de Sans-Souci*).

edificar o significado da Constituição e o conteúdo das normas constitucionais. Como colocaram Neal Devins e Louis Fisher, é através deste processo rico e dinâmico que a Constituição é regularmente adaptada para buscar uma harmonia entre os princípios legais e as necessidades de uma sociedade em constante mudança².

Não obstante uma visão adequada da realidade indicar que as cortes possuem um poder bastante limitado por fatores sociais e políticos³, é inegável que a função de revisão da constitucionalidade dos atos de outras instâncias políticas desperta indagações importantes sobre quem detém a última palavra a respeito do conteúdo e do significado das normas constitucionais. Não se pode esquecer que, em alguns momentos, é necessário o estabelecimento preciso da interpretação constitucional através de uma decisão final (ou aparentemente final), não havendo como deixar os casos de conflito perpetuamente em aberto na comunidade. Mas, por outro lado, a Constituição, em um ordenamento jurídico que seja considerado democrático, representa um importante projeto coletivo da comunidade, devendo todos os cidadãos serem habilitados, de algum modo, a interpretá-la por si mesmos, sendo capazes de se verem como parte de um processo político mais amplo⁴. Nesse contexto de constitucionalismo democrático⁵, a ideia de supremacia judicial e a visão do Judiciário como detentor da última palavra sobre a interpretação constitucional não faz muito sentido, aparentando ser uma visão desconexa e arbitrária. Essa percepção é ainda mais flagrante naqueles casos em que houver uma relevante divergência moral em que os cidadãos não conseguem resolver ou ignorar de forma simples, nem mesmo através de um esforço deliberativo mais intenso. De qualquer forma, ainda que se entenda que, em uma democracia deliberativa, a decisão judicial não será nunca a “única palavra”, já que estará constantemente submetida às críticas de outras instâncias e à possibilidade de reversão futura, é importante que haja alguma forma de determinação de qual será a interpretação constitucional

² DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *Judicial exclusivity and political instability*. **Virginia Law Review**, vol. 84, p. 83-106, 1998, p. 106. Em sentido semelhante, v. LIPKIN, Robert Justin. *Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution*. **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, p. 1055-1132, 2006, p. 1062 (afirmando que “[t]he marks on a page are never self-interpretive. Other factors— norms, values, and the standards of the relevant interpretive community—are always involved in inferring the meaning of a text from marks (or even words) on a page”).

³ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

⁴ BALKIN, Jack. *Original meaning and constitutional redemption*. **Constitutional Commentary**, vol. 24, p. 427-532, 2007, p. 462-463 (afirmando que “[t]he Constitution works as our law when we view it as our achievement and the product of our efforts as a people, which simultaneously involves a collective identification with those who came before us and those who will come after us. Viewing the Constitution as ‘our law’ has a curious consequence: it helps us imagine ourselves as part of a collective subject persisting over time, the collective subject - We the People - whose law the Constitution is and to whom the Constitution belongs”).

⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007.

predominante dos órgãos públicos para que haja um mínimo de confiança e segurança daqueles que vivem sob a égide desta lei superior⁶. O Judiciário, então, por conta de uma escolha política fundamental, seria uma importante instância de determinação desta interpretação, ainda que sua decisão possa ser influenciada por fatores sociais e políticos externos, bem como possa ser modificada ou revertida por esses mesmos fatores.

Não se pode esquecer que o formato da democracia na filosofia e na teoria contemporâneas vai muito além de votos e de um processo eleitoral de escolha de representantes. Assim, a democracia atualmente pode ser vista como um sistema de autogoverno mais matizado e complexo, que inclui tanto o sistema representativo e majoritário, como a garantia de direitos essenciais e regras de descentralização vertical e horizontal do poder político com a previsão de controles recíprocos⁷. Dentro de toda esta complexidade democrática, segundo a doutrina especializada e até segundo o ideário popular, o Judiciário, por suas características institucionais, possui a importante função de *protetor de valores e interesses mínimos* de abusos e arbitrariedades do poder político que eventualmente tentar infringir a essência da Constituição e aquilo que ela representa, ou seja, um pacto social fundado em fortes vínculos comunitários. Além disso, até por conta da mudança de percepção sobre o real significado da democracia, alguns autores ainda observam nas cortes uma função de *mediador democrático* ou de *catalizador da democracia*, quando atua a favor da vontade popular ou quando intervêm no arranjo político para permitir que a deliberação democrática ocorra de forma mais fluída e sem percalços. Será nesta última função não contramajoritária, inclusive, que o Judiciário iria buscar *apoio popular* para a construção de sua legitimidade, permitindo a perfeita realização de sua função de proteção de direitos, uma vez que, eventualmente, está última poderá ser contra os interesses da maioria. Em última análise, é a *legitimidade institucional* ou o *apoio popular difuso* que torna o Judiciário digno de respeito, apresentando razões para que as pessoas possam aceitar a aplicação da decisão judicial que eles não concordam e podem até pensar ser bastante injusta⁸.

Por outro lado, considerando toda a complexidade que envolve a interpretação

⁶ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *On extrajudicial constitutional interpretation*. **Harvard Law Review**, vol. 110, p. 1359-1387, 1997, p. 1371 (afirmando que “[l]aw, therefore, provides the benefits of authoritative settlement, as well as the related but still content-independent benefits of inducing socially beneficial cooperative behavior and providing solutions to Prisoner's Dilemmas and other problems of coordination”).

⁷ LIPKIN, Robert Justin. *What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?* **Widener Law Review**, vol. 14, p. 1-51, 2008, p. 8.

⁸ BALKIN, Jack. *Respect worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution*. **Tulsa Law Review**, vol. 39, p. 485-509, 2004, p. 493.

constitucional, em algumas situações, podem surgir dúvidas razoáveis sobre o sentido preciso a ser aplicado ou sobre qual norma irá prevalecer no caso de conflito normativo eventual. Em algumas situações, essa dúvida razoável poderá ter como pano de fundo um desacordo mais profundo e persistente sobre os valores morais mais relevantes da comunidade. Neste cenário de desacordo profundo, talvez nem os “*founding fathers*” ou os “*constituintes de 1987/1988*” tivessem a resposta mais correta e precisa para acabar com a divergência e dizer qual é a melhor solução para o conflito. Pelo contrário, talvez o intuito deles fosse realmente deixar o pluralismo seguir seu rumo, permitindo que doutrinas abrangentes, culturas plurais e ideologias diversas pudessem conviver em um mesmo ambiente deliberativo. Em outras palavras, talvez a principal ideia dos fundadores de nosso constitucionalismo e de nosso vínculo comunitário seja exatamente propiciar uma igual liberdade para todas as doutrinas, culturas e ideologias através de um convívio respeitoso. Assim, estabelecer uma única instância de interpretação com a fixação hegemônica de um único “guardião da Constituição” que poderá estabelecer e determinar os contornos dos direitos fundamentais e das normas constitucionais parece ir totalmente contra a ideia do constitucionalismo democrático pautado no respeito e na reciprocidade. Assim é que, na maior medida do possível, em caso de desacordo razoável sobre a interpretação de normas jurídicas e morais previstas na Constituição, a melhor forma de a comunidade estabelecer uma norma coercitiva e obrigatória para todos parece realmente ser através da observância de direitos mínimos (núcleo do direito fundamental), de argumentos acessíveis (razões públicas), de um procedimento de mútua interação entre as instituições e os representantes de diversos grupos (deliberação e diálogo constitucionais). Havendo a ausência de qualquer um desses elementos democráticos, qualquer um dos possíveis intérpretes da Constituição possui o poder/dever de agir em prol da democracia, manifestando seu descontentamento.

No caso do Poder Judiciário, como regra, suas decisões são vinculantes e obrigatórias, o que pode ser visto como uma barreira para a transformação do descontentamento dos cidadãos ou de outras instâncias em mudança ou reversão da decisão sobre a interpretação das normas constitucionais. Essa circunstância, contudo, não deve ser supervalorizada a ponto de se dizer que o Judiciário é um inimigo da democracia. Uma maior dificuldade de reversão das decisões judiciais sobre a interpretação constitucional, em alguns casos, poderá se mostrar adequada para a contenção de emoções e de irracionalidades passageiras, agindo a favor da coletividade e de sua proposta de agir em conjunto. No entanto, não se pode negar que dificuldade de reversão, em pontos extremos, poderá sim ser prejudicial para a ideia de autogoverno. Exatamente por esta razão é que se torna recomendável que os juízes,

analisando as circunstâncias do caso concreto, possam calibrar, através de uma *decisão de segunda ordem*⁹, a forma de intervenção judicial com o intuito de restaurar o equilíbrio constitucional democrático.

Como teremos oportunidade de verificar, o aborto é um daqueles desacordos sobre a interpretação e concretização de direitos fundamentais que podem gerar uma dificuldade de determinação ou especificação final por uma única instância. Com efeito, a questão do aborto representa um delicado desacordo moral razoável que provoca discussões e conflitos sociais não só no Brasil, mas em diversas comunidades políticas espalhadas pelo mundo. Com a ampliação da percepção de que o Estado não possuiria somente *deveres de não intervenção*, mas também *deveres de proteção*, ampliou-se a discussão a respeito de o Estado ter um poder/dever de restringir o direito que toda e qualquer mulher possui de utilizar como bem quiser seu próprio corpo e realizar suas opções reprodutivas e maternais. Assim, a partir do momento em que o Estado passa a ter o dever de proteger a vida humana de forma mais evidente, ampliam-se as vozes no sentido de que também é dever do Estado proteger a vida intrauterina, mesmo em face da mãe que a está gestando. Por outro lado, segundo a maioria, em um embate entre a vida de uma pessoa ou “quase-pessoa” e a liberdade de outra pessoa, deverá prevalecer o primeiro valor por conta de seu peso axiológico maior em abstrato. O raciocínio, apesar de bastante lógico, não poderá parar neste ponto, havendo a necessidade de uma análise mais aprofundada e diversificada sobre *pesos concretos* que os direitos fundamentais podem apresentar em determinadas circunstâncias. Em suma, a questão do aborto demanda uma análise e reflexão muito mais intensa que uma simples interpretação pautada na subsunção ou por presunções apriorísticas.

Apesar do afirmado acima, no direito brasileiro, a doutrina costuma analisar a questão do aborto de forma bastante unilateral, ignorando sua inegável faceta poliédrica e interdisciplinar. Assim, se o autor é ligado à ciência jurídica ou às carreiras jurídicas, a abordagem geralmente se pauta na busca pela correta interpretação das normas jurídicas aplicáveis, no intuito de se extrair “o real sentido da lei”. Esta abordagem jurídica é, ainda, apresentada, na maioria das vezes, através de deduções, subsunções e análises lógicas dos signos linguísticos do texto normativo, próprios do *formalismo jurídico*. Por outro lado, se o autor que analisa a questão do aborto não tiver vinculação direta com a ciência jurídica, a abordagem realizada pode ser pautada por questões bastante variadas, apesar de elas não serem vistas de forma integrada e não apresentarem qualquer teoria a respeito do conteúdo

⁹ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. **Ethics**, vol. 110, n. 1, p. 5-31, 1999.

das normas constitucionais ou a respeito do modo de interação entre elas. Neste sentido é que alguns autores apresentam uma abordagem simplista de embate religioso, colocando de um lado aqueles que defendem a legalização do aborto com base em argumentos supostamente neutros (“Estado laico”, “neutralidade estatal”, “razões públicas”), e de outro lado aqueles que possuem uma postura conservadora, retrógrada e de viés religioso ao não aceitar a liberalização ampla da interrupção voluntária da gestação. Também neste sentido não jurídico, pode-se apontar para aqueles autores que abordam profícuos debates a respeito de questões sociais mais complexas, tal como saúde pública e o empoderamento de gênero, mas, de uma forma geral, não apresentam qualquer consideração a respeito do arranjo político prévio necessário para construção de conteúdo da Constituição ou a respeito da forma ou método adequado de interpretação constitucional. Como já se percebe, todas essas posturas possuem déficits, já que ignoram razões e posições relevantes para a compreensão e solução deste difícilíssimo conflito moral e jurídico.

Observando toda essa realidade doutrinária a respeito do aborto, a pretensão, neste trabalho, não será apresentar uma visão inovadora sobre a interpretação constitucional ou apresentar novos argumentos favoráveis ou contrários à criminalização ou proibição do aborto voluntário. Em verdade, a pretensão será estabelecer uma visão mais lapidada e ampliada sobre a questão, estabelecendo uma análise coerente e holística de argumentos jurídicos, morais e políticos para que tribunais e, sobretudo, a Corte Constitucional possam adequadamente enfrentar este desacordo moral razoável e contribuir para o debate público sobre o tema. Todavia, como não poderia deixar de ser em um trabalho jurídico, o fio condutor do desenvolvimento recairá sobre a interpretação e a aplicação de normas constitucionais sobre direitos fundamentais, trazendo, portanto, o debate para a seara do direito constitucional. O estabelecimento do aborto como uma questão constitucional, por sua vez, terá um preço elevado. A análise, nesta circunstância, não poderá se resumir unicamente à interpretação formalista da Constituição ou à extração do sentido inerente das normas constitucionais. Em se trabalhando com normas que possuem elevada dose moral e estão situadas ao lado da política, a mediação do debate, também pelos juízes, deverá perpassar necessariamente por uma leitura moral e política das normas constitucionais. Isso significa dizer que a concretização das normas constitucionais aplicáveis ao caso aborto será feita com os olhos voltados para a pretensão de justiça que tais normas possuem e também com os olhos voltados para o contexto ou arranjo sociopolítico em que estamos inseridos. Em suma, uma análise judicial constitucionalmente adequada sobre o aborto deve ser ampla o suficiente para

compreender o problema em todas as suas circunstâncias, apresentando uma visão integrada e coerente da questão.

Antes de encerrar esta breve Introdução e apresentar o plano de trabalho desta dissertação, não se pode deixar de dizer que as mais recentes decisões das Cortes Constitucionais sobre o aborto tentam ser mais responsivas, deliberativas e moderadas do que transformativas, impositivas e precipitadas. Assim, as “novas” decisões judiciais tentam fixar uma *mediação constitucional* ao invés de tentar impor uma posição moral em um conflito que as cortes (ou qualquer instância isolada) não possui capacidade para resolver de forma plena. Em termos substantivos, estas decisões tentam conciliar os diversos valores e interesses protegidos pela Constituição, buscando posturas intermediárias para o tratamento do tema, longe de um maniqueísmo do tipo *tudo-ou-nada*, adequado às regras jurídicas, mas que não comporta aplicação junto aos princípios constitucionais aplicáveis à questão. Assim, ao mesmo tempo em que se reconhece a autonomia da mulher em escolher o seu destino como mãe, as Cortes também determinam o dever de o legislador proteger a vida não nascida, oferecendo às mulheres uma forma intermediária de política pública com a fixação de deveres do Estado diferentes dos tradicionais *mandados de criminalização*, mas com a fixação de deveres de aconselhamento dissuasivo e de tratamento médico e psicológico adequados¹⁰.

Na mesma linha que vem sendo seguida pelas Cortes Constitucionais, entendemos que o Judiciário, neste intrincado desacordo moral razoável do aborto, possui algumas possibilidades de intervenção institucional relevantes, ainda que a utilização de uma supremacia na interpretação constitucional não seja recomendada. Em primeiro lugar, o Judiciário pode encorajar todos os grupos a participar do debate político da comunidade sobre a questão ao assegurar que o processo político seja pautado por regras neutras e inclusivas. A exigência de respeito aos procedimentos constitucionais, além da criação de um ambiente de respeito judicial com a utilização da razão pública e do método da proporcionalidade podem ser instrumentos importantes neste sentido. Em segundo lugar, o Judiciário pode servir de mediador entre diversos grupos sociais, impedindo que haja uma guerra cultural com o estabelecimento de preconceito e de estereótipos¹¹. A possibilidade de o Judiciário calibrar a forma de intervenção pode ser útil para estabelecer uma modificação do peso de influência de grupos bloqueadores e, eventualmente, reverter leis obsoletas mantidas por conta da inércia

¹⁰ SEIGEL, Reva. *The constitutionalization of abortion*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1075-1077.

¹¹ ESKRIDGE JR, William. *Pluralism and distrust: how courts can support democracy by lowering the stakes of politics*. **Yale Law Journal**, vol. 114, p. 1279-1328, 2005, p. 1283.

causada pela acomodação artificial de grupos bloqueados. Em suma, os tribunais têm o incrível potencial de fomentar e reacender o debate público, além de permitir a revisão e correção de alguns eventuais equívocos cometidos no passado.

Em suma, após analisar a interação dos desacordos morais razoáveis com o Judiciário e desenvolver as ideias já mencionadas no parágrafo anterior, a pretensão deste trabalho será, primeiro, propor uma mediação do Judiciário em termos procedimentais e metodológicos, com a apresentação de uma postura interpretativa rodeada de *decisões de segunda ordem* a serem formuladas pelos juízes ao se depararem com conflitos normativos sobre a interpretação das normas morais e jurídicas dos direitos fundamentais. Além disso, também iremos prosseguir com a análise da *decisão de primeira ordem* sobre a questão do aborto e, utilizando o método da proporcionalidade, verificaremos a total inadequação, desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito da criminalização ampla e irrestrita da prática, sugerindo uma mudança na política pública utilizada e ampliando o debate com a apresentação de argumentos pautados em determinada razoabilidade.

Como já foi antecipado acima, a análise de como deve ser o enfrentamento da questão do aborto pelos juízes e tribunais, objeto de nosso trabalho, passa por duas grandes ideias. A primeira é pautada em uma *decisão de segunda ordem* sobre como deve ser formulada a decisão final sobre a questão do aborto, vista esta como um intrincado desacordo moral razoável; enquanto a segunda é pautada em uma *decisão de primeira ordem* sobre como deve ser a tomada de decisão sobre a interpretação e construção do significado das normas de direitos fundamentais, assim como a acomodação e a resolução dos conflitos entre essas mesmas normas. A primeira decisão, portanto, possui um cunho mais procedimental e metodológico, enquanto a segunda decisão terá um viés mais substantivo. Ao longo dos capítulos, optamos por não realizar uma divisão muito precisa e estrita entre estas duas ideias, uma vez que não, não raras vezes, haverá uma dinâmica e inter-relação bastante flagrante entre elas que não permitirá uma separação sem maiores divergências. Assim sendo, optamos em discorrer a questão do aborto e sua intervenção pelo Judiciário de forma mais natural e fluida, buscando sempre que o leitor seja conduzido a mesma conclusão que será formulada ao final de cada capítulo.

O Capítulo 2, logo após esta Introdução, será utilizado para apresentar ao leitor o panorama do aborto no ordenamento jurídico de diversos países e também no ordenamento jurídico brasileiro para que haja alguma forma de estudo comparativo, ainda que bastante superficial. A intenção, a princípio, não é a realização de um transconstitucionalismo ou de um transplante de ideias estrangeiras, mas sim proporcionar, de antemão, um processo

reflexivo sobre nosso tratamento legal a respeito do aborto. Assim sendo, no Capítulo 2, iremos ver, na primeira parte, *(i)* alguns exemplos de países que alteraram sua legislação para estabelecer uma permissão maior para a realização do aborto, ainda que, em alguns casos, não se tenha fixado a possibilidade da interrupção da gestação por simples requerimento. Na segunda parte, *(ii)* será a oportunidade de observarmos que a liberalização do aborto não foi o único caminho seguido por todos os países, sendo que, apesar de serem poucos, examinaremos alguns exemplos de países que endureceram suas legislações a respeito da realização do aborto. Na terceira parte, *(iii)* a análise será a respeito do papel das cortes na mudança de tratamento do aborto em diversos países e, assim, serão observados dois paradigmas judiciais que trataram de forma mais ativista a questão, seja para estabelecer uma maior permissão (caso norte-americano) ou uma maior restrição (caso alemão) que aquela escolhida pelo legislador. Por fim, na quarta parte, *(iv)* será o momento de examinarmos como é tratada a questão do aborto no Brasil, ocasião em que o leitor experimentará um certo espanto ao verificar a discrepância de tratamento da matéria com o resto dos países preocupados com a perseguição de um algum ideal de justiça e engajados com a promoção dos direitos humanos.

O Capítulo 3 terá a pretensão de esclarecer ao leitor o que transforma, em uma comunidade política, uma simples divergência em um desacordo moral razoável. O Capítulo, então, irá consolidar a ideia de que existem desacordos no contexto do pluralismo político que não serão de fácil resolução e, em alguns casos, essa divergência irá persistir mesmo com a utilização de toda a deliberação pautada no mais profundo respeito e na mais altruísta reciprocidade. Será neste Capítulo, inclusive, que serão introduzidas as ideias preliminares sobre o papel dos juízes neste cenário de pluralismo, deliberação e desacordos. Assim, no Capítulo 3, no primeiro tópico *(i)*, a pretensão será determinar e precisar a ideia de desacordo moral razoável. No tópico seguinte *(ii)*, serão analisadas as teorias a respeito da caracterização da razoabilidade presente no desacordo moral razoável. Neste momento, apesar de se defender de forma singela que o desacordo moral razoável é aquela divergência profunda e persistente em um ambiente deliberativo, serão analisadas três orientações construtivistas sobre a razoabilidade que buscarão na pessoa razoável, nos argumentos razoáveis ou nas razões públicas a base para o conceito. No terceiro tópico, *(iii)* analisaremos com mais destaque o instituto da razão pública por entender que se trata de um importante elemento deliberativo que, ainda que indiretamente, irá ser decisivo para a delimitação do desacordo e para estabelecer um proveitoso debate público entre pessoas que se respeitam mutuamente. No tópico seguinte, *(iv)* será a oportunidade de esclarecermos o significado da democracia

deliberativa, apontando as condições sociais e procedimentais que devem estar presentes para que ocorra um produtivo e amplo debate de ideias em um contexto de pluralismo político. Por fim (v), será a vez de se indagar o papel do Judiciário neste arranjo deliberativo. Partindo-se do pressuposto de que deliberação é um importante elemento da democracia e de que o desacordo moral razoável somente estará caracterizado após um amplo debate com o uso de razões públicas, será defendida a tese de que os juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, como também devem agir a favor da democracia, somente intervindo de forma definitiva em desacordos morais quando houver algum *vício na deliberação*, seja porque o procedimento democrático (as regras do jogo) não foi observado, seja porque os interlocutores não se utilizaram da reciprocidade ou do respeito mútuo.

O Capítulo 4 será destinado à análise mais atenta do papel do Judiciário em uma democracia deliberativa e a sua postura em casos de grande desacordo moral entre ideologias, argumentos ou razões aceitáveis do ponto de vista racional. A ideia central do Capítulo, então, será estabelecer um roteiro procedimental de como decidir casos pautados na divergência interpretativa e no desacordo moral razoável. A proposta será a formulação de um *dever de segunda ordem*, que irá impor aos juízes uma formulação prévia de estratégias e técnicas de decisão para estabelecer um equilíbrio institucional e democrático em sua decisão sobre a interpretação e o sopesamento de direitos fundamentais divergentes. Assim sendo, no Capítulo 4, proporemos uma divisão em dois grandes tópicos. No primeiro tópico, (i) serão analisadas as críticas democráticas à supremacia judicial e à ideia de que o Judiciário seria o detentor da última palavra sobre o sentido e o significado da Constituição. Neste contexto, através de teorias dialógicas, será demonstrado que o Judiciário, em alguns momentos, pode ser o *poder menos perigoso*, mas em outras ocasiões pode ser considerado como o impulsionador de transformações sociais relevantes, servindo como um importante catalisador deliberativo. Já no segundo tópico, (ii) tentaremos estabelecer uma prescrição de como uma Corte Constitucional deve atuar em um contexto de desacordo moral razoável. A conclusão será de que devem ser vistos com bons olhos algumas medidas processuais que fomentem a deliberação e deem oportunidade para que as instâncias políticas busquem consensos e formulem novas soluções. Assim, através de uma *decisão de segunda ordem* ou *metadecisão*, os juízes serão convidados a fixar técnicas ou estratégias de diálogo e fortalecimento institucional. A defesa, então, será que, em alguns casos, principalmente naqueles de forte desacordo entre a interpretação de normas constitucionais abstratas e de predomínio de cunho moral, como os direitos fundamentais, deverão os juízes pautar suas decisões de primeira ordem em alguns padrões: a) adoção de um *minimalismo judicial* e de argumentos pautados

nas *razões públicas*; b) elaboração de um método interpretativo racional e transparente que possa se adequar as expectativas e reivindicações populares, bem como às funções institucionais de cada um dos três Poderes de Estado; c) construção de uma decisão indicativa, mas não vinculante, ou a utilização de uma a limitação temporal dos efeitos dessa decisão.

A Capítulo 5 será destinado ao exame do modelo ou método interpretativo mais indicado para a solução de conflitos entre normas constitucionais altamente abstratas, o método da proporcionalidade. A premissa básica será que, considerando a natureza abstrata das normas sobre direitos fundamentais, a fixação prévia de um procedimento interpretativo racional e transparente será de importância extrema. Por outro lado, defenderemos a tese de que este procedimento não deve manter seus olhos voltados unicamente para a construção do molde substantivo das normas constitucionais, mais deverá analisar a Constituição como um todo e reconhecer que existe um arranjo institucional previamente estabelecido que deverá ser respeitado na modelagem das normas constitucionais. Assim sendo, no primeiro tópico do Capítulo, (i) será o momento de se averiguar a formação jurídica dos direitos fundamentais na comunidade política e o caminho jurídico percorrido entre a norma moral até sua estruturação em norma jurídica fundamental. Já no segundo tópico, (ii) analisando as duas principais teorias a respeito da tensão entre direitos fundamentais, a preocupação será em indagar a respeito da forma como os direitos fundamentais se interagem um com os outros, considerando a premissa básica que todos eles devem conviver de forma harmônica. No tópico seguinte, (iii) haverá a escolha de um procedimento interpretativo para a delimitação e sopesamento dos diferentes direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional, sendo elaborada, então, uma defesa da proporcionalidade como este método interpretativo. Por fim, no último tópico, (iv) será o momento no qual haverá a tentativa de se reconstruir um método de interpretação dos direitos fundamentais que se coadune com diversos princípios institucionais previstos na Constituição tais como a separação de poderes e a democracia representativa. Ou seja, será o momento de se estabelecer um controle dinâmico e graduado da proporcionalidade através da análise mais ou menos criteriosa da cognição sobre as evidências relacionadas às premissas apresentadas na justificativa do ato restritivo ou regulamentador.

Por fim, o Capítulo 6 será destinado ao exame da proporcionalidade das normas regulamentadora do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Será o momento de ser formulada uma decisão de primeira ordem sobre a constitucionalidade da criminalização ampla do aborto no contexto político e social do constitucionalismo brasileiro. Assim, no

Capítulo 6, primeiramente, (i) será aferido qual o tipo de controle de proporcionalidade deve ser utilizado para verificar a constitucionalidade das normas restritivas da interrupção voluntária da gestação. Estabelecida qual vai ser o tipo de cognição da justificativa da lei restritiva e criminalizante da interrupção voluntária da gestação, será o momento em que haverá a aplicação da proporcionalidade em suas tradicionais três etapas ou testes. Assim, em um primeiro momento, (ii) haverá a verificação da *adequação* da medida em relação ao fim pretendido, ou seja, será verificada se há a possibilidade de a legislação brasileira proteger de forma efetiva o bem jurídico vida através de uma criminalização ampla e quase irrestrita do aborto. Após, (iii) analisaremos de a medida escolhida pelo legislador é realmente *necessária* por conta da inexistência de outra medida que possa ser “igualmente eficaz”, mas não tão gravosa para os direitos fundamentais da mulher, ou seja, será analisado se não existe a possibilidade de a política pública brasileira de ampla criminalização ser substituída por uma outra política pública que proteja o direito fundamental vida da mesma forma (ou pelo menos da mesma forma que se espera), mas, em compensação, possa ser menos gravosa e trazer menos riscos para os direitos das mulheres. Por fim, (iv) será verificado se a medida restritiva escolhida pelo legislador protege ou promove o direito fundamental vida em maior *proporção* que intervém em outros tantos direitos fundamentais da mulher, ou seja, se as vantagens da criminalização do aborto compensam os altos custos individuais e sociais que a medida impõe às mulheres e à sociedade como um todo.

1. O PANORAMA DO ABORTO NO BRASIL E NO MUNDO

1.1. Introdução

Durante as décadas de 60 e 70 do século passado, pelo menos 42 países alteraram de alguma forma sua legislação a respeito do aborto, sendo que a grande maioria desses países observou uma ampliação das hipóteses permissivas da interrupção voluntária da gravidez¹. Pode-se dizer, em termos gerais, que esta progressiva reforma liberal foi auxiliada ou mesmo desencadeada por múltiplos fatores, tais como o fortalecimento de movimentos feministas, o desenvolvimento de estudos empíricos a respeito de problemas sociais e de saúde pública ou novas percepções a respeito dos direitos humanos e dos direitos fundamentais². Nesse cenário, as alterações legislativas, como regra, seguiram dois caminhos diversos. Em algumas legislações, ampliou-se (i) um *modelo circunstancial* - a depender de determinada circunstância seria autorizado o aborto por questões terapêuticas, médicas ou morais - ou (ii) um *modelo temporal* - durante um determinado período, geralmente antes da 12ª semana de gestação, a mulher está autorizada a realizar o aborto com a simples manifestação da vontade e, em alguns casos, desde que se submeta a um aconselhamento prévio.

Nas décadas seguintes, o movimento liberal permaneceu vivo, ainda que em um grau menor que aquele observado nas duas décadas antecedentes³. Assim sendo, pode-se

¹ Cf. COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *A decade of international change in abortion law: 1967-1977*. **American Journal of Public Health**, vol. 68, n. 7, p. 637-644, 1978, p. 637.

² Para efeito deste trabalho serão aplicados como sinônimos os termos *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. Contudo, não se pode esquecer que para a doutrina majoritária os termos expressam fenômenos diversos, sendo que o termo “*direitos humanos*” é utilizado para aqueles direitos mais importantes do indivíduo, no âmbito internacional, positivados nas declarações e tratados internacionais, enquanto o termo “*direitos fundamentais*” tem sido utilizado para os direitos essenciais do indivíduo, no âmbito interno, positivados nas Constituições ou em alguma norma de relevância superior (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377; CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 441; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36). Sobre a distinção v. SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 32-24.

³ COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; BLISS, Laura. *International developments in abortion law from 1988 to 1998*. **American Journal of Public Health**, vol. 89, n. 4, p. 579-589, 1999. Segundo estudo do Instituto Guttmacher, desde o ano de 1997 até 2009, vinte e dois países ou áreas administrativas dentro de países mudaram suas leis de aborto. Em dezenove casos, os critérios segundo os quais o aborto é permitido foram

perfeitamente afirmar que, ao longo das últimas décadas, houve uma constante e irreversível mudança na legislação de diversos países com o deslocamento da questão do aborto da seara penal, com a fixação de uma pena privativa de liberdade para a mulher, para a seara de efetiva proteção dos direitos humanos, com o estabelecimento de uma essencial preocupação com a dignidade da pessoa humana, tanto do ser em formação como da mulher gestante.

Como será visto a seguir, diversos países que servem de referência para o Brasil no aspecto jurídico ou mesmo moral mudaram sua percepção e, atualmente, apresentam, quanto ao tema aborto, um enfoque bastante diferente daquele adotado pelos legisladores e tribunais brasileiros. Neste Capítulo, iremos ver, na primeira parte, (i) alguns exemplos de países que alteraram sua legislação para estabelecer uma permissão maior para a realização do aborto, ainda que, em alguns casos, não se tenha fixado a possibilidade da interrupção da gestação por simples requerimento. Na segunda parte, (ii) será a oportunidade de observarmos que a liberalização do aborto não foi o único caminho seguido por todos, sendo que, apesar de serem poucos, existem alguns exemplos de países que endureceram suas legislações a respeito da realização do aborto. Na terceira parte, (iii) a análise será a respeito do papel das cortes na mudança de tratamento do aborto em diversos países e, assim, serão observados dois paradigmas judiciais que trataram de forma mais ativista a questão, seja para estabelecer uma maior permissão (caso norte-americano) ou uma maior restrição (caso alemão) que aquela escolhida pelo legislador. Por fim, na quarta parte, (iv) será o momento de analisarmos como é tratada a questão do aborto no Brasil, ocasião em que o leitor experimentará um certo espanto ao verificar a discrepância de tratamento da matéria com o resto dos países preocupados com a perseguição de um ideal de justiça e engajados com a promoção dos direitos humanos.

1.2. Países que Migraram para um Viés Liberalizante

A Europa se destaca por ser o continente com mais países que permitem a interrupção voluntária da gestação⁴. É bastante expressivo o fato de mais de 95% dos Estados que fazem parte da União Europeia autorizarem a interrupção da gravidez por motivos de saúde da

ampliados e, em três casos, os critérios foram reduzidos (SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: A decade of uneven progress**. New York: Guttmacher Institute, 2009).

⁴ Os dados a seguir foram extraídos do jornal inglês *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/ng-interactive/2014/oct/01/-sp-abortion-rights-around-world-interactive>. Acesso em 28 jun. 2017. E também do *The Global Abortion Policies Database*, repositório interativo de acesso aberto das leis, políticas e padrões nacionais sobre o aborto disponibilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Disponível em: <https://srhr.org/abortion-policies/>. Acesso em 04 nov. 2017

gestante⁵, enquanto mais de 80% autorizarem a interrupção por conta de uma simples manifestação de vontade da mulher⁶. Pela relevância, alguns casos específicos merecem ser vistos de forma mais detalhada.

Na **Inglaterra, Escócia e País de Gales**, uma lei comum de 1967 (*Abortion Act*) legalizou o aborto quando realizado sob certas condições⁷, estabelecendo a não punibilidade da conduta quando solicitado pela mulher antes da expiração da 24ª semana de gravidez. A liberalização do aborto na Inglaterra, inclusive, foi desencadeadora de um movimento similar em diversos países da *Commonwealth*, tal como Índia (1971), Zâmbia (1972), Botswana (1991), Guiana (1995) e África do Sul (1996)⁸. Como a legislação inglesa foi pioneira na liberalização do aborto, também foi uma das primeiras a ser submetida a um escrutínio no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos. Assim, em 1980, examinando o caso inglês, a *Comissão Europeia de Direitos Humanos* entendeu que a liberalização do aborto não violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que a questão deveria ser analisada a partir do pressuposto de que a vida do feto estaria íntima e inseparavelmente ligada à vida da mulher⁹.

Na **França**, uma lei de 1975 (Lei 75-17) autorizou o aborto nas dez primeiras semanas de gestação por conta de pedido da gestante, quando houvesse a alegação de que a gravidez causar-lhe-ia estado de angústia e sofrimento¹⁰. Além disso, a mesma lei autorizou o aborto a qualquer tempo quando houvesse risco à vida ou saúde da gestante, ou houvesse forte probabilidade de o feto sofrer de doença grave reconhecida como incurável. Através de um controle de constitucionalidade prévio, o Conselho Constitucional francês, em decisão de

⁵ Dentre os membros da União Europeia, o aborto para a proteção da vida da gestante somente é vedado em Malta, que também é um dos poucos países do mundo que proíbem a interrupção da gestação em qualquer circunstância. Outros quatro exemplos são: El Salvador, Nicarágua, República Dominicana e Sudão do Sul.

⁶ Somente não autorizam, dentre os membros da União Europeia, a interrupção da gestação por requerimento da mulher os seguintes países: Malta, Polônia, Irlanda e Finlândia. Dos países europeus que não fazem parte da União Europeia, somente Andorra, Liechtenstein, Islândia, Mônaco e San Marino não permitem o aborto por simples requerimento da mulher, sendo que a Islândia e Finlândia permitem o aborto por questões econômicas ou sociais e para a preservação da saúde mental da mulher (cf. dados da ONU encontrados em: <http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>. Acesso em 11 jul. 2017).

⁷ O aborto é permitido na Inglaterra, no País de Gales e na Escócia para salvar a vida de uma mulher, por razões de saúde física e mental e por conta de graves anormalidades físicas ou mentais do feto.

⁸ A liberação nestes países ocorreu em graus diferentes, embora a doutrina costume apontar uma influência do direito inglês em todos (cf. COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *Human rights and abortion laws*. **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, vol. 65, p. 81-87, 1999, p. 84).

⁹ Comissão EDH, *Paton v. United Kingdom*, Petição n. 8.416/78, de 13.05.1980.

¹⁰ Em 2001, uma nova lei (Lei 2001-588) ampliou o prazo para a realização da interrupção da gestação de 10 para 12 semanas e retirou a obrigatoriedade do aconselhamento prévio. Mais uma vez o Conselho Constitucional reconheceu a constitucionalidade da norma (Conselho Constitucional da França, Decisão n. 2001-446, de 27.06.2001).

janeiro de 1975, reconheceu a compatibilidade da lei com as normas constitucionais e com o bloco de constitucionalidade francês¹¹.

Na **Itália**, o primeiro passo para a liberalização do aborto ocorreu em 1975 com a decisão da Corte Constitucional que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal Italiano, que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em dano ou risco à saúde da gestante¹². Tempos depois, uma lei italiana (Lei 194, de 22.05.1978) passou a estabelecer a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez dentro de 90 dias de gestação consentida à mulher que se encontrasse em situação em que a gravidez ou a maternidade comportasse “um sério perigo para a sua saúde física ou psíquica, em relação ou ao seu estado de saúde ou às suas condições económicas, sociais ou familiares, ou às circunstâncias em que surgiu a concepção ou à previsão de anomalias ou malformações dos nascituros”. Analisando a constitucionalidade da lei, a Corte Constitucional italiana afirmou que a criminalização ou a descriminalização de condutas estaria dentro da margem de ação do legislador, não havendo, portanto, qualquer invalidade na Lei 194 de 1978¹³.

Na **Espanha**, uma lei de 1985 alterou o Código Penal espanhol e estabeleceu três hipóteses de não criminalização do aborto: (i) interrupção até às 12 semanas, no caso de estupro; (ii) até às 22 semanas, no caso malformações fetais; (iii) no caso de risco para a saúde mental e física da mãe. A lei veio em conformidade com uma decisão anterior do Tribunal Constitucional espanhol que consignara que as autorizações do legislador para a interrupção da gravidez não feririam a Constituição espanhola¹⁴. Posteriormente, uma nova lei de 2010 ampliou as hipóteses permissivas do aborto e estabeleceu o direito de a mulher interromper voluntariamente a gravidez até a 14ª semana através de mero requerimento, sendo que, em casos em que houvesse risco para a mãe ou se o feto apresentasse sérias deformidades, o direito à interrupção poderia ser exercido até a 22ª semana de gestação.

Em **Portugal**, uma lei editada em 1985 pretendeu ampliar as hipóteses de exclusão da ilicitude do aborto. Antes mesmo da promulgação da lei, o Tribunal Constitucional Português foi instado a se pronunciar a respeito da constitucionalidade do ato normativo através de um controle de constitucionalidade preventivo. Assim, em decisão de março de 1984¹⁵, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do ato normativo sob o argumento de que “no

¹¹ Conselho Constitucional da França, Decisão n. 74-54, de 15.01.1975.

¹² Corte Constitucional da Itália, Sentença n. 27/1975, de 18.02.1975.

¹³ Corte Constitucional da Itália, Sentença n. 108/1981, de 07.05.1981.

¹⁴ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença STC 53/1985, de 11.04.1985.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Acórdão n. 25/84, de 19.03.1984.

confronto de um valor não juridicamente subjectivado — o da vida humana intra-uterina — com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrifício daquele”. Em 2007, foi aprovada, mediante referendo popular, a Lei 16/2007 que permitiu a interrupção voluntária da gravidez até a 10^a semana de gestação em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, bastando para tanto a simples manifestação de vontade da mulher. Também essa lei foi objeto de controle preventivo (2006)¹⁶ e repressivo (2010)¹⁷ de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional que, nas duas oportunidades, chancelou a constitucionalidade do ato normativo e afirmou que a Constituição portuguesa protege todas as formas de vida humana, inclusive a intrauterina, o que, segundo a Corte, “não significa que se imponha um grau de intensidade necessariamente igual na proteção de todas as formas de vida”¹⁸.

Apesar do número considerável de Estados europeus a favor da liberdade da mulher, quando ampliamos o espectro para o contexto do **Direito Comunitário Europeu** a questão ganha maior complexidade e dificuldade, tendo em vista a grande diversidade cultural dos países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁹. Nesse contexto, preocupada em não realizar uma intervenção cultural ilegítima, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem entendido que a questão da proibição ou da legalização do aborto estaria dentro da *margem de apreciação* de cada Estado²⁰⁻²¹. Em precedente de 2010, em que se impugnava

¹⁶ Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Acórdão n. 617/2006, de 15.11.2006.

¹⁷ Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Acórdão n. 75/2010, de 23.02.2010.

¹⁸ Sobre a evolução do direito português v. RUBIO-MARÍN, Ruth. *Abortion in Portugal: New trends in European constitutionalism*. In: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (eds.). **Abortion law in transnational perspective: Cases and controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 36-55, 2014.

¹⁹ Questão das mais complexas no direito internacional ocorre quanto à pretensão de universalidade dos direitos humanos no contexto global de diversidade cultural e, sobretudo, pluralidade de concepções a respeito do que é *certo* (moralidade) e do que representa o *bem viver* (ética). Para a solução ainda que provisória do impasse, alguns autores têm defendido a utilização de um diálogo entre as diversas culturas (diálogo intercultural), o que Boaventura de Sousa Santos chamou de *hermenêutica diatópica* (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, 1997). Seria através do diálogo, então, que haveria a possibilidade de que lacunas culturais mútuas fossem preenchidas, formando-se, assim, uma concepção multicultural dos direitos humanos. Bhikhu Parekh, na mesma linha, ressaltou que, como os valores não podem ser racionalmente demonstrados, devem ser objeto de um consenso racionalmente defensável, sendo importante um diálogo intercultural aberto para a escolha consensual dos valores a serem universalmente protegidos, o que chamou de *universalismo pluralista* (PAREKH, Bhikhu. **Rethinking multiculturalism: Cultural diversity and political theory**. Basingstoke and London: Macmillan, 2000, p. 336-338). Sobre o tema, v. SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidé Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Op. cit., p. 85-89.

²⁰ Corte EDH, *P e S v. Polónia*, Petição n. 57.375/08, de 30.10.2012. Sobre o aborto no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda que adotando uma postura bastante restrita quanto ao “direito convencional ao aborto”, v. PUPPINCK, Gregor. *Abortion and the European Convention on Human Rights*. **Irish Journal of Legal Studies**, vol. 3, n. 2, p. 142-193, 2013.

a política contra o aborto adotada pela Irlanda, todavia, a Corte Europeia ressaltou este entendimento nos casos de risco para a vida da mulher, entendendo que a Irlanda teria violado a Convenção Europeia de Direitos Humanos em não fornecer um procedimento acessível e eficaz para que uma mulher com uma gravidez de risco pudesse realizar a interrupção da gestação de forma segura²². Segundo a Corte Internacional, nesses casos, deveria prevalecer o direito de liberdade da gestante, uma vez que estaria fora da margem de apreciação a existência de um mínimo de proteção da saúde e bem-estar da mulher. Nas palavras da Corte, “*while there might be no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (Vo v. France, cited above, at § 82), there was a clear consensus on the minimum standards for abortion services necessary to preserve a woman’s health and well-being*”²³.

Apesar de a Europa ter as legislações mais liberais a respeito do aborto dos seis continentes, a onda liberalizante não foi sentida somente no continente europeu. Diversos países do mundo realizaram alterações substantivas para a ampliação da proteção da liberdade da mulher nas últimas décadas, sendo que, atualmente, pelo menos vinte e quatro países fora da Europa permitem a interrupção da gestação por conta de uma simples manifestação de vontade da mulher²⁴.

²¹ A teoria da margem de apreciação prega que determinadas questões relacionadas com restrições e limitações estatais a direitos humanos devem ser discutidas e dirimidas prioritariamente pelas comunidades nacionais e não por uma corte internacional. O precedente importante sobre o tema foi o caso *Handyside v. Reino Unido* referente ao confisco de exemplares e proibição de comercialização do livro “*The Little Red Schoolbook*” editado por Richard Handyside, considerado obsceno para crianças e adolescentes. Neste caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos, aplicando a teoria da margem de apreciação, considerou que caberia prioritariamente à comunidade britânica, com base em seus valores morais, decidir a respeito das restrições ao direito à liberdade de expressão previsto na Convenção Europeia (Corte EDH, *Handyside v. Reino Unido*, Petição n. 5.493/72, de 12.12.1976). Sobre o tema, v. SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Op. cit., p. 196-198.

²² Corte EDH, *A, B e C v. Irlanda*, Petição n. 25.579/05, de 10.12.2010. A análise do direito irlandês e do contexto prévio à decisão da Corte é feita de forma minuciosa em CALT, Shannon. *A, B & C v. Ireland: ‘Europe’s Roe v. Wade’?* **Lewis and Clark Law Review**, vol. 14, n. 3, p. 1189-1232, 2010. Já para uma análise da decisão da Corte Europeia v. RONCHI, Paolo. *A, B and C v. Ireland: Europe’s Roe v. Wade still has to wait*. **Oxford Student Legal Studies Paper**, n. 14, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1950133>. Acesso em 18 mai. 2017.

²³ Corte EDH, *A, B e C v. Irlanda*, Petição n. 25.579/05, de 10.12.2010. No precedente *Vo v. França*, mencionado no julgado referido, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a questão a respeito de quando se inicia o direito à vida deve ser decidida pelo direito interno de cada Estado, tendo em vista que, primeiro, a questão não foi consolidada em todos os Estados signatários da Convenção e, segundo, não existe um consenso científico ou jurídico a respeito do início da vida (Corte EDH, *Vo v. França*, Petição n. 53.924/00, de 08.07.2004).

²⁴ Fora da Europa, permitem a interrupção voluntária da gestação através de simples requerimento, seja por conta de autorização legal ou judicial: África do Sul, Armênia, Austrália, Azerbaijão, Bahrein, Cabo Verde, Camboja, Canadá, Cazaquistão, China, Coréia do Norte, Cuba, Estados Unidos, Geórgia, Guiana, Mongólia, Nepal, Quirguistão, Porto Rico, Singapura, Tajiquistão, Tunísia, Turcomenistão, Turquia, Uruguai, Uzbequistão e Vietnã (dados extraídos do jornal inglês *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global->

No **Canadá**, uma lei de 1969 (*Criminal Law Amendment Act*) afastou a punibilidade da prática de aborto em situações de risco à saúde da gestante, desde que houvesse um laudo de uma comissão médica favorável ao aborto. Quase duas décadas depois, a Suprema Corte do Canadá, no caso *R v. Morgentaler* (1988)²⁵, agindo de forma proativa, decidiu que a proibição da interrupção da gestação seria inconstitucional por violar direitos fundamentais da mulher. Segundo a Suprema Corte, o interesse do Estado em proteger o feto seria legítimo, mas a proibição da interrupção da gestação violaria o direito à segurança da pessoa grávida em intensidade maior do que o exigido para atingir o objetivo de proteger o feto e acomodar os interesses concorrentes. Nesse precedente, o *chief justice* Brian Dickson, utilizando expressamente o *princípio da proporcionalidade*, chegou à conclusão de que as leis que limitavam a possibilidade da realização do aborto pela mulher não passaria nos três testes da proporcionalidade, apesar de passar no teste da *legitimidade dos fins*, uma vez que o objetivo do legislador em tentar harmonizar os interesses concorrentes seria legítimo e relevante. Atualmente, o Canadá não possui leis federais que regulam ou restringem o acesso ao aborto. Na ausência de legislação federal, as políticas nas diferentes províncias e territórios canadenses variam enormemente, principalmente em relação à forma de acesso e ao financiamento da prática do ato. No entanto, todas as legislações possuem um ponto em comum: regem o aborto como um serviço de saúde pública²⁶.

Na **África do Sul**, uma lei de 1996 (*The Choice on Termination of Pregnancy Act*) permitiu a interrupção voluntária da gravidez pela mulher nas primeiras doze semanas de gestação por conta de simples requerimento da gestante²⁷. A Suprema Corte da África do Sul (Divisão Provincial de Transvaal), no caso *Christian Lawyers Association v. Minister of Health* (2004), entendeu, então, pela constitucionalidade da lei de 1996 sob o argumento da

[development/ng-interactive/2014/oct/01/-sp-abortion-rights-around-world-interactive](https://www.srhr.org/abortion-policies/). O *Global Abortion Policies Database*, repositório interativo de acesso aberto das leis, políticas e padrões nacionais sobre o aborto disponibilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), acrescenta ainda Angola, Moçambique, São Tomé e Príncipe, retirando da lista Bahrein. Disponível em: <https://srhr.org/abortion-policies/>. Acesso em 04 nov. 2017.

²⁵ Suprema Corte do Canadá, *R v. Morgentaler*, Caso n. 19556, de 28.01.1988.

²⁶ ERDMAN, Joanna. *In the back alleys of health care: Abortion, equality and community in Canada*. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 1093-1155, 2007.

²⁷ Diferentemente do que ocorre na Europa, no continente africano, a interrupção voluntária da gravidez é exceção, sendo que somente a África do Sul, Angola, Cabo Verde, Moçambique e Tunísia permitem o aborto por simples requerimento da gestante (conforme dados do *Global Abortion Policies Database*, repositório interativo de acesso aberto das leis, políticas e padrões nacionais sobre o aborto disponibilizado pela Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <https://srhr.org/abortion-policies/>. Acesso em 04 nov. 2017).

existência, na Constituição sul-africana, de um direito fundamental de a mulher interromper sua gravidez²⁸.

Na **Cidade do México (Distrito Federal)**, uma reforma ao Código Penal de 2007 também permitiu a interrupção da gestação nas doze primeiras semanas de gestação, tendo a Suprema Corte do México reconhecido a constitucionalidade da legislação local. Entendeu a Corte mexicana que não se poderia dizer que a ameaça penal é a primeira e única solução para a erradicação de práticas clandestinas de aborto e, dessa forma, não se poderia aceitar a “vingança” (função retributiva da pena) como o imediato fundamento da sanção penal²⁹.

Na **Índia**, antes de 1971, a única autorização legal para a interrupção da gestação era para salvar a vida da mãe. Com a intenção de reduzir a incidência dos abortos clandestinos, bem como a alta mortalidade materna, em 1971, uma lei (*Medical Termination of Pregnancy Act*) autorizou até as doze primeiras semanas de gravidez a interrupção da gestação por conta de requerimento formulado pela mulher, mas desde que houvesse uma das justificativas previstas em lei (risco à saúde física e mental da mãe, malformação fetal, estupro, gravidez de menores de 18 anos não casadas, grávidas com problemas mentais, gravidez decorrente de uma esterilização falha)³⁰. Além disso, a lei previu que seria também possível a interrupção da gestação até a 20ª semana de gestação, desde que houvesse parecer favorável de dois médicos³¹.

Diferente do que ocorre no continente europeu, no âmbito da América do Sul, observa-se uma forte resistência à liberalização do aborto. Diversos países como **Paraguai** (art. 109, CP), **Argentina** (art. 86, CP), **Equador** (art. 447, CP), **Venezuela** (art. 435, CP) e **Peru** (art. 119, CP) possuem leis bastante restritivas a semelhança do que ocorre com o caso brasileiro, criminalizando a conduta de interrupção voluntária da gravidez e a permitindo apenas na hipótese de risco de vida para a mãe e de gravidez decorrente de estupro. Contudo, quatro casos merecem atenção especial: o caso da Colômbia, do Uruguai, do Chile e da Bolívia.

²⁸ Suprema Corte (*High Court*) da África do Sul, Divisão Provincial de Transvaal, *Christian Lawyers Association v. National Minister of Health and Others*, Caso n. 7.728/2000, de 24.05.2004.

²⁹ Suprema Corte de Justiça do México, Ação de inconstitucionalidade n. 146/2007, de 28.08.2008; Suprema Corte de Justiça do México, Ação de inconstitucionalidade n. 147/2007, de 28.08.2008.

³⁰ Apesar de os casos de permissão legal do aborto na Índia serem amplos, não houve a previsão da interrupção da gravidez por conta do simples pedido da mulher.

³¹ Em julgado de 2016, a Suprema Corte da Índia afirmou que uma vítima de estupro poderia terminar a gravidez para evitar riscos para sua saúde física e mental até mesmo na 24ª semana de gravidez (*Suprema Corte da Índia, Ms. X. v. Union of India, Writ Petition n. 593/2016*, de 25.07.2016).

Na **Colômbia**, a liberalização do aborto, em algumas circunstâncias, não veio através do legislador, mas através de juízes. No caso colombiano, a Corte Constitucional, em 2006, declarou inconstitucional a legislação penal então em vigor que não excepcionava a criminalização do aborto, fixando, logo em seguida, três casos em que seria possível a interrupção da gravidez mesmo sem expressa previsão legal³². Aceitou a Corte Constitucional a realização do aborto quando: (i) a continuação da gravidez colocasse em perigo a vida ou a saúde da mulher; (ii) houvesse uma malformação grave do feto, tornando a vida inviável; (iii) a gravidez fosse resultante de conduta, devidamente comunicada, de relação sexual violenta ou sem consentimento, incesto, inseminação abusiva ou artificial, ou transferência de óvulo sem consentimento. Apesar de, atualmente na Colômbia, não haver a possibilidade da realização do aborto por mero requerimento, a decisão da Corte Constitucional representou um marco na América do Sul pela intervenção do Judiciário na escolha política do legislador na proteção de direitos fundamentais da mulher.

Uma das mais recentes legislações liberalizantes a respeito do aborto veio de um país bastante próximo. No **Uruguai**, uma lei de 2012 autorizou a realização do aborto em três hipóteses: (i) até a 12^a semana de gestação por simples manifestação de vontade da mulher; (ii) em casos de estupro, até a 14^a semana; (iii) havendo risco para a mãe ou se o feto for inviável, em qualquer período da gestação. Com esta lei de 2012, o Uruguai tornou-se um dos poucos países americanos em que a legislação permite a realização da interrupção da gravidez com a simples vontade da gestante³³.

No **Chile**, houve a legalização do aborto por razões terapêuticas em 1931, contudo, em 1989, durante a ditadura de Augusto Pinochet (1973-1990), por pressão da Igreja Católica, houve um endurecimento da legislação penal, que passou a vedar qualquer forma de interrupção voluntária da gravidez. Até o ano de 2016, então, o Chile era considerado um dos pouquíssimos países do mundo que não excepcionavam a criminalização do aborto em nenhuma circunstância. Contudo, uma recente lei proposta pelo governo da presidente Michelle Bachelet e aprovada pelo Parlamento chileno em agosto de 2017 excepcionou a criminalização do aborto em três hipóteses: (i) no caso de risco de vida para a mãe; (ii) no

³² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355, de 10.05.2006. Para uma análise da decisão v. UNDURRAGA, Veronica; COOK, Rebecca. *Constitutional incorporation of international and comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006*. In: WILLIAMS, Susan (ed.). **Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 215-247, 2009.

³³ Também permitem a interrupção voluntária da gravidez por mero requerimento da gestante no continente americano, seja por conta de um ato do legislador ou seja por um ato da Corte Constitucional: Estados Unidos, Canadá, Cuba, Guiana e Porto Rico.

caso de inviabilidade do feto; e (iii) no caso de gravidez resultante de estupro. Dias depois da decisão do Parlamento, em dia 28 de agosto de 2017, o Tribunal Constitucional do Chile confirmou a constitucionalidade do projeto de lei que descriminalizava o aborto naquelas três circunstâncias, ressaltando que o dever de proteção que o Estado tem em relação ao nascituro não pode significar sempre um *mandado de criminalização*, principalmente se considerar que o Direito Penal é o último recurso de que se deve valer o Estado³⁴.

Na **Bolívia**, o Código Penal de 1972, tal como o Código Penal brasileiro de 1940, criminalizava a prática do aborto de forma bastante ampla, excepcionando apenas nos casos de risco para a saúde da mãe e no caso de gravidez decorrente de estupro. Mais recentemente, em setembro de 2017, o legislador boliviano aprovou o art. 153 do novo Código Penal que afasta a punibilidade da interrupção da gravidez que, sendo praticada antes das oito semanas de gravidez, tenha sido decidida por mulheres que sejam estudantes ou tenham sob seus cuidados crianças, idosos ou pessoas deficientes; ou, em qualquer etapa da gravidez, for realizada por adolescentes. Além disso, o novo Código Penal reconheceu também o dever do Estado em prestar auxílio à mulher que queira realizar a interrupção da gravidez nos casos legalmente autorizados através de órgãos que prestam o serviço público de saúde³⁵.

No âmbito do **Direito Comunitário Americano**, merece referência o art. 4º, 1, da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969) que estabelece que o direito à vida “deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. Não por coincidência, alguns membros do sistema regional de direitos humanos possuem Constituições com a previsão do direito à vida nos mesmos termos utilizados pela Convenção, tal como ocorre com as Constituições de El Salvador de 1983 (art. 1º), da Guatemala de 1985 (art. 3º), do Paraguai de 1992 (art. 4º), do Peru de 1993 (art. 3º), do Equador de 2008 (art. 45) e da República Dominicana de 2015 (art. 37)³⁶. Apesar de não haver exatidão semântica, uma interpretação literal apressada pode levar à conclusão de que há, na Convenção, uma vedação a qualquer tipo de interrupção voluntária da gravidez³⁷. Isso porque, pelo texto da Convenção Americana, parece claro que a intenção foi dar ao embrião e ao feto o *status* de pessoa

³⁴ Tribunal Constitucional do Chile, Sentença Rol n. 3729-17, de 28.08.2017.

³⁵ Notícia divulgada pela internet disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/29/internacional/1506707616_443555.html. Acesso em 05.12.2017.

³⁶ Conforme pesquisa realizada no site *Constitute Project*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/>. Acesso em 20 mai. 2017.

³⁷ Sobre a interpretação do art. 4º, 1, da Convenção v. PAÚL, Álvaro. *Controversial conceptions: The unborn and the American Convention on Human Rights*. **Loyola University Chicago International Law Review**, vol. 9, n. 2, p. 209-247, 2012.

humana e garantir a eles o mesmo direito à vida das pessoas nascidas³⁸. Ocorre que tais circunstâncias, em absoluto, não impedem o reconhecimento da legitimidade da interrupção da gestação em algumas hipóteses. Com efeito, principalmente por conta do termo “em geral”, existe entendimento razoável no sentido de a Convenção ser permissiva com legislações que regulamentam a interrupção da gravidez em determinadas circunstâncias, mormente nos casos de risco à vida da gestante, malformação do feto, aborto resultado de estupro ou mesmo simples requerimento da mulher nos primeiros meses da gravidez³⁹.

Não há, ainda, um pronunciamento definitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, apesar de haver o famoso precedente *Baby Boy*⁴⁰ da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* sobre o abortamento nos Estados Unidos. Contudo, o precedente *Baby Boy*, não obstante vir da Comissão Interamericana, órgão independente da Organização dos Estados Americanos (OEA) com a atribuição de promover os direitos humanos no continente americano, não se mostra suficiente para a interpretação do art. 4º, 1, da Convenção Americana, tendo em vista a utilização de parâmetro diverso no *controle de convencionalidade*. No caso *Baby Boy*, a Comissão Interamericana, sem utilizar a Convenção Americana de 1969 como parâmetro de controle, entendeu que os Estados Unidos não teriam violado a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* (1948) ao permitir o aborto desde o precedente *Roe v. Wade* (1973) da Suprema Corte norte-americana. Deve ser observado, então, que o parâmetro utilizado (Declaração Americana) possui texto mais aberto e abstrato que a Convenção Americana, não fazendo, assim, qualquer alusão ao início da proteção do direito à vida. A razão de a Comissão não ter utilizado como parâmetro a Convenção está no fato de os Estados Unidos não serem signatários deste documento internacional. Apesar disso, como os Estados Unidos fazem parte da OEA, houve o entendimento de se prosseguir com a análise do caso, tendo em vista que uma das funções da Comissão Interamericana é emitir *recomendações* para os Estados americanos na adoção de medidas a favor dos direitos humanos de uma forma bastante ampla (art. 41, *b*, CADH).

³⁸ Segundo o entendimento predominante na medicina, “embrião” é o nome dado ao nascituro do momento da fecundação até a 8ª semana de gestação. Já “feto” é o nome dado após a oitava semana do período de gestação. A distinção ocorre, sobretudo, porque, após aquele marco de oito semanas, já poderia ser constatada a presença de órgãos internos (ainda que não completamente formados) e ser notada a forma humana com o desenvolvimento de braços, pernas e dedos.

³⁹ Em sentido semelhante, v. COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *Human rights dynamics of abortion law reform*. **Human Rights Quarterly**, vol. 25, p. 01-59, 2003, p. 25.

⁴⁰ Comissão IDH, *Baby Boy v. Estados Unidos da América*, Caso n. 2.141, Res. 23/81, de 06.03.1981.

1.3. Países que Migraram para um Viés Restritivo

Apesar do avanço liberal na maioria dos casos, não se pode dizer que a onda liberalizante significou uma constante observável em todos os países que reanalisaram a matéria e alteraram suas legislações ou revisaram sua jurisprudência a respeito do aborto. Países como Irlanda e Polônia, por exemplo, contrariando o movimento liberal mencionado linhas atrás, endureceram, de forma excepcional, suas legislações a respeito da prática do aborto nas últimas décadas.

A **Irlanda**, inclusive, alterou, através da 8ª Emenda Constitucional de 1983, a própria Constituição para ressaltar a proteção do direito à vida do nascituro na mesma medida que o direito à vida da mãe. Segundo a Constituição da Irlanda, com redação dada pela referida Emenda, “*the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*”. Claro que, ainda que se adote uma interpretação literal do texto constitucional com redação dada pela 8ª Emenda, percebe-se que não há propriamente uma proibição expressa na Constituição irlandesa para a realização do aborto em todas as circunstâncias. Entretanto, em se adotando uma interpretação teleológica, percebe-se claramente que a intenção do legislador constituinte foi impedir ou pelo menos limitar a realização do aborto na comunidade irlandesa⁴¹. Embora a Suprema Corte irlandesa esteja longe de adotar uma postura liberal de autorização do aborto de forma ampla, no caso *Attorney General v. X and Others* (1992)⁴², a Corte ressalvou a legislação criminal, que somente excepcionava a proibição do aborto no caso de risco para a vida da gestante, ao afirmar que, quando houvesse *gravidez resultante de estupro*, a possibilidade de suicídio por parte da mulher representaria um risco real e substancial para sua vida a justificar, de forma excepcional, a possibilidade da interrupção da gestação.

⁴¹ Atualmente, poucas constituições fazem expressa referência ao aborto. As raras exceções são as Constituições de Zâmbia (1991), Suazilândia (2005), Quênia (2010) e Somália (2012) que proíbem expressamente a prática, salvo nos casos previstos na própria Constituição, ainda que tais casos sejam bastante abertos ou estabeleçam alguma forma de reserva legal qualificada. Outras constituições, apesar de não fazerem expressa referência ao aborto, fazem menção ao dever de proteção da vida do nascituro desde a concepção, tal como a Constituição de El Salvador (art. 1º), Equador (art. 45), Filipinas (art. 2º, § 12), Paraguai (art. 4º) e República Checa (art. 6, Capítulo dos Direitos Fundamentais). Vale dizer que, no Brasil atualmente, tramita na Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 181/2015) que poderá inserir na Constituição brasileira dispositivo semelhante àquele previsto na 8ª Emenda à Constituição da Irlanda. Inicialmente, a PEC 181/2015 tratava da ampliação do tempo da licença-maternidade para mulheres cujos filhos nasceram prematuros. No entanto, após pressões da bancada religiosa, houve modificação do texto original com a inserção sub-reptícia de disposição totalmente diversa da temática originária.

⁴² Suprema Corte da Irlanda, *Attorney General v. X and Others*, [1992] IESC 1, de 05.03.1992.

A postura rigorosa da Irlanda não tem passado despercebida pela *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Em importante precedente de 2010, já mencionado linhas atrás, a Corte, mesmo mantendo sua doutrina da margem de apreciação, condenou a Irlanda por conferir tratamento humilhante e desrespeitoso a nacional que se viu obrigada a realizar a interrupção de uma gravidez de risco de forma insegura por conta da severa legislação irlandesa⁴³. Até por conta das críticas e dos precedentes das cortes constitucional e internacional, em julho de 2013, foi aprovada uma lei (*The Protection of Life During Pregnancy Act*) que estabeleceu os procedimentos para a realização do aborto na Irlanda, ainda que sem qualquer possibilidade de interrupção da gestação por simples requerimento. Em verdade, apesar da grande mobilização para uma lei mais permissiva, a regulamentação ocorreu de forma bastante restrita e com diversas condicionantes que praticamente inviabilizaram o procedimento médico mesmo nos casos legalmente permissivos. Por exemplo, segundo a legislação, para que seja autorizada a interrupção da gestação é necessário que dois ou três médicos em especialidades diferentes certifiquem a existência de um risco “real e substancial” do prosseguimento da gestação para a vida da mulher, devendo os médicos apresentarem “razoáveis motivos” para se entender que o procedimento médico irá eliminar o risco apontado. Por fim, vale dizer que, mesmo após a alteração legislativa de 2013, o *Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas*, em 2016, entendeu que a legislação da Irlanda violava os direitos humanos previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) ao proibir o aborto em casos de anomalia fetal, ainda forçando a mulher a viajar para outro país para a realização da intervenção médica⁴⁴.

Na **Polônia**, a interrupção voluntária da gravidez era permitida por uma antiga lei de 1956. Posteriormente, uma lei de 1993 proibiu a realização do aborto voluntário, autorizando-o apenas em três situações: (i) em caso de estupro ou incesto, (ii) quando representar risco para a saúde da mãe e (iii) quando o feto apresentar malformações graves. Em 1996, uma nova lei ampliou os casos permissivos para autorizar a realização do aborto “por motivos sociais”. Contudo, o Tribunal Constitucional polonês, em dezembro de 1997, entendeu que a nova lei violava a Constituição polonesa, já que o direito à vida nela previsto protegeria o nascituro desde a concepção. Ressaltou que a proteção do direito à vida até poderia ser limitada ou mesmo afastada em algumas circunstâncias excepcionais, mas considerou que a

⁴³ Corte EDH, *A, B e C v. Irlanda*, Petição n. 25.579/05, de 10.12.2010.

⁴⁴ Comitê DH, *Mellet v. Irlanda*, Comunicação n. 2.324/2013, de 17.11.2016.

interrupção da gravidez por motivos sociais não seria uma dessas circunstâncias⁴⁵. Como se percebe, o caso polonês representa um exemplo bastante contundente de ativismo judicial, sendo bastante semelhante à postura de outras duas cortes constitucionais que será analisada no próximo tópico.

1.4. Paradigmas de Ativismo Judicial

Conforme foi observado nos tópicos anteriores, as mudanças de perspectivas sobre o aborto no mundo, de maneira geral, ocorreram no âmbito legislativo, através da deliberação de representantes populares ou através de referendos e plebiscitos. Não obstante, ainda que a alteração tenha vindo através de ato do legislador, na grande maioria dos casos, as Cortes Constitucionais foram chamadas a analisar a validade da legislação sobre a interrupção da gravidez em confrontação com os princípios constitucionais, observando-se, assim, uma mudança do debate político para o debate jurídico. De fato, analisando os casos citados, constata-se que, em diversas oportunidades, a Corte Constitucional chancelou a legislação mais permissiva de países como Espanha (1985), África do Sul (2004), Portugal (2006), México (2008) e Chile (2017); porém, em outros casos, a Corte Constitucional adotou uma postura mais ativista e declarou a escolha legislativa incompatível com os preceitos constitucionais, seja revendo sua posição a respeito da interpretação constitucional sobre um ato normativo não permissivo (EUA, Canadá, Colômbia), seja se posicionando contra uma nova escolha legislativa mais permissiva (Alemanha, Polônia). Estados Unidos e Alemanha representam, neste contexto, os casos mais emblemáticos de ativismo judicial sobre o assunto aborto, apesar de a solução encontrada pelas Cortes Constitucionais em cada um desses países ter sido diametralmente oposta⁴⁶. Assim sendo, deixamos para analisá-los de forma mais detida neste momento de forma apartada.

Nos **Estados Unidos**, a Suprema Corte norte-americana, no famoso precedente *Roe v. Wade* (1973)⁴⁷, reconheceu o aborto como um direito decorrente do direito à privacidade⁴⁸,

⁴⁵ Tribunal Constitucional da Polônia, Decisão k 26/96, de 28.05.1997.

⁴⁶ Para uma análise comparativa, v. NIJSTEN, Machteld. **Abortion and constitutional law: A comparative European-American study**. Florence: European University Institute, 1990.

⁴⁷ Suprema Corte dos EUA, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

⁴⁸ A mais famosa crítica à época foi feita pelo renomado John Hart Ely. Para o autor, o direito à realização do aborto e o direito de privacidade não seriam verdadeiros direitos constitucionais, já que não estariam previstos de forma expressa na Constituição norte-americana (ELY, John Hart. *The wages of the crying wolf: A comment on Roe v. Wade*. **Yale Law Journal**, vol. 82, p. 920-939, 1973). Mais de trinta anos depois, de forma bastante

fixado este desde o caso *Griswold v. Connecticut* (1965)⁴⁹ como direito fundamental decorrente da *cláusula do devido processo legal* prevista na 14ª Emenda da Constituição norte-americana⁵⁰. Dessa forma, com base no *teste do escrutínio estrito*⁵¹, a Corte fixou a impossibilidade de haver a criminalização ou mesmo a proibição do aborto antes do segundo trimestre de gravidez, momento em que o feto tornar-se-ia viável fora do útero materno⁵². Nesse julgado, a Suprema Corte adotou o *critério trimestral*, estabelecendo uma graduação na regulação estatal do aborto. Assim, no primeiro trimestre, haveria ampla possibilidade de a

conservadora, alguns autores ainda defendem a tese de inexistência de direitos não expressos (JACOB, Brad. *Griswold and the defense of traditional marriage*. **North Dakota Law Review**, vol. 83, p. 1199-1225, 2007).

⁴⁹ Neste precedente, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei estadual que proibia o uso e a distribuição de contraceptivos para a população (Suprema Corte dos EUA, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965).

⁵⁰ Em *Griswold*, contudo, o voto prevalente do *justice* William O. Douglas foi no sentido de fundamentar o direito de privacidade nas “penumbras” e “emanações” de outras normas constitucionais, tal como a Primeira, Terceira, Quarta e Décima Quinta Emendas constitucionais, já que não havia previsão expressa deste direito no texto da Constituição norte-americana. Segundo a doutrina, essa miscelânea de fundamentos seria esquizofrênica, sendo que o verdadeiro fundamento para a privacidade deveria repousar na cláusula do devido processo legal (v. CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. *Abortion: A woman’s private choice*. **Texas Law Review**, vol. 95, p. 1189-1247, 2017, p. 1201). Desde então, apesar do precedente citado, o *fundamento constitucional do direito de privacidade* vem sendo, de fato, a *cláusula do devido processo legal*, tal como estabelecido em importantes casos da Suprema Corte, como por exemplo, em *Roe v. Wade* (1973), sobre o direito à realização do aborto, em *Lawrence v. Texas* (2003), sobre o direito de ter relações homossexuais, e em *Obergefell v. Hodges* (2015), sobre o direito de se casar com pessoas do mesmo sexo.

⁵¹ Importante dizer que a Suprema Corte norte-americana emprega três graus de aferição da constitucionalidade dos atos do poder público: (i) o controle de base racional (*rational basis*), (ii) o controle intermediário (*intermediate test*) e (iii) escrutínio estrito (*strict scrutiny*). A origem de tal graduação é atribuída à nota de rodapé n. 4 do voto do *justice* Harlan Stone no precedente *United States v. Carolene Products* (1938), em que se fixou a necessidade de, em determinados casos, haver um controle mais rigoroso do que o de ampla deferência do teste de base racional que estava sendo aplicado ao caso concreto. Neste precedente, todavia, não se estabeleceu uma divisão trinária da forma de controle, mas apenas expressou um possível projeto em que houvesse não só um controle fraco, mas também um controle mais forte para questões mais sensíveis, tais como direitos de minorias. A ideia de um escrutínio mais rígido, contudo, somente aparece de forma clara anos mais tarde em *Skinner v. Oklahoma* (1942) e *Korematsu v. U.S.* (1944). À medida que escrutínio estrito ganhou a reputação de “estrito na teoria e fatal de fato” (cf. GUNTHER, Gerald. *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: A model for a newer equal protection*. **Harvard Law Review**, vol. 86, n. 1, p. 1-48, 1972), a revisão bifurcada foi revista pela Suprema Corte, que estabeleceu uma forma de controle menos rigorosa que o escrutínio estrito para lidar com novos tipos de reivindicações, mas não tão deferente como o controle de base racional. Surge, então, o controle gradual trinário de constitucionalidade. Em apertada síntese, o teste do escrutínio estrito é aquele controle judicial em que se exige um *interesse convincente* (*compelling interest*) para a limitação de direitos fundamentais. Segundo o voto do *justice* Harry Blackmun feito em *Roe v. Wade*, “[w]here certain ‘fundamental rights’ are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a ‘compelling state interest’, (*Kramer v. Union Free School District* [1969]; *Shapiro v. Thompson*, [1969], *Sherbert v. Verner*, [1963]), and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake (*Griswold v. Connecticut* [1965]; *Aptheker v. Secretary of State* [1964]; *Cantwell v. Connecticut* [1940]).”

⁵² Em *Roe v. Wade*, a Suprema corte se recusou a fixar o marco do início da vida, apesar de rejeitar o argumento de que o feto teria o *status* de pessoa humana e de que haveria um “interesse convincente” (*compelling interest*) que determinaria o dever do Estado em proteger a vida potencial antes de ser considerada viável. O critério da viabilidade, contudo, foi submetido a sucessivas críticas, principalmente no que se refere à possibilidade de desenvolvimento médico científico permitir a viabilidade de o feto prosseguir seu desenvolvimento fora do útero materno já nos estágios iniciais da gravidez (cf. BECK, Randy. *Gonzales, Casey and the viability rule*. **Northwestern University Law Review**, vol. 103, p. 249-280, 2009).

mulher realizar a interrupção da gravidez sem qualquer restrição do Estado, podendo existir uma regulação estatal tal como ocorreria com outros procedimentos médicos. No segundo semestre, o aborto ainda não poderia ser proibido, mas o Estado poderia estabelecer uma regulação que razoavelmente estivesse relacionada com a proteção da saúde da mulher. Por fim, no terceiro trimestre da gravidez, o Estado poderia regular amplamente o aborto, inclusive proibindo-o, salvo se a interrupção da gravidez fosse necessária para preservar a vida ou a saúde da mãe.

Vale dizer que a ideia central de existência de um direito ao aborto por conta da proteção da privacidade da mulher perdura na Suprema Corte até os dias atuais, apesar de a Corte ter feito algumas ressalvas e esclarecimentos posteriores. Primeiro, no precedente *Poelker v. Doe* (1977)⁵³, entendeu ser possível que um Município recusasse o fornecimento de hospitais públicos ou financiados pelo Estado para a realização de abortos não terapêuticos.

Segundo, no caso *Webster v. Reproductive Health Services* (1989)⁵⁴, a Suprema Corte afirmou que o direito à privacidade inclui a decisão a respeito da realização do aborto sem interferência do Estado, mas não inclui o dever de o Estado prestar serviços ou destinar recursos para a realização do serviço médico. Assim, uma lei que proibisse o uso de funcionários públicos, bens públicos ou recursos públicos para realização de abortos não violaria a Constituição nem as decisões da própria Suprema Corte. Nesse precedente, havia a expectativa de que houvesse uma mudança de posição da Suprema Corte a respeito da permissão do aborto. Contudo, apesar de a Corte manter sua posição em relação à realização do aborto, ela reconheceu a validade de uma lei do Estado de Missouri que: (i) declarava, no preâmbulo, que a vida humana começaria com a concepção e de que as proteção das “crianças não nascidas” (*unborn child*) abrangeria a vida, a saúde e bem-estar; (ii) proibiu o uso de fundos ou instalações do governo em condutas de encorajamento ou aconselhamento do aborto, salvo em casos de risco para a vida da mãe; (iii) determinou que a realização do aborto após a vigésima semana de gravidez fosse precedida de teste para garantir a inviabilidade fetal.

Terceiro, no precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)⁵⁵, a Suprema Corte afirmou mais uma vez que a escolha a respeito da interrupção da

⁵³ Suprema Corte dos EUA, *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519, 1977.

⁵⁴ Suprema Corte dos EUA, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989.

⁵⁵ Suprema Corte dos EUA, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992.

gestação pertenceria àquelas escolhas centrais do indivíduo protegidas pela 14ª Emenda. Todavia, nesse precedente, a Corte reviu o critério trimestral e a utilização expressa do teste do escrutínio estrito, passando a adotar um novo e mais brando critério de aferição de constitucionalidade da lei, o critério do *encargo indevido* (*undue burden*)⁵⁶. Nesse sentido, a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de o Estado estabelecer uma regulamentação da interrupção da gestação antes da viabilidade fetal⁵⁷, desde que não houvesse “o propósito ou o efeito” de impor um *encargo indevido* sobre o direito de escolha da mulher, tentando impedi-la ou de fato impedindo-a de dar a última palavra a respeito da realização do aborto⁵⁸.

Quarto, no precedente *Gonzales v. Carhart* (2007)⁵⁹, a Suprema Corte adotou o critério do *encargo indevido* com viés para o teste de base racional (*rational basis test*), afirmando que a lei regulamentadora para ser válida deve apenas ser racionalmente adequada a proteger algum interesse legítimo da sociedade. Ressaltou a Corte, ainda, que as considerações sobre a segurança de procedimentos médico, incluindo o equilíbrio de riscos, demandam evidências médicas e científicas, estando, portanto, dentro da discricionariedade legislativa. Em suma, se antes de 2007, uma lei somente seria considerada válida se regulasse o aborto para promover, de forma estrita (*narrowly tailored*), interesses relevantes como a saúde da mulher e a proteção de um feto viável⁶⁰; após 2007, com *Gonzales v. Carhart*, a lei poderia ser considerada válida se houvesse a demonstração racional de que a regulamentação seria adequada à proteção de algum interesse legítimo.

Quinto, no recente precedente *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016)⁶¹, a Suprema Corte reafirmou o critério do *encargo indevido* previsto em *Casey* e derrubou uma lei do Texas que exigia que clínicas que realizavam o aborto cumprissem as mesmas exigências feitas a centros de cirurgia médica. A opinião da maioria, em voto escrito pelo

⁵⁶ BORGSMANN, Caitlin. *Winter count: Taking stock of abortion rights after Casey and Carhart*. **Fordham Urban Law Journal**, vol. 31, p. 675-716, 2004, p. 682.

⁵⁷ A Corte, mais uma vez, reafirmou que a viabilidade é o marco para estabelecer a divisão entre o momento em que o Estado não poderia proibir o aborto e o momento em que a proibição poderia ocorrer, salvo se houvesse necessidade de proteger a vida ou a saúde da mãe.

⁵⁸ Neste precedente, o critério ficou estabelecido de forma bastante vaga, não ficando claro como a Corte poderia determinar que uma lei estabeleceria um encargo ou obstáculo indevido. Na tentativa em dar maior clareza, Kathleen Sullivan afirmou que, pelo encargo indevido, a lei reguladora poderia “informar”, “encorajar” ou “influenciar” a escolha da mulher, mas não poderia “impedir” ou “interferir” na escolha, colocando um obstáculo substancial em seu trajeto (SULLIVAN, Kathleen. *The Supreme Court, 1991 Term - Foreword: The justices of rules and standards*. **Harvard Law Review**, vol. 106, n. 1, p. 22, 1992, p. 33).

⁵⁹ Suprema Corte dos EUA, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 2007.

⁶⁰ NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald. **Constitucional Law**. 8ª ed. St. Paul: West Publishing, 2010, p. 1033.

⁶¹ Suprema Corte dos EUA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ___, 2016.

justice Stephen Breyer, foi no sentido de se estabelecer um contorno mais claro para o critério do encargo indevido que aquele formulado em *Casey*, tendo como base o *controle do custo-benefício* da lei restritiva. Segundo a Breyer, “[t]he rule announced in *Casey*, however, requires that courts consider the burdens a law imposes on abortion access together with the benefits those laws confer”⁶². Além disso, a Corte afastou a aplicação do teste da base racional (*rational basis test*) ao argumento de que seria equivocado equiparar o controle judicial utilizado na regulamentação de uma liberdade pessoal constitucionalmente protegida com o controle menos rigoroso utilizado geralmente na análise de uma legislação econômica.

Na **Alemanha**, foi observado talvez um bom exemplo de como o diálogo entre instituições é produtivo para se alcançar a melhor decisão política. Apesar de muitos autores ignorarem o ponto, mostra-se bastante expressivo o fato de o legislador alemão ter editado três diferentes leis permissivas em relação ao aborto e de o Tribunal Constitucional ter elaborado duas decisões sobre a questão, tendo alterado em parte seu entendimento em uma segunda análise por conta de reivindicações políticas e populares. Como será vista mais a frente, o Tribunal Constitucional suavizou seu entendimento anterior após uma nova manifestação do legislador que insistira em permitir a interrupção voluntária da gravidez até a 12^a semana de gravidez.

Na primeira decisão sobre o aborto, o Tribunal Constitucional alemão adotou uma postura bastante ativista ao declarar a inconstitucionalidade e decretar invalidade de uma lei editada pelo legislador. Porém, quanto à conclusão final, o Tribunal adotou caminho oposto ao da Suprema Corte norte-americana. Em junho de 1974, foi editada uma lei que descriminalizava o aborto realizado por médico com consentimento da gestante nas doze primeiras semanas da gravidez. A lei, contudo, exigia que a grávida tivesse procurado um órgão de aconselhamento ou tivesse se consultado previamente junto a um médico⁶³. Não obstante a escolha do legislador, o Tribunal Constitucional Federal, no *Caso Aborto I* (1975)⁶⁴, declarou inconstitucional a referida lei, sustentando que o dever do Estado em proteger a vida intrauterina derivaria da Lei Fundamental, sobretudo das normas de proteção da vida e da dignidade humana. Segundo a Corte, seria de pouca importância que o titular da

⁶² Vale mencionar que Breyer faz parte de um grupo de autores que reconhece a importância de uma análise econômica do direito e defende o critério do custo-benefício na interpretação jurídica. Para uma análise do julgado, v. GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. *The difference a whole woman makes: Protection for the abortion right after Whole Woman's Health*. **Yale Law Journal Forum**, vol. 126, 2016. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/forum/the-difference-a-whole-woman-makes>. Acesso em 15 mai. 2017.

⁶³ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 266.

⁶⁴ *BverfGE* (Tribunal Constitucional Federal) 39, 1, *Schwangerschaftsabbruch I* (Aborto I), de 25.02.1975.

dignidade não tivesse consciência ou plena formação orgânica, sendo que as potenciais capacidades inerentes ao ser humano seriam suficientes para fundamentar a existência e proteção da dignidade do nascituro. Afirmou, ainda, que o dever do Estado em dar proteção à vida em formação existiria em face de terceiros e, inclusive, em face da própria mãe⁶⁵. Neste precedente, então, o Tribunal reconheceu que os direitos fundamentais, além do seu caráter originário de *direitos de resistência* contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*), possuiriam também um caráter de proteção em face de agressões provenientes de particulares, ou seja, um caráter de *dever de tutela estatal* (*staatliche Schutzpflicht*). Por fim, segundo a Corte, o legislador seria obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento, se a proteção exigida pela Constituição não puder ser alcançada de outra maneira. Reconheceu o Tribunal Constitucional, assim, a existência de *mandados de criminalização* implícitos na Constituição alemã.

Com a reunificação da Alemanha após o fim da Guerra Fria, houve a edição, em julho de 1992, de nova lei (*Lei de Ajuda Familiar e à Gestante*) mais uma vez autorizando a interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação, desde que a intervenção fosse realizada por médico e houvesse aconselhamento prévio por órgão específico ou por ente legalmente autorizado. A lei tinha a pretensão de estabelecer um regramento definitivo sobre o tema em toda a Alemanha “pós muro de Berlim”, já que, na Alemanha Ocidental, havia a proibição da interrupção voluntária da gravidez desde o *Caso Aborto I*, enquanto, na Alemanha Oriental, havia a permissão da interrupção até as doze primeiras semanas de gravidez por conta de um simples requerimento da mulher⁶⁶.

Analisando a nova lei, no caso *Aborto II* de 1993⁶⁷, o Tribunal Constitucional Federal, mais uma vez, entendeu que o Estado alemão teria o dever de proteger a vida e a dignidade do nascituro, sendo que a interrupção da gestação deveria ser considerada antijurídica em toda a sua duração, salvo em casos excepcionais em que ficasse demonstrado um grau elevado de sacrifício de valores vitais da mulher⁶⁸. Neste mesmo julgado, o Tribunal entendeu que,

⁶⁵ Nas palavras do Tribunal Constitucional Federal Alemão: “Se o embrião fosse apenas uma parte do organismo materno, então também o aborto permaneceria na área privada da conformação da vida, na qual é proibida a penetração do legislador. Como, porém, o nascituro é um ser humano independente, que está sob proteção constitucional, o aborto passa a ter uma dimensão social, que o torna acessível para e carente da regulamentação pelo Estado” (v. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Op. cit., p. 269).

⁶⁶ A reunificação da Alemanha ocorreu em 03 de outubro de 1990, no entanto, o Contrato Estatal de Reunificação permitiu a ultraeficácia das duas legislações até o final de 1992.

⁶⁷ *BverfGE* 88, 203, *Schwangerschaftsabbruch II*, de 28.05.1993.

⁶⁸ Nas palavras do Tribunal, “as posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida - quando não ordenada - a não imposição de um tal dever jurídico. É

apesar da existência do dever constitucional de proteção à vida em toda a sua duração e de o aborto ser um “não direito constitucional”, seria tarefa do legislador determinar a forma de proteção mais adequada para o bem jurídico. Seguindo o raciocínio, o Tribunal reconheceu a existência de uma margem de ação do legislador, bem como a possibilidade de haver um regramento protetivo que não se utilizasse exclusivamente do Direito Penal e da criminalização ampla e irrestrita, senão de outras formas proporcionais para a proteção da vida do nascituro, não obstante haver a possibilidade de intervenção judicial sempre que a medida não for proporcional ao dever de proteção constitucional (*proibição de proteção insuficiente*) ou violar direitos mínimos da pessoa humana em seu núcleo essencial. Em conclusão, a Corte afirmou que a ilicitude do aborto deveria permanecer, mas a punibilidade poderia ser excepcionada, principalmente, nos casos em que a gestação e a maternidade acarretassem “situações conflitantes sérias e, dadas certas circunstâncias, até ameaçadoras à vida”. Ressaltou, nesse contexto, que seria dever do Estado em apoiar e ajudar a mulher através de aconselhamentos e auxílios, buscando, sempre que possível, convencê-la de não prosseguir com a interrupção da gestação. Assim, considerando o dever de tutela para a vida humana intrauterina consignado, o Tribunal Constitucional estabeleceu também alguns parâmetros que deveriam ser observados pelo legislador na regulamentação da interrupção da gestação, principalmente em relação a forma de se demonstrar a existência de um estado geral de necessidade. Em resposta à decisão do Tribunal Constitucional, o legislador alemão editou, em 1995, nova lei que buscou regulamentar a interrupção da gravidez em definitivo. Segundo a nova lei, a mulher que desejar fazer a interrupção da gestação nas doze primeiras semanas da gravidez não pode ser responsabilizada criminalmente se realizar um procedimento de aconselhamento dissuasivo prévio para auxílio na tomada da decisão e aguardar o intervalo de três dias para reflexão.

1.5. O Panorama do Aborto no Brasil

Diversas ondas liberalizantes passaram e, atualmente, o Brasil está entre aqueles países que possuem uma das legislações mais duras e anacrônicas a respeito do aborto, mantendo praticamente a mesma forma de criminalização do aborto inaugurada no Império. A

tarefa do legislador determinar concretamente tais elementos típico-normativos de exceção (causas excludentes da ilicitude) segundo o critério da inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*). Para tanto, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que isso não possa mais ser (racionalmente) esperado da mulher” (v. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Op. Cit., p. 276).

primeira vez que o aborto foi criminalizado no país foi com o *Código Criminal do Império de 1830* que estabelecia a pena de prisão de um a cinco anos daquele que ocasionasse aborto por qualquer meio com consentimento da mulher grávida, sendo que, se o aborto fosse cometido sem consentimento da gestante, a pena era dobrada (art. 199). Posteriormente, com o *Código Penal da República de 1890*, o aborto praticado pela própria gestante também passou a ser crime de forma expressa, punido com a mesma pena que o aborto praticado por terceiros com o consentimento da gestante (um a cinco anos de prisão), apesar de haver uma forma privilegiada desse tipo de aborto, aquele feito pela gestante para “ocultar desonra própria”, com pena diminuída na terça parte (art. 301, parágrafo único). Além disso, o Código Penal de 1890 apresentou, pela primeira vez, uma exceção à criminalização quanto ao *aborto necessário* para salvar a vida de gestante.

No atual *Código Penal de 1940*, o aborto continuou a ser criminalizado (arts. 124, CP a 128, CP), variando a pena de um ano a três anos de detenção no caso de aborto provocado pela gestante ou por terceiros com seu consentimento (art. 124, CP) e de três a dez anos de reclusão no caso de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125, CP). Além disso, apenas em duas hipóteses o Código Penal retirou a antijuridicidade do aborto, estabelecendo a possibilidade de a mulher realizá-lo de forma legítima⁶⁹. A primeira hipótese, já prevista no Código Penal de 1890, é o caso do *aborto necessário ou terapêutico* previsto no inciso I do art. 128 do Código Penal e permitido no caso de risco de vida da gestante, desde que não haja outro meio de salvá-la. A segunda hipótese é o caso do *aborto humanitário ou ético* previsto no inciso II do art. 128 do Código Penal e autorizado no caso de gravidez resultante de estupro.

Além das duas hipóteses legais de exclusão da antijuridicidade do aborto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito

⁶⁹ Segundo a doutrina brasileira amplamente majoritária, quando o art. 128, *caput*, do Código Penal determina que “não se pune o aborto”, significa que o legislador optou em *excluir a ilicitude ou a antijuridicidade* da conduta (nesse sentido, v. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168; MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de direito penal**. Vol. 2, Campinas: Millenium, 1999, p. 218; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: Parte especial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 124; MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 567). Em sentido diverso, existe doutrina minoritária no sentido de que o inciso II do art. 128 do CP trata de hipótese de *inexigibilidade de conduta diversa* ou *causa excludente da culpabilidade* (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Vol. 2. Niterói: Impetus, 2009, p. 255). Sem medo de sermos isolados neste ponto, entendemos que, a partir do momento em que se reconhece a existência de um *direito constitucional* da mulher em realizar o aborto nestes dois casos, tal como defenderemos, o legislador sequer poderia validamente tipificar tais condutas, de modo que o Código Penal apenas teria explicitado ou declarado dois casos de “atipicidade constitucional” ao prever as hipóteses do art. 128 do Código Penal.

Fundamental n. 54 (ADPF 54), acrescentou uma terceira hipótese permissiva⁷⁰. Segundo a Suprema Corte brasileira, não se poderia considerar crime a interrupção da gravidez quando ficar constatada má formação neural caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante o desenvolvimento embrionário, o que se denomina de *anencefalia*⁷¹. Nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, partindo da premissa de que haveria consenso na medicina no sentido de que o fim da vida ocorreria com a morte cerebral, no caso específico da anencefalia, não haveria colisão real entre direitos fundamentais, mas apenas conflito aparente, uma vez que o feto anencefálico não desfrutaria de nenhuma função superior do sistema nervoso central “responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade”, o que retiraria qualquer presunção de efetiva vida intrauterina. Em outras palavras, o Min. Marco Aurélio reconheceu que a interrupção da gravidez, naquela hipótese específica, não seria fato interveniente no âmbito de proteção do direito à vida. Sublinhou, ainda, que o tema envolveria a análise de questões importantes para os indivíduos, como a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres⁷². Neste precedente, contudo, o Supremo se recusou a debater a constitucionalidade da criminalização do aborto de forma ampla, adotando uma *postura minimalista*⁷³ de exame apenas do necessário para a resolução do caso, que era a interrupção da gestação no caso de feto anencéfalo.

Mesmo com a consolidação na sociedade brasileira da correção da decisão proferida na ADPF 54, o cenário ainda é um dos piores possíveis. Diversas mulheres optam em realizar o aborto de forma clandestina, colocando em risco a própria vida em procedimentos médicos precários, ao mesmo tempo que sofrem o risco de ser marginalizadas e marcadas pelo estigma criminal. Nesse contexto, não se pode ignorar, ainda, o fato de que, mesmo havendo lei

⁷⁰ Apesar de ser corrente a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal teria criado uma terceira hipótese de *exclusão de ilicitude*, em verdade, o Supremo Tribunal Federal apontou um caso em que não haveria a incidência da norma penal e, portanto, afastou a tipicidade da conduta, estabelecendo um comando constitucional definitivo a respeito da impossibilidade de criminalização pelo legislador infraconstitucional. Em outras palavras, ao julgar o caso, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um eminente caso de “atipicidade constitucional”.

⁷¹ DINIZ, Débora. *Aborto e inviabilidade fetal: El debate brasileño*. **Cadernos de Saúde Pública**, vol. 21, n. 2, p. 634-639, 2005.

⁷² STF, Pleno, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30.04.2013.

⁷³ Como será visto de forma mais detida no Capítulo 4, o grande defensor do *minimalismo judicial* é autor norte-americano Cass Sunstein, que defendeu uma atuação mais estreita das cortes em questões controversas do ponto de vista político, moral ou filosófico, permitindo, assim, que tais questões fossem resolvidas pelas instâncias deliberativas e democráticas (SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 4).

criminalizadora e possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, o aborto continua sendo realizado por um número considerável de mulheres, que, por sua vez, encontram-se amplamente desamparadas pelo Estado e pela sociedade. Para dar concretude ao afirmado acima, devemos apontar a Pesquisa Nacional de Aborto de 2010 (PNA 2010) que constatou que, dentre mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas, aproximadamente 15% já realizaram o aborto, sendo que a conclusão final da pesquisa foi no sentido de que uma a cada cinco mulheres realizou ou realizará o aborto até os 40 anos de idade⁷⁴. Em outras pesquisas, os números foram semelhantes, sendo estimado que, por ano, sejam feitos de 500 mil⁷⁵ a 1 milhão⁷⁶ de abortos no Brasil. Este número impressiona ainda mais se for analisada a proporção em termos globais. A Organização Mundial de Saúde (OMS) estimou a realização de cerca de 21,6 milhões de abortos inseguros no ano de 2008, sendo eles os responsáveis por 47.000 mortes maternas, ou seja, 13% da mortalidade materna no mundo⁷⁷. Neste cenário, o Brasil representaria, então, de 2% a 4% dos abortos inseguros de todo mundo.

Os dados demonstram que uma parcela considerável das mulheres brasileiras prefere ser responsabilizada penalmente e correr um alto risco para sua própria vida ao realizar procedimentos médicos clandestinos a prosseguir com uma gravidez indesejada e suportar o ônus da maternidade. Tal fato, por si só, já demonstra o quanto as escolhas reprodutivas são importantes para a vida digna da mulher, estando afetadas ao que a doutrina denomina de *liberdade existencial*, isto é, aquela parcela da liberdade próxima ao seu núcleo mais duro e intangível. Por outro lado, o baixo número de investigações e de punições criminais comparadas com o número total de abortos inseguros realizados no Brasil⁷⁸, se não representa

⁷⁴ É verdade que a Pesquisa Nacional de Saúde de 2013 (PNS 2013), formulada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), encontrou números diversos que os apresentados acima. Com números bastante diferentes, a pesquisa concluiu que apenas 2,1% das mulheres entre 18 a 49 anos já teriam realizado o aborto (PESQUISA NACIONAL DE SAÚDE: 2013. **Ciclos de Vida: Brasil e Grandes Regiões**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015). Ocorre que o método utilizado foi de entrevistas pessoais (*face-to-face*) com entrevistadores de ambos os sexos, diferentemente do PNA 2010 que utilizou a *técnica de urna*, que mantém o anonimato dos entrevistados e, por conta disso, detém uma precisão maior quanto ao resultado (sobre as vantagens da técnica de urna, v. DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: Uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. **Ciência Saúde Coletiva**, vol. 15, n. 1, p. 959-966, 2010).

⁷⁵ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. **Ciência Saúde Coletiva**, vol. 22, n. 2, p. 653-660, 2017.

⁷⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Magnitude do aborto no Brasil: Aspectos epidemiológicos e sócio-culturais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

⁷⁷ WHO. **Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008**. 6ª ed. Geneva: World Health Organization, 2011.

⁷⁸ A afirmação é feita com base na experiência prática, uma vez que não existem dados seguros a respeito do número de investigações criminais ou ações penais que tenham como objeto o crime de aborto. A falta de dados dos diversos Tribunais de Justiça do país, infelizmente, não permite uma afirmação estatística precisa sobre o tema. Geralmente, os autores apresentam dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)

uma ampla aceitação social quanto ao aborto, pelo menos indica a flagrante inadequação da lei penal para tratar de um problema social complexo e multifacetário. Ou seja: se por um lado a legislação brasileira não é suficiente para diminuir o número de abortos, não sendo adequada para proteger o bem jurídico a que se destina, por outro lado, impossibilita que a mulher tenha acompanhamento e tratamentos médicos ou psicológicos adequados para minorar os riscos de sua escolha em questões reprodutivas.

A situação é ainda mais preocupante se considerarmos que não existe qualquer perspectiva para um debate legislativo mais sério e engajado no âmbito do Congresso Nacional, principalmente por conta da existência de diversos *grupos de bloqueio (veto players)* no Parlamento brasileiro⁷⁹. No entanto, o panorama do aborto no Brasil poderá sofrer alguma alteração em breve. Apesar de a modificação legislativa aparentemente estar bastante longínqua, o Judiciário dá mostras de que poderá rever a opção legislativa prevista no ultrapassado Código Penal de 1940. Após o Supremo Tribunal Federal ter afirmado, na ADPF 54, que não pode ser considerado crime a interrupção da gravidez quando ficar constatada a

ou pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referentes ao número de prisões que tenham como causa a prática do aborto. Assim, por exemplo, segundo o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)* relativo a 2014-2015, existem cerca de 43 mulheres presas a título definitivo (condenação transitada em julgado) ou precário (prisão cautelar) por conta da prática dos crimes previstos nos arts. 124, 125, 126 e 127 do CP (Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 11 jul. 2017). Entretanto, tais dados não podem ser utilizados de forma absoluta. Primeiro, porque não há uma delimitação a respeito da prática de cada tipo penal, sendo possível que parcela das mulheres presas respondam pela prática do crime previsto no art. 125 do CP (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante), em que não há qualquer discussão quanto à constitucionalidade. Segundo, porque o crime previsto no art. 124 do CP dificilmente acarreta a pena privativa de liberdade, uma vez que, além de o tipo comportar a *suspensão condicional do processo* (art. 89, Lei 9.099/1995), há a possibilidade, caso haja a condenação, de ocorrer a *substituição da pena privativa de liberdade* com a aplicação de *penas restritivas de direitos*, mesmo em sendo aplicada a pena máxima de três anos de detenção (art. 44, CP).

⁷⁹ Existem alguns projetos de lei que tratam do tema no Congresso Nacional. A maior parte deles, todavia, pretende endurecer a lei penal ou estabelecer mecanismos que dificultam a realização do aborto. Um exemplo é o denominado *Estatuto do Nascituro* (PL 478/2007) em tramitação na Câmara dos Deputados que prevê o estabelecimento de pena de reclusão ao invés de detenção para o crime do art. 124 do CP, aumento da pena do crime do art. 126 do CP, além de estabelecer como crime hediondo as condutas previstas nos arts. 124 a 127 do CP. Outro exemplo é o Projeto de Lei 5.069/2013 que pretende criminalizar a conduta de anunciar métodos abortivos e de instruir ou orientar sobre a prática do aborto. Em sua justificativa, o ex-deputado Eduardo Cunha afirmou de forma bastante ilógica que “a legalização do aborto vem sendo imposta a todo o mundo por organizações internacionais inspiradas por uma ideologia neo-maltusiana de controle populacional, e financiadas por fundações norte-americanas ligadas a interesses super-capitalistas”. Poucos são os projetos que pretendem ampliar as hipóteses permissivas da interrupção da gestação, dois deles, inclusive, tramitam no Congresso por mais de 25 anos (PL 1.135/1991 e PL 1.174/1991), não havendo sequer uma deliberação ou votação no plenário da casa legislativa. Dentre os projetos liberalizantes, merecem destaque o Projeto de Lei 176/1995 e o Projeto de Lei 882/2015. O primeiro prevê o direito de interrupção da gravidez até 90 dias (art. 1º), bastando a “reivindicação da gestante” (art. 2º). Já o segundo, com o intuito de fixar políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, prevê, dentre outras coisas, o direito de a mulher decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional (art. 11). Infelizmente, projetos legislativos “pró liberdade” raramente são submetidos à uma análise maior pelo Congresso Nacional, sequer sendo votados ou deliberados pelo plenário da Casa Legislativa, sendo muito comum a paralisação da tramitação na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), local em que existe certo predomínio de bancada mais conservadora.

anencefalia, é possível que a Suprema Corte avance um pouco mais no debate e amplie as situações de não punibilidade ou de atipicidade da interrupção voluntária da gravidez, fato este que desperta diversas dúvidas e faz surgir alguns percalços institucionais que serão apresentados e desenvolvidos nos próximos capítulos.

Em recente julgado, a maioria da Primeira Turma do Supremo deu um passo inovador ao afastar a prisão preventiva de dois réus em sede persecução penal por suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante (art. 126, CP) e formação de quadrilha (art. 288, CP). Indo além da análise das condições para a custódia cautelar previstas no Código de Processo Penal, o voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso, seguido pelo Min. Edson Fachin e pela Min. Rosa Weber, foi no sentido de que a vida potencial do feto seria constitucionalmente relevante, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação violaria diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. O critério do primeiro trimestre foi utilizado com observância na legislação de países como Alemanha, Bélgica, França e Uruguai, bem como teve como base a ideia de que, neste período, o “córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno”⁸⁰. De qualquer maneira, o julgado, apesar de louvável, não ostenta o mesmo grau de relevância de uma decisão vinculante do plenário do Supremo Tribunal Federal e, até por isso, não pode ser visto como posição predominante daquela Corte Suprema⁸¹.

Porém, a manifestação definitiva do pleno do Supremo poderá vir em breve, já que foram propostas recentemente duas ações diretas que exigirão o enfrentamento da Corte sobre

⁸⁰ STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Roberto Barroso, julgado de 29.11.2016, DJe 17.03.2017 (Informativo 849 do STF).

⁸¹ Analisando o referido julgado, Ingo Wolfgang Sarlet criticou que o resultado tenha se originado de um órgão fracionado do Supremo Tribunal Federal e através da ação de *habeas corpus*. Ousamos discordar do renomado autor. Considerando os efeitos *inter partes* daquela decisão, não nos parece que houvesse qualquer necessidade ou relevância de a questão ser submetida ao pleno do Supremo, ainda mais em se tratando de ação da envergadura do *habeas corpus*, que necessita de celeridade extrema, já que está em jogo a liberdade individual. Por outro lado, seria tamanho absurdo que os ministros do Supremo deixassem de manifestarem suas convicções jurídicas pessoais sobre o tema, mantendo, como consequência, a prisão preventiva dos pacientes, simplesmente porque não houve ainda decisão do pleno sobre a questão ou porque a causa não está madura para deliberação da Corte. Como se não bastasse, a decisão da Turma foi extremamente produtiva, pois serviu para que houvesse uma nova rodada de discussão a respeito do tema, tanto no legislativo como no judiciário (SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF, novamente, diante dos desafios da proteção jurídica nos limites da vida**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-abr-07/stf-diante-desafios-protexao-juridica-limites-vida>. Acesso em 11 jul. 2017). Vale dizer, inclusive, que a reação à decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal foi instantânea, sendo que, no mesmo dia do julgamento (29.11.2016), o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, criou comissão especial para discutir o tema (notícia disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/politica/520372-depois-de-decisao-do-stf-sobre-aborto.-maia-cria-comissao-para-discutir-tema.html>. Acesso em 13 jul. 2017).

o tema. A primeira ação, proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581 que, dentre outros pedidos, pleiteia a possibilidade de interrupção da gestação em caso de contaminação da gestante pelo vírus Zika, independentemente de confirmada a microcefalia ou demais danos cerebrais ao feto, que só seriam diagnosticáveis após a 21ª semana de gestação. A segunda ação, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), é a ADPF 442 que requer a declaração de não recepção dos arts. 124 e 126 do CP com a possibilidade de interrupção da gestação nas primeiras doze semanas de gravidez “sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado”. Trata-se de ações importantes, pois, considerando o recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, poderá ser o momento em que a Suprema Corte, afastando-se do minimalismo que adotou na ADPF 54, enfrente questões bastante divergentes do ponto de vista jurídico, moral e político a respeito do aborto.

1.6. Conclusão

Analisando o panorama global das últimas décadas a respeito do aborto, algumas conclusões podem ser registradas. Em primeiro lugar (i), pode-se dizer que, desde a década de 60, existe uma tendência mundial a ser dada uma proteção mais destacada para os direitos individuais da mulher sem, contudo, ignorar a necessidade de se estabelecer proteção razoável para a vida do nascituro. Em segundo lugar (ii), também há uma tendência mundial em retirada da questão do aborto da seara penal para a seara da saúde pública, o que representa um incremento à dignidade e ao direito de liberdade da mulher ao mesmo tempo em que assegura uma proteção mais adequada para o direito à vida digna tanto da mãe quanto do nascituro⁸². Por fim, em terceiro lugar (iii), na grande maioria dos países mencionados, as Cortes Constitucionais foram instadas a se manifestar a respeito da constitucionalidade da

⁸² Esta constatação também vem ocorrendo no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por exemplo, (i) o Plano de Ação da Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento (1994), (ii) a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), (iii) a Recomendação Geral n. 24/1999 e a Recomendação n. 33/2015 do Comitê da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), (iv) o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013) e (v) a Observação Geral n. 22/2016 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceram, todos, que a questão do aborto deveria ser tratada pelos os países que prezam pela proteção e promoção dos direitos humanos como uma questão de saúde pública e não como uma questão criminal (esta observação também é encontrada em: COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. **Human rights dynamics of abortion law reform**. Op. cit.; KOMMERS, Donald. *Autonomy, dignity and abortion*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind [eds.]. **Comparative constitutional law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, p. 441-458, 2011; SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43-82, 2005).

medida adotada pelo legislador, o que demonstra que houve também sobre a questão do aborto um *processo global de judicialização* tal como vem ocorrendo com outras matérias⁸³.

Por outro lado, ao se analisar como a questão é tratada pela legislação e pela jurisdição brasileira, podemos apontar as seguintes conclusões. Primeiro (*i*), a legislação brasileira, não obstante uma tendência mundial liberalizante, manteve-se altamente restritiva, com pequenas mudanças perceptíveis da primeira tipificação em 1830 até o momento. Segundo, (*ii*) com o aumento de pressões de grupos internacionais e internos, cresce a necessidade de revisão da legislação brasileira, sendo que, não havendo qualquer perspectiva de mudança legislativa, a intervenção judicial surge como meio possível de enfrentamento da questão, tal como já ocorreu em países como Canadá, Colômbia e Estados Unidos. No entanto, conforme será defendido neste trabalho, essa intervenção deve ocorrer prioritariamente de modo não vinculante em respeito ao desacordo moral razoável observado na sociedade brasileira. Nosso próximo tema, então, passa a ser o desacordo moral razoável e sua interação com a democracia deliberativa e com o Judiciário.

⁸³ Sobre o processo global de judicialização, v. GINSBURG, Tom. *The global spread of constitutional review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (eds.). **The Oxford handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81-98, 2008; HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004; VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal (eds.). **The global expansion of judicial power: The judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

2. O PLURALISMO POLÍTICO: LEVANDO O DESACORDO MORAL A SÉRIO

2.1. Introdução

Em uma sociedade pluralista e democrática, necessariamente existirão grupos diversificados, doutrinas abrangentes, multiculturas ou ideologias conflitantes que não irão contar com uma completa convergência. Pelo contrário, serão palco de constantes conflitos e desavenças, que, por sua vez, não serão contingentes, mas representarão uma circunstância permanente da cultura democrática¹. E a discordância poderá ser bastante ampla, afetando não só o modo como devemos levar nossas próprias vidas e como devemos perseguir o bem viver (*desacordo ético*), mas também sobre questões de moralidade política, ou seja, sobre como devemos tratar uns aos outros em comunidade (*desacordo moral*)², sobre como as instituições políticas devem ser estruturadas (*desacordo estrutural* ou *institucional*)³ ou mesmo sobre como solucionar outros desacordos (*desacordo procedimental* ou *de segundo grau*). Como bem colocou Jeremy Waldron, os desacordos políticos veem em todas as formas e tamanhos⁴.

Para nossa sorte, o viver em conjunto não necessita que haja a concordância em todos os pontos e em todos os casos. Pessoas racionais e responsáveis para com o bem e com o justo podem ter concepções diversas a respeito de como os valores da moralidade se interagem e são aplicados e, mesmo assim, conviverem de forma pacífica e harmoniosa. Isso ocorre porque o viver em conjunto necessita que compartilhem um núcleo moral mínimo ainda

¹ RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, p. 36 (afirmando que “*the diversity of reasonable comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines found in modern democratic societies is not a mere historical condition the may soon pass away; it is a permanent feature of the public culture of democracy*”).

² A distinção feita entre ética e moralidade é normalmente encontrada na doutrina norte-americana (cf. WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 174-196. No mesmo sentido, v. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 37; GAUS, Gerald. **The order of public reason: A theory of freedom and morality in a diverse and bounded world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 02 e ss). Todavia, na doutrina brasileira, muitas vezes, não é feita a mesma distinção, sendo comum atribuir à moralidade a denominação de *Ética Substantiva*.

³ Alguns autores discutem se a *reflexão institucional* é também uma análise moral. Segundo Ronald Dworkin, as questões normativas sobre alocação institucional são, também, questões morais. Nas palavras do autor, tais questões “são julgamentos morais sobre como os poderes do governo devem ser distribuídos e exercidos, e quando, se for o caso, tais poderes devem ser limitados por respeito direitos morais individuais” (DWORKIN, Ronald. *Darwin’s new bulldog*. **Harvard Law Review**, vol. 111, n. 7, p. 1718-1738, 1998, p. 1730). Em sentido contrário, Richard Posner afirma que admitir um uso muito amplo da “moral” no processo político ou judicial, colocando todas estas questões institucionais no domínio do raciocínio moral, estar-se-ia contrabandeando, de forma confusa, a análise de uma teoria moral sobre a correção de um governo (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. **Harvard Law Review**, vol. 111, n. 7, p. 1637-1717, 1998, p. 1698).

⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York and Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 149.

que bastante abstrato e indeterminado, mas não exige que concordemos sobre todas as questões políticas e morais. Assim, eventualmente, mesmo pessoas integrantes de diferentes grupos, classes ou doutrinas abrangentes podem concordar a respeito da existência de determinados valores básicos, instrumentais ou substantivos, que fundamentam uma decisão política, mesmo sem concordar a respeito da correção do resultado final. Por exemplo, pessoas diferentes podem concordar com a existência e fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e divergirem a respeito de qual desses valores deverá predominar em questões sobre aborto, eutanásia ou ações afirmativas. Dessa forma, pode-se dizer que sempre existirá, mesmo em um oceano de divergências, uma parcela da moralidade política em que os membros da sociedade deverão encontrar um núcleo comum de convergência e consenso⁵. Por esta razão é que diversos autores afirmam que tanto o acordo como o desacordo são peças da engrenagem democrática em um contexto de pluralismo⁶, sendo essencial, para a combinação harmoniosa dessas duas peças, a existência de alguma forma profunda de “agir em conjunto”⁷ ou de “associação política”⁸ que possa produzir uma “concertada, cooperativa, coordenada ação coletiva”⁹. Analisando, então, todo esse arcabouço entre acordo e desacordo, Robert Post bem observou que a democracia reflete um ninho de paradoxos¹⁰.

⁵ POST, Robert. *Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics*. **California Law Review**, vol. 98, p. 1319-1350, 2010, p. 1338.

⁶ Alguns autores entendem que o dissenso é um elemento importante do sistema democrático, sendo que tal circunstância seria um ponto que demonstraria o equívoco da democracia deliberativa. Assim, esta doutrina distingue a *democracia agonística*, que não concorda com consensos no pluralismo político, da *democracia deliberativa*, cujo principal objetivo seria o estabelecimento de consensos através de argumentos e do debate público. Segundo Chantal Mouffe, defensora do primeiro modelo, uma democracia que funcione bem necessariamente exige um choque vibrante de posições políticas democráticas, sendo que a ausência desse conflito gera a perigosa possibilidade de o confronto democrático ser substituído por um confronto de identidades coletivas, o que pode desaguar para um fundamentalismo étnico e religioso (MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London and New York: Verso, 2000, p. 98-105). A posição de Mouffe é inegavelmente inspiradora, no entanto, acreditamos que as divergências e os desacordos podem perfeitamente conviver com um conceito de democracia deliberativa, não para chegarmos a acordos absolutos, mas pelo menos para tirar proveito de nossas diferenças e construir um significado real para o viver em conjunto com o respeito mútuo. Como bem colocou Rodrigo Brandão, “a democracia deliberativa não tem a pretensão de transformar o desacordo em acordo, mas tem a vantagem de, ao menos, buscar que os participantes considerem seriamente a perspectiva do outro” (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 214).

⁷ RANCIÈRE, Jacques. **On the shores of politics**. Trans. Liz Heron. London and New York: Verso, 1995, p. 49 (afirmando que a democracia “*is the community of sharing, in both senses of the term: a membership in a single word wich can only be expressed in adversarial terms, and a coming together wich can only occur in conflict*”).

⁸ MOUFFE, Chantal. **On the political**. London and New York: Routledge, 2005, p. 52 (afirmando que a questão fundamental para a teoria democrática “*is to envisage how the antagonistic dimension - which is constitutive of the political - can be given a form of expression that will not destroy the political association*”).

⁹ WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 156.

¹⁰ POST, Robert. **Theorizing disagreement**. Op. cit., p. 1339.

Avançando a questão da divergência no contexto de uma moralidade política, pode-se dizer que alguns dos desacordos são apontados pela doutrina como desacordos razoáveis. Diz-se, assim, que existem divergências morais na comunidade que estariam cobertas pelo manto da indeterminada razoabilidade. A questão do aborto, por exemplo, seria um caso amplo de desacordo moral razoável, em que há divergências de difícil solução prática, tais como o início da vida, a delimitação do valor liberdade, os casos de prevalência da liberdade da mulher em relação à vida do feto, a proporcionalidade da criminalização, a existência do dever do Estado em prestar um serviço médico de interrupção da gravidez etc. As indagações que serão feitas neste momento sobre os desacordos morais razoáveis são várias. O que eles realmente representam? O que os diferem dos demais desacordos de uma comunidade? É possível ou desejável solucioná-los? Quem poderia solucioná-los?

Neste Capítulo 3, no primeiro tópico (*i*), a pretensão será determinar a ideia de desacordo moral razoável, estabelecendo contornos mais precisos sobre o conceito. No tópico seguinte (*ii*), serão analisadas as teorias a respeito da caracterização da razoabilidade presente no desacordo moral razoável. Neste momento, apesar de se defender de forma singela que o desacordo moral razoável é aquela divergência profunda e persistente em um ambiente deliberativo, serão apontadas três orientações construtivistas sobre a razoabilidade do desacordo que buscarão na pessoa razoável, nos argumentos razoáveis ou nas razões públicas a base para o conceito de desacordo moral razoável. No terceiro tópico, (*iii*) analisaremos com mais destaque o instituto da razão pública por entender que se trata de um importante elemento deliberativo que, ainda que indiretamente, irá ser determinante para a delimitação do desacordo e para estabelecer um proveitoso debate público entre pessoas que se respeitam mutuamente. No tópico seguinte, (*iv*) será a oportunidade de esclarecermos o significado de democracia deliberativa, apontando as condições sociais e procedimentais que devem estar presentes para que ocorra um produtivo e amplo debate de ideias em um contexto de pluralismo democrático. Por fim (*v*), será a vez de se indagar o papel do Judiciário neste arranjo deliberativo. Partindo-se do pressuposto de que deliberação é um importante elemento da democracia e de que o desacordo moral razoável somente estará caracterizado após um amplo debate com o uso de razões públicas, será defendida a tese de que os juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, tal como defendeu John Rawls e outros autores, como também devem agir a favor da democracia, somente intervindo de forma definitiva em desacordos morais quando houver algum *vício na deliberação*, seja porque o procedimento democrático não foi observado, seja porque os interlocutores não observaram a reciprocidade ou o respeito mútuo.

2.2. O que é o Desacordo Moral Razoável?

Antes de tudo, deve ser dito que a ideia neste tópico é trabalhar exclusivamente com os conflitos a respeito da moralidade política, isto é, conflitos a respeito do que deve ser considerado justo em uma sociedade política. Partimos da premissa de que a função do Estado e do Direito, no âmbito do domínio público, não é tornar as pessoas integralmente boas ou virtuosas, mas apenas manter a paz e a justiça nas relações entre os cidadãos. Assim, não serão analisadas diretamente as divergências éticas a respeito da vida boa ou da busca da felicidade e da virtude. Tais debates, ainda que importantes para o campo da Ética, não serão objeto de investigação direta neste trabalho. Dessa forma, não serão feitas maiores considerações a respeito de como deve ser a melhor escolha da mulher a respeito do prosseguimento da gravidez ou como deve ser a postura de um médico no momento em que houver a solicitação por uma mulher de interrupção da gravidez. Os olhos serão voltados para o campo da moralidade política, ou seja, como a coletividade, representada pelo Estado e suas instituições políticas, deve tratar seus membros. No caso específico do aborto, a indagação passa a ser a respeito de como o Estado deve tratar a mulher grávida e suas escolhas reprodutivas, além de como devem ser estabelecidas as normas imperativas e obrigatórias sobre a interrupção voluntária da gravidez.

Neste contexto, pode-se dizer que, em algumas situações da moralidade política, as divergências entre os membros da comunidade serão mais (i) *profundas*, já que afetarão a essência da concepção de justiça que a comunidade possui, e serão mais (ii) *persistentes*, já que não serão resolvidas sequer através de um debate mais duradouro e engajado¹¹. A esse tipo de desacordo profundo e persistente denominamos de *desacordo moral razoável* ou, como preferem alguns, *desacordo deliberativo*¹². As circunstâncias que geram os desacordos razoáveis são várias. John Rawls, talvez o maior estudioso sobre o tema, enumerou algumas dessas circunstâncias que podem ser apontadas como fatores desencadeadores do desacordo moral razoável: (i) evidências científicas e empíricas conflitantes e complexas; (ii) desacordo sobre o peso a ser atribuído a fatores relevantes; (iii) imprecisão dos conceitos morais; (iv) influência das experiências de vida na avaliação de evidências e no sopesamento de valores;

¹¹ MACMAHON, Christopher. **Reasonable disagreement: A theory of political morality**. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2009, p. 2 (afirmando que “*when disagreement is reasonable, it will persist no matter how open discussion is or how long it continues*”).

¹² GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement: Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 73-79.

(v) a dificuldade de sopesar diferentes tipos de preceitos normativos que incidem sobre uma questão; (vi) o problema de determinar qual de uma gama de valores morais e políticos é mais relevante em determinado caso e, conseqüentemente, quais valores devem ceder¹³. Em verdade, os casos ou as circunstâncias que podem levar a um desacordo razoável não são objeto de grandes debates na doutrina¹⁴. O grande problema surge quando se tenta explicar o que seria a *razoabilidade* do desacordo moral. Haveria aqui um verdadeiro *paradoxo do desacordo*, já que há também um desacordo razoável sobre o que seria a razoabilidade do desacordo moral razoável.

O primeiro elemento do desacordo moral razoável, a *profundidade*, refere-se ao seu conteúdo, ao objeto da divergência na comunidade. Ao dizer que o desacordo moral razoável é aquele desacordo sobre questões profundas da moralidade política, estamos, a *contrario sensu*, afirmando que não será toda e qualquer forma de divergência moral ou política que será denominada de desacordo moral razoável e, portanto, relevante para os objetivos de nosso estudo. Não há a preocupação, por exemplo, a respeito da discussão sobre o horário de atendimento às partes no fórum¹⁵. O objeto de nosso estudo, a partir de agora, será, tão somente, sobre desacordos mais profundos da comunidade, ou seja, será a respeito dos desacordos sobre a concepção de justiça da comunidade. Neste sentido, no desacordo moral profundo, os indivíduos formularão respostas divergentes para indagações a respeito dos valores morais mais importantes, sobretudo quanto a sua interação com outros valores igualmente relevantes. Quais são os valores mais importantes? Qual valor deve prevalecer em um conflito entre valores? Qual deve ser a postura do Estado a respeito da proteção dos mais importantes valores morais da comunidade? Estas são apenas algumas indagações em que pessoas preocupadas em fazer o bem e em pautar seus atos por valores morais poderão divergir, não chegando a um consenso a respeito da resposta correta em todos os casos.

O segundo elemento do desacordo moral razoável, a *persistência*, refere-se ao modo ou procedimento em que o desacordo é desenvolvido. A ideia é muito simples: o desacordo moral razoável é aquela divergência que, mesmo após grandes deliberações, não será encerrada de maneira rápida e fácil. A deliberação e a manutenção do desacordo, portanto,

¹³ RAWLS, John. **Political liberalism**. Op. cit., p. 56-57.

¹⁴ Apesar disso, merece ser dito que Samantha Besson, de forma mais sistemática que Rawls, estabeleceu três causas de desacordo que, de maneira geral, englobam aquelas já apresentadas pelo autor: (i) causa *semântica*, referente aos termos linguísticos do conceito; (ii) causa *conceptual*, referente à delimitação do conteúdo do conceito; (iii) *normativa*, referente à aplicação e valoração dos conceitos (BESSON, Samantha. **The morality of conflict: Reasonable disagreement and the law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005, p. 47 e ss).

¹⁵ *Ibidem*, p. 21 (afirmando que “not all important social and political differences involve differences of values and conceptions of those values”).

são as principais circunstâncias que acreditamos fazer com que o desacordo se caracterize como razoável e, até por isso, poderíamos chamá-lo de *desacordo deliberativo*, tal como o fazem Amy Gutmann e Dennis Thompson¹⁶. Na filosofia política contemporânea que se pauta, sobretudo, pelo diálogo e pela deliberação¹⁷, esta visão é que se sustenta melhor por sua simplicidade e por repousar em terreno mais sólido que as teorias construtivistas defensoras de uma racionalidade ideal e contrafática. No entanto, não se pode negar que grande parte dos autores, talvez a maioria deles, adota uma visão ideal para o desacordo razoável e para o conceito de razoabilidade. Por conta dessa ligação do desacordo moral com a *razoabilidade*, conceito extremamente vago e de difícil definição teórica, a determinação do que seja o desacordo razoável pode não ser tão simples quanto pretendemos. No próximo tópico, iremos analisar três ideias que podem ajudar a delimitar e precisar a razoabilidade do desacordo, sempre tentando aproximá-la de uma deliberação democrática.

Antes de encerrar este tópico, contudo, devemos fazer uma observação para que não existam dúvidas sobre as teses defendidas neste trabalho. Apesar de vozes contrárias, o reconhecimento da existência de desacordos morais razoáveis em uma comunidade não representa, em absoluto, a aceitação ou a defesa de qualquer *relativismo moral*, que se desprende inteiramente de qualquer busca pela correção ou confiabilidade moral¹⁸. É verdade que, para alguns, o desacordo seria circunstância relevante que, inclusive, justificaria a própria ideia do relativismo, isto é, o fato de pessoas racionais, dentro de uma comunidade, discordarem sobre questões morais importantes, como ação afirmativa, aborto, eutanásia e justiça social, seria a demonstração perfeita da correção do relativismo moral e da incorreção na adoção de uma suposta verdade objetiva¹⁹. Contudo, acreditamos que o relativismo não pode ser aceito ou mesmo justificado sem maiores indagações e reflexões. Afinal, a

¹⁶ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement**. Op. cit., p. 73-79.

¹⁷ O atual debate sobre a democracia na filosofia política se divide basicamente em duas teorias. A primeira é a *teoria da democracia concorrencial* cuja ideia central é a competição dos atores políticos por votos e pelo domínio do poder político (SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. 2ª ed. Floyd: Sublime Books, 2014). A segunda é a *teoria da democracia deliberativa* que defende que a ampla deliberação entre os participantes da política aperfeiçoa a qualidade da decisão coletiva. Com bem pontuaram John Dryzek e Christian List, a deliberação envolve o amplo debate e discussão de diversos pontos de vista em um contexto em que os indivíduos são capazes de examinar e alterar suas preferências, bem como a dos outros participantes à luz da persuasão, mas não manipulação, decepção ou coerção (DRYZEK, John; LIST, Christian. *Social choice theory and deliberative democracy*. **British Journal of Political Science**, vol. 33, n. 1, p. 1-28, 2003, p. 1). Apesar de a primeira teoria talvez apresentar a melhor análise do funcionamento democrático do ponto de vista descritivo, a teoria deliberativa possui inegável preferência na doutrina por seu apelo prescritivo.

¹⁸ Segundo o relativismo moral, o julgamento moral e os próprios valores morais seriam relativos por serem dependentes de circunstâncias diversas e eventuais, tais como a cultura em que estamos inseridos, os sentimentos particulares de cada indivíduo, as peculiaridades do fato concreto etc.

¹⁹ MACKIE, John. **Ethics: Inventing right and wrong**. New York: Penguin Books, 1977, p. 36.

discordância moral que ocorre na comunidade (*descrição*) não pode estabelecer o ideal de justiça a ser perseguido pelos membros dessa mesma sociedade (*prescrição*). Obviamente que qualquer tentativa de estabelecer um sistema racional de valores universais para justificar esse ideal de justiça terá a enigmática metafísica em seu encaixe e, até por isso, o jusnaturalismo na sua forma pura vem encontrando cada vez menos adeptos. Entretanto, acreditamos que possa existir um ideal de justiça fundamentado de forma não metafísica. De onde esse ideal retiraria fundamento? Não é o local para aprofundarmos o tema, mas a resposta é encontrada na própria sociedade, construída consensualmente através de um procedimento deliberativo em que as pessoas realizam de forma mutualmente respeitosa um amplo debate em busca da concordância do outro.

Não podemos negar que o relativismo moral atrelado normalmente à ideia liberal de *tolerância* é extremamente sedutor por ter um discurso voltado para a proteção de uma suposta boa causa. O canto das sereias ocorre porque o relativismo moral evita diversos processos cognitivos complexos de reflexão e análise sobre a moralidade, processos esses, vale dizer, essenciais na busca da legitimidade dos direitos fundamentais e também na busca por um ideal de justiça. São tais processos de raciocínio indagativo, inclusive, que permitem uma postura crítica a respeito da correção de determinada concepção moral, não se aceitando como corretas determinadas condutas equivocadas e não razoáveis. Em outras palavras, temos convicção de que o fato de as pessoas possuírem visões diferentes sobre o que é certo ou errado não significa que todas as proposições morais encontradas em uma sociedade são verdadeiras e devem ser aceitas como válidas. Assim, se Caio entende que a tortura e a escravidão são moralmente erradas e Tício discorda, temos um desacordo moral, mas nem por isso podemos dizer que a tortura e a escravidão são aceitáveis do ponto de vista da justiça e da moralidade. Essas conclusões, inclusive, podem ser adotadas mesmo em se adotando a teoria da democracia deliberativa tal como defenderemos ao longo deste trabalho. Isso porque a deliberação exige mais dos cidadãos do que a simples e distante aceitação daquilo que abominam ou desprezam. Em verdade, ela exige dos cidadãos um engajamento crítico através de um elo axiológico comum mais profundo. Assim, a tolerância, no sentido de simples não interferência, mostra-se insuficiente para uma integração cooperativa e comprometida entre todos os cidadãos²⁰. Em suma, as ideias centrais do relativismo e da tolerância, bem como

²⁰ BOHMAN, James. *Deliberative toleration*. **Political theory**, vol. 31, n. 6, p. 757-779, 2003, p. 758; GUTMANN, Amy. *Introduction*. In: GUTMANN, Amy (ed.). **Multiculturalism and the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 22.

seus fracos marcos normativos não permitem uma conexão social harmoniosa e também não fornecem uma base efetiva para se resolver o desacordo moral no futuro²¹.

2.3. A Razoabilidade: Pessoas Razoáveis, Argumentos Razoáveis e Razões Públicas

A razoabilidade é conceito bastante indefinido que, de uma forma ampla, está inserido em uma proposta abstrata de racionalidade, justiça e moderação. No caso do desacordo moral razoável, a razoabilidade é aceita consensualmente como um elemento essencial, o que, considerando a abertura do conceito, desperta dúvidas sobre o que realmente seria esse tipo de desacordo. Três visões bastante próximas, mais conceitualmente diversas, podem ser apontadas como caracterizadoras e delimitadoras da razoabilidade do desacordo moral objeto deste estudo. Todas elas possuem um núcleo comum que se refere à necessidade de a divergência ocorrer em um contexto deliberativo de livre exposição de ideias e de argumentos, local onde o desacordo irá surgir e permanecer.

Em primeiro lugar, grande parte da doutrina afirma que o desacordo razoável seria aquela divergência persistente em um debate entre indivíduos que ostentam um determinado perfil, o de *pessoa razoável*. Geralmente, define-se pessoa razoável como aquela que pensa e age de boa-fé, conforme padrões racionais de conduta ou como aquela pessoa que está pronta para propor e aceitar princípios em termos justos de cooperação, utilizando-se sempre de argumentos que sejam aceitos como válidos pelos outros membros da sociedade²². Em outras palavras, segundo os autores que defendem este conceito, as divergências profundas da moralidade são razoáveis se forem expostas e aceitas por pessoas razoáveis, que utilizam, em um debate público, argumentos amplamente acessíveis às outras pessoas razoáveis que estão igualmente dispostas a cooperar.

O conceito de desacordo razoável visto através da ótica da pessoa razoável não é, entretanto, aceito sem maiores problemas. Segundo os críticos, a tese cria uma misteriosa figura ao colocar diversos elementos abstratos sobre pessoas de carne e osso, criando, assim, uma idealização de difícil aferição prática. De fato, a figura da pessoa razoável mostra-se demasiadamente racional e neutra, ignorando-se que os membros da comunidade são pessoas que pautam suas decisões e escolhas morais não só por critérios racionais ou altruístas, mas

²¹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement: Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 62.

²² RAWLS, John. **Political liberalism**. Op. cit., p. 54; MACEDO, Stephen. **Liberal virtues: Citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 46.

também por critérios egoísticos, utilitaristas, intuitivos e emocionais. Não se pode negar que mesmo as pessoas que perseguem um ideal de justiça e pautam suas condutas pelos preceitos morais compartilhados, em algum momento de suas vidas, podem não adotar uma postura altruísta e inteiramente racional. Lembremos que os membros da sociedade são pessoas comuns que se preocupam com o outro, mas também consigo mesmo e com seus interesses pessoais. Assim, a ideia de pessoa razoável pode deixar de fora uma parcela considerável de pessoas que não guia seus pensamentos unicamente pela razão e pelo altruísmo, como por exemplo, aquelas que leem seus horóscopos nos jornais todos os dias, aquelas que não aceitam pagar mais impostos em prol da coletividade, bem como aquelas que acreditam que seu time de futebol é o melhor do mundo²³.

Em segundo lugar, de forma menos subjetiva, outros autores deslocam a discussão da razoabilidade do sujeito (sujeito razoável) para suas crenças ou para seus atos, dando contorno um pouco mais objetivo ao conceito. Segundo esses autores, o desacordo razoável seria aquela divergência persistente no debate público a respeito dos argumentos ou das razões que as pessoas utilizam ou defendem²⁴. O ponto deita raízes no contratualismo de Thomas Scanlon, para quem a construção do moralmente certo ou errado em uma sociedade seria pautada por princípios que os outros não poderiam *razoavelmente rejeitar*²⁵. Assim, o desacordo moral razoável seria aquela divergência entre pontos de vista não claramente corretos ou claramente errados, mas entre pontos de vista que poderiam ser considerados aceitáveis e que não poderiam ser razoavelmente rejeitados pelos concidadãos.

Como já se pode perceber, nenhuma das duas definições apontadas acima transita pelo terreno da segurança e da determinação, não sendo satisfatórias, portanto, para delimitar ou identificar o verdadeiro desacordo moral razoável, uma vez que apenas deslocam a indefinição da razoabilidade do desacordo para os sujeitos ou para seus atos, criando uma prejudicial circularidade²⁶. Em última análise, apesar do esforço teórico, os dois conceitos de desacordo razoável, apesar da diferenciação feita, possuem proximidades evidentes, sendo comum os autores defenderem os dois conjuntamente. Isso acontece porque os dois conceitos

²³ WERTHEIMER, Alan. *Internal disagreements: Deliberation and abortion*. In: MACEDO, Stephen (ed.). **Deliberative politics: Essays on democracy and disagreement**. New York: Oxford University Press, p. 170-183, 1999, p. 172; WENAR, Leif. *Political liberalism: an internal critique*. **Ethics**, vol. 106, n. 1, p. 32-62, 1995, p. 43 (afirmando que a pessoa razoável, principalmente aquela idealizada por Rawls, exclui muitos que poderiam de alguma forma ingressar no “consenso liberal”).

²⁴ RAZ, Joseph. *Disagreement in politics*. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 43, p. 25-52, 1998, p. 34 (afirmando que a razoabilidade no pluralismo liberal não deve recair sobre as pessoas, mas sobre suas crenças).

²⁵ SCANLON, Thomas. **What do we owe each other?** Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 191.

²⁶ BESSON, Samantha. **The morality of conflict**. Op. cit., p. 92.

possuem uma notória circularidade entre si. O que é o desacordo moral razoável? É o desacordo entre pessoas razoáveis ou entre argumentos razoáveis. O que são pessoas razoáveis? São aquelas que possuem crenças razoáveis ou utilizam argumentos razoáveis. O que são argumentos razoáveis? São aqueles formulados por pessoas razoáveis ou que não podem ser rejeitados de forma razoável.

Em terceiro lugar, alguns autores tentam dar delimitação mais concreta e um pouco mais sofisticada para as razões que poderiam desencadear o desacordo moral razoável. Para esses autores, este desacordo moral estaria relacionado com aquela divergência que naturalmente existe mesmo entre pessoas que se utilizam de uma argumentação pautada em um tipo específico de razões morais: as *razões públicas*. De uma forma geral, razões públicas, segundo estes autores, são aquelas razões que são oferecidas, no debate público, como uma base apropriada de cooperação justa, apoiada por argumentos e formas de raciocínio que estão amplamente disponíveis aos membros da comunidade e poderiam ser racionalmente aceitas por todos (ou pelo menos por grande parte dos cidadãos) como válidos ou corretos. A ideia possui origem nos trabalhos de Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau, mas foi melhor desenvolvida pela filosofia política contemporânea, sendo que duas teorias merecem uma atenção especial pela relevância e destaque: as teorias do norte-americano John Rawls e do alemão Jürgen Habermas.

Segundo John Rawls, a razão pública resultaria em um dever moral de civilidade de todos os cidadãos para explicarem uns aos outros seus pontos de vista, sendo a forma de raciocínio apropriada para a imposição de normas gerais através do poder coercitivo do Estado²⁷. Rawls afirma, ainda, que razão pública seria pública em três sentidos: (i) é uma razão de cidadãos, ou seja, razão do público; (ii) seu objeto é o bem público e as questões fundamentais de justiça; (iii) sua natureza e conteúdo são públicos, porque são fundamentados numa concepção política de justiça e não meramente em doutrinas abrangentes²⁸. Além disso, apesar de Rawls depositar grande importância na razão pública para o estabelecimento de consensos profundos no debate político (os denominados “*consensos sobrepostos*”), para ele a razão pública não seria aplicável em todas as questões constitucionais ou políticas de uma sociedade, nem seria utilizada por todas as pessoas da sociedade, o que tem sido criticado por

²⁷ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001, p. 91 (afirmando que “[c]itizens must be able, then, to present to one another publicly acceptable reasons for their political views in cases raising fundamental political questions. [...] If free and equal persons are to cooperate politically on a basis of mutual respect, we must justify our use of our corporate and coercive political power, where those essential matters are at stake, in the light of public reason”).

²⁸ Idem. **Political liberalism**. Op. cit., p. 213.

diversos autores por limitar demasiadamente sua aplicação no debate público, retirando o proveito que ela poderia apresentar para o pluralismo e para a democracia deliberativa²⁹. Primeiro, segundo Rawls, o *conteúdo* da razão pública se limitaria aos *fundamentos constitucionais* (“*constitutional essentials*”) e *questões de justiça básica* (“*basic issues of justice*”) de uma sociedade democrática³⁰. Segundo, a utilização da razão pública não poderia ser aplicada por todos os grupos da sociedade, não sendo aplicada pelas doutrinas abrangentes (“*comprehensive doctrines*”) que trabalhariam com argumentos não razoáveis³¹.

Apesar de a razão pública, segundo Rawls, ser o padrão a ser seguido no debate público entre os cidadãos, ela imporá maiores deveres aos funcionários públicos, principalmente aos juízes, já que estes trabalhariam no principal local da razão pública, no “*fórum político público*”. Para Rawls, o Judiciário teria uma atuação destacada na aplicação da razão pública, sendo que sua conclusão final se baseia em um teste bastante curioso: para verificar se estamos seguindo a razão pública, deveríamos perguntar como veríamos nosso argumento se fosse apresentado na forma de uma opinião da Suprema Corte³². Como se pode perceber, Rawls guardava uma grande admiração pelo Judiciário, o que o fez defender uma participação judicial mais intensa na vida política da comunidade, afirmando que seria função dos juízes impedir a corrosão do Direito pela legislação de majorias transitórias ou por interesses particulares mais bem organizados e qualificados que não estivessem dispostos a utilizar a razão pública³³. O entendimento de Rawls, apesar de um pouco romântico, deve ser

²⁹ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: Equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 108-112; GAUS, Gerald. *The order of public reason*. Op. cit., p. 36-46; HABERMAS, Jürgen. *Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's Political Liberalism*. *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n. 3, p. 109-131, 1995, p. 126-131.

³⁰ RAWLS, John. *The idea of public reason*. In: BOHMAN, James; REHG, Willian (ed.). **Deliberative democracy: Essays on reason and politics**. Cambridge and London: The MIT Press, 1997, p. 94 (afirmando que “[t]he first point is that the limits imposed by public reason do not apply to all political questions but only to those involving what we may call ‘constitutional essentials’ and questions of basic justice”). Apesar de limitar o conteúdo da razão pública, não fica muito claro na doutrina de Rawls quais seriam os limites dos fundamentos constitucionais e das questões de justiça básica. Uma visão ampliada poderia chegar a conclusão de que qualquer interpretação ou aplicação de normas direta ou indiretamente a respeito dessas questões deveriam ser feitas com base na razão pública. Nesse sentido, considerando a abstração dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, a utilização da razão pública poderia ser bastante ampla. Contudo, como bem apontou Kent Greenawalt, a ideia de Rawls aparentemente não era ampliar esta aplicação da razão pública a ponto de levá-la para a política ordinária (GREENAWALT, Kent. *On public reason*. **Chicago-Kent Law Review, Symposium on John Rawl's Political Liberalism**, vol. 69, p. 669-689, 1995).

³¹ Em suas últimas obras, Rawls, adotando o que ele denominou de “*visão ampla da cultura política pública*”, aceitou que as doutrinas abrangentes razoáveis pudessem ser inseridas na discussão política pública, mas em termos bem restritos: desde que, em algum momento, fossem apresentadas razões políticas adequadas e suficientes para sustentar o que foi defendido por elas (RAWLS, John. *The idea of public reason revisited*. **The University of Chicago Law Review**, vol. 64, n. 3, p. 765-807, 1997, p. 783-784).

³² RAWLS, John. **Political liberalism**. Op. cit., p. 254.

³³ Idem. **The idea of public reason**. Op. cit., p. 109.

levado em consideração em um aspecto que será retomado mais à frente: o Judiciário deve intervir para impelir um debate pautado por razões públicas sempre que as instituições políticas não estiverem dispostas a agir com reciprocidade ou respeito mútuo.

A segunda teoria sobre a razão pública é a teoria discursiva de Jürgen Habermas que, apesar de ser geralmente contraposta à teoria de Rawls, possui grande proximidade com ela. A proximidade decorre, segundo Thomas McCarthy, por conta do fato de ambos os autores terem como ponto de partida comum a filosofia de Kant, sendo que, apesar de terem percorrido caminhos diversos, mantiveram-se próximos até mesmo nas discordâncias³⁴. Não obstante, pode-se apontar três pontos de desarmonia mais evidentes que, inclusive, vão ser determinantes para entendermos a proposta do autor alemão a respeito da razão pública.

O primeiro ponto de divergência seria quanto ao *objetivo da razão pública*³⁵. No modelo do pluralismo razoável de Rawls, o objetivo da razão pública é a justificação da escolha do poder político coercitivo e final a respeito de determinado tema divergente, bem como o meio pelo qual haveriam de ser alcançados os *consensos sobrepostos*. Por outro lado, no modelo deliberativo-discursivo de Habermas³⁶, o objetivo da razão pública é ainda mais pretensioso, já que almeja que a razão pública seja sempre a forma utilizada para a escolha da norma não coercitiva e não final sobre determinada questão no processo de formação das decisões coletivas. Em outras palavras, através de sua teoria comunicativa, Habermas entende que a razão pública poderia ser o canal que levaria os indivíduos ao mútuo consenso em toda e qualquer questão (não só nos consensos sobrepostos), sem que houvesse uma imposição

³⁴ MCCARTHY, Thomas. *Kantian constructivism and reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue*. *Ethics*, vol. 105, n. 1, p. 44-63, 1994, p. 44. O periódico “*Journal of Philosophy*” propôs, em 1995, um debate entre Jürgen Habermas e John Rawls. Dessa proposta surgiu o artigo de Habermas “*Reconciliation through the public use of reason remarks on John Rawls's Political Liberalism*” em que apresentou suas principais críticas à teoria de Rawls. Na mesma edição do periódico foi publicado o artigo de Rawls “*Political Liberalism: reply to Habermas*” que rebatia as críticas formuladas por Habermas. Apesar do debate, importante frisar que a proximidade dos dois autores é notável, a ponto do próprio Habermas afirmar que o debate entre eles era uma “disputa familiar” (HABERMAS, Jürgen. **Reconciliation through the public use of reason**. Op. cit., p. 110). Em sentido contrário v. GENCOGLU-ONBASI, Funda. *Democracy, pluralism and the idea of public reason: Rawls and Habermas in comparative perspective*. *CEU Political Science Journal*, vol. 6, n. 3, p. 433-457, 2011, p. 435 (afirmando que as diferenças são várias, sendo que o “uso da razão pública é conceituado radicalmente diferente por Rawls e Habermas”).

³⁵ BENHABIB, Seyla. **The claims of culture**. Op. cit., p. 109.

³⁶ A teoria habermasiana se inicia com o desenvolvimento do conceito de razão comunicativa, que desloca a racionalidade intrínseca das coisas para a racionalidade da estruturação da comunicação linguística interpessoal (HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: reason and the rationalization of society**. Trad. Thomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1984). No campo da democracia política, então, Habermas afirma que a legitimidade de um princípio ou de uma lei dependerá de uma ação comunicativa em que os participantes da sociedade buscam através do debate o consenso ou o mútuo entendimento (HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996).

coercitiva por qualquer um dos interlocutores e havendo sempre a possibilidade de uma revisão deliberativa deste consenso provisório.

O segundo ponto de divergência ocorre quanto aos *indivíduos que utilizam a razão pública*. A teoria de Rawls, aproximando a figura da pessoa razoável com a razão pública, propôs a utilização desta última unicamente por aquelas pessoas que não levariam para o debate político as ideologias de suas doutrinas abrangentes ou seus interesses e desejos particulares. Como bem apontaram os críticos *comunitaristas*³⁷, a teoria de Rawls, seja a da *posição original* e seu *véu de ignorância* defendida em “*Uma teoria de justiça*” ou mesmo a da *pessoa razoável* defendida em “*Liberalismo político*”, estabeleceu um foco voltado para um indivíduo abstrato e desenraizado que teria uma amnesia quanto à sua posição comunitária por conta do véu de ignorância ou, então, um ser absolutamente razoável por conta da formulação de uma argumentação altruísta e através de razões aceitáveis. Talvez o grande responsável por esta proposta abstrata de Rawls seja sua dedicação para com a neutralidade liberal. De fato, Rawls afirmava que, no contexto do pluralismo liberal, a neutralidade não deveria fazer somente parte do Estado e de seus agentes, mas também do debate público entre os cidadãos³⁸. Segundo ele, deveríamos abstrair nossos interesses e objetivos contingentes para se chegar aos princípios gerais de justiça, assim como deixar de lado nossas convicções morais e religiosas e nos ater aos argumentos que se espera razoavelmente que todos os cidadãos devam aceitar como válidos.

Seguindo linha diversa, Habermas não limitou os participantes do uso da razão pública tal como Rawls; pelo contrário, para ele a participação livre e igualitária de todos os cidadãos no processo de formação da vontade coletiva seria pressuposto da democracia deliberativa. Apesar de ser um autor liberal, Habermas era contra a neutralidade proposta por Rawls e por outros autores do liberalismo. Cortando seu vínculo com o liberalismo kantiano, Habermas afirmou que seria através de um procedimento deliberativo que se asseguraria a verdadeira autonomia dos cidadãos, uma vez que os indivíduos somente poderiam ser considerados seres autônomos se pudessem se ver como efetivos autores das leis que iriam direcionar suas

³⁷ Sobre o debate liberalismo v. comunitarismo, v. GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de la justicia después de Rawls: Um breve manual de filosofía política**. Barcelona: Paídos, 1999; KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy: An introduction**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

³⁸ A neutralidade na esfera pública foi amplamente defendida não só por Rawls, mas por diversos autores liberais ao longo da história da filosofia política. Para Immanuel Kant, por exemplo, deveríamos abstrair nossos interesses e objetivos contingentes para se chegar a *lei moral* (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986). Já para o libertário Robert Nozick, o Estado deveria ser *escrupulosamente neutro* em relação aos seus cidadãos (NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and utopia**. New York: Basic Books, 1974, p. 33).

vidas³⁹. Nesse contexto, qualquer questão poderia ser levada à discussão pública, devendo ser submetida aos contra-argumentos dos outros concidadãos dentro de um procedimento discursivo e intersubjetivo. Com a teoria discursiva de Habermas, portanto, não poderia haver, *a priori*, a exclusão, na deliberação pública, de nenhum argumento, interesse, interpretação, desejos ou visão de mundo. Em relação às doutrinas religiosas, inclusive, Habermas afirmou que o Estado liberal possuiria interesse na liberação de vozes religiosas no âmbito da esfera pública política, bem como na participação política de organizações religiosas, já que elas poderiam conter recursos importantes para a construção do sentido da política e da democracia. É verdade que, para Habermas, o Estado não poderia adotar uma visão não secular e afastada da razão pública, contudo, a tradução dos argumentos religiosos não deveria partir daqueles que expressam os argumentos, mas seria uma tarefa cooperativa da qual participariam igualmente cidadãos religiosos e não religiosos. Assim, as pessoas entrariam no debate público utilizando argumentos de suas doutrinas abrangentes, mas com a consciência de que haverá, em um momento posterior, uma *reserva de tradução institucional*⁴⁰.

Por fim, um terceiro ponto de diferença das teorias seria quanto ao *conteúdo da razão pública*. Com já foi apontado, Rawls entendia que o conteúdo da razão pública se limitaria aos *fundamentos constitucionais* e às *questões de justiça básica*, o que não é compartilhado por Habermas, que defendeu uma razão pública aplicável a toda e qualquer questão política. Esta discrepância de entendimentos pode ser justificada, inclusive, na visão que cada um dos autores teve a respeito de quem poderia se utilizar da razão pública. Como Rawls entendia que os sujeitos das razões públicas seriam restritos, faria sentido também limitar o conteúdo e o objetivo da razão pública para que o debate público de políticas ordinárias não ficasse altamente reservado, fazendo com que a democracia real ficasse restringida e idealizada. Por outro lado, como Habermas entende que a razão pública não deve ser limitada apenas às pessoas razoáveis, sua aplicação poderia ser recomendada em qualquer circunstância em que houver a possibilidade de maior legitimidade e maiores consensos, sendo, assim, plenamente possível a aplicação da razão pública na política ordinária.

Analisando estas três diferenças marcantes entre as teorias de Rawls e Habermas, pode-se dizer que, apesar de Habermas ter um objetivo bastante pretensioso quanto à razão pública (acabar com os desacordos e fixar consensos), ainda assim, sua teoria possui uma

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Reconciliation through the public use of reason**. Op. cit., p. 126 e ss.

⁴⁰ Idem. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 149-150.

enorme superioridade em relação à teoria de Rawls. Em primeiro lugar, do ponto de vista descritivo, não se mostra minimamente factível o empreendimento de ignorância ou de esquecimento no debate público de nossas circunstâncias, interesses, desejos, posição social e cultural tal como proposto por Rawls. Nas palavras precisas e poéticas de Ortega y Gasset, “eu sou eu e minha circunstância, e se não salvo a ela, não salvo a mim”⁴¹. Se olharmos a história de todos os países democráticos, talvez tivéssemos dificuldade de apontar uma só sociedade em que os cidadãos eram parecidos com o indivíduo rawlsiano próximo da racionalidade e do altruísmo perfeitos.

Em segundo lugar, considerando corretas as premissas de que nossa subjetividade e individualidade necessariamente são moldadas pelas relações que travamos com outros membros da sociedade e de que nossas circunstâncias e interesses delimitam e moldam a moralidade social; do ponto de vista prescritivo, também não parece adequado que tenhamos que construir princípios gerais de justiça ou normas morais comunitárias sem que nossa individualidade e nossas circunstâncias sejam levadas em consideração em um contexto de pluralismo. O debate público deve ser feito com todos, na exata forma como eles realmente são, e não como se estivessem com amnésia ou como se fossem Robinson Crusóe em uma ilha deserta.

Em terceiro lugar, determinar o que pertence ao privado ou ao público, ou seja, o que pertence ao debate de doutrinas abrangentes ou o que pertence à política pública, não é uma tarefa fácil e, para o bem da democracia, não deve ser um encargo que deva recair sobre todos os cidadãos. Excluir determinado ponto de vista porque não é compartilhado por todos limita absurdamente o debate, impedindo que existam certas reflexões sobre condutas equivocadas, mas que são aceitas pela grande maioria. Imagine a situação em que *A*, *B* e *C* acreditam que a escravidão é justa porque as pessoas podem ser objeto de apropriação de outras pessoas. *D* não tem conhecimento de teorias filosóficas ou morais, mas discorda da opinião da maioria, porque, para sua religião, Deus teria feito todas as pessoas igualmente a sua própria imagem. Impedir que *D* manifestasse suas razões, nesse caso, poderia instituir a manutenção de uma ideologia que, no futuro, poderia mostrar-se equivocada⁴². Dessa forma, pode-se dizer que a proposta habermasiana de racionalidade discursiva combinada com um padrão normativo de *respeito mútuo* são ferramentas importantes para se estabelecer um conceito de razão pública

⁴¹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967, p. 52.

⁴² TUSHNET, Mark. *The limits of the involvement of religion in the body politic*. In: WOOD JR, James; DAVIS, Derek (eds.). **The role of religion in the making of public policy**. Waco: Dawson Institute of Church-State Studies, p. 191-220, 1991.

que possa ser aplicado no mundo real e que possa servir como objetivo a ser alcançado em uma democracia que se pauta pelo livre debate de ideias e argumentos. Explicaremos melhor.

De nossa parte, acreditamos que a grande participação dos mais diversos grupos no processo político enriquece o discurso democrático; contudo, essa participação deve sempre ocorrer de forma respeitosa, para que não percamos o agir em conjunto e para que seja possível a harmônica acomodação das naturais divergências. Em outras palavras, não se deve aceitar sem qualquer contestação todo e qualquer tipo de discurso e argumento, principalmente aqueles que fomentam o ódio e impedem novas deliberações. Para que a deliberação se mantenha produtiva e em perfeito funcionamento, devem os integrantes do discurso se manter em uma posição de *respeito mútuo* em relação aos outros interlocutores. Um projeto normativo voltado para o respeito, então, seria, antes de tudo, exigir de todos os membros dos mais diversos grupos comunitários que busquem argumentos no processo deliberativo que os outros possam aceitar como minimamente plausíveis e, eventualmente, possam se convencer e compartilhar da mesma conclusão. Em termos psicológicos, é notório que, quando os defensores de determinada doutrina articulam e defendem seus pontos de vista também para um universo mais amplo e não apenas para seus apoiadores, ao mesmo tempo que possibilitam um maior convencimento, também estarão mais propensos a aceitar o ponto de vista do outro.

Por outro lado, a retirada deste padrão de respeito recíproco ou mútuo faz com que a deliberação democrática fique prejudicada, uma vez que diminuem as chances de se alcançar o fim a que se destina, com o estabelecimento de consensos parciais e de harmonia social. Em níveis mais graves, o pluralismo irá aumentar a intensidade dos conflitos entre os grupos através de incompreensões, estereótipos e ódio, fazendo, inclusive, com que a decisão política seja igualmente insatisfatória para todas as partes. Por exemplo, a ausência de respeito mútuo vem impossibilitando que haja uma produtiva política pública de saúde na questão do aborto no Brasil, havendo verdadeiro conflito social entre os grupos opostos, cada um tentando impor sua consciência e seu ponto de vista sobre o outro⁴³. Nos Estados Unidos, inclusive, o conflito social ocorreu em níveis ainda mais elevados, sendo travada uma quase de “luta de morte” entre as pessoas favoráveis ao aborto voluntário (pró-escolha) e aquelas que eram

⁴³ Em recente debate sobre a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 181/2015, que estabelece que a vida deve ser preservada desde a concepção, prevaleceu na Comissão Especial da Câmara dos Deputados não um diálogo respeitoso entre concidadãos que estão dispostos a levar em consideração o ponto de vista do outro, mas um embate marcado pelo bate-boca e confusão. Informação disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1936995-casal-antiaborto-leva-filha-de-6-meses-para-o-meio-de-confusao-na-camara.shtml>. Acesso em 05 dez. 2017.

contrárias a qualquer forma de aborto (pró-vida)⁴⁴.

Em suma, a razão pública pode ser considerada um elemento caracterizador do desacordo moral razoável, uma vez que somente após um efetivo processo deliberativo com a utilização de argumentos aceitáveis e respeitosos é que surge um desacordo deliberativo persistente e, conseqüentemente, surge o desacordo razoável. Assim, a *contrario sensu*, havendo qualquer tipo de desacordo sem a utilização de uma argumentação pautada pelo respeito mútuo e sem a utilização de argumentos de razão pública, não haverá a caracterização perfeita de um desacordo moral razoável.

2.4. A Razão Pública e seus Críticos

Não se pode negar que a ampla deliberação política com o uso de razões públicas incrementa a legitimidade e a probabilidade de correção da decisão coletiva. Uma deliberação pautada em um esforço recíproco na utilização de razões públicas possui diversas vantagens que merecem ser enumeradas: (i) não só amplia a legitimidade de normas coercitivas⁴⁵; como também (ii) pode auxiliar na elaboração de acordos provisórios⁴⁶ sobre a aplicação prática de determinados valores aparentemente conflituosos; (iii) na diminuição dos pontos de divergência com a formulação de acordos parciais⁴⁷; (iv) no reconhecimento de equívocos

⁴⁴ ESKRIDGE JR, William. *Pluralism and distrust. how courts can support democracy by lowering the stakes of politics*. **Yale Law Journal**, vol. 114, p. 1279-1328, 2005, p. 1295.

⁴⁵ DRYZEK, John; LIST, Christian. **Social choice theory and deliberative democracy**. Op. cit. (afirmando que a mudança de um modelo de tomada de decisão puramente baseada no voto durante as eleições para um modelo de tomada de decisão com base nos aspectos informativos, argumentativos e reflexivos da deliberação abre significativas possibilidades para as decisões coletivas).

⁴⁶ A decisão acordada, na democracia deliberativa, é apenas temporária, já que haverá sempre a continuação do debate e novos argumentos podem surgir, assim como uma nova reflexão poderá ocorrer.

⁴⁷ No campo do debate sobre questões morais, as pessoas podem concordar completamente sobre determinada questão. Esta situação não é, contudo, comum em uma sociedade pluralista. Em diversas oportunidades, será observada uma forma de consenso suave ou desacordo parcial. Primeiro, as pessoas podem não concordar com a aplicação de determinado valor ou com determinada ponderação entre valores conflitantes, mas podem concordar sobre a existência dos valores utilizados. Assim, a primeira forma de consenso suave ou desacordo parcial seria aquela em que as pessoas irão convergir a respeito de valores e princípios básicos de justiça existentes na comunidade, mas discordam a respeito de qual será predominante em algum dilema ou conflito moral. As pessoas podem concordar que a dignidade humana, a vida e a liberdade são importantes valores comunitários, mas discordar qual deles irá predominar na questão do aborto. Segundo, as pessoas podem concordar com o resultado de uma decisão a respeito de alguma política pública, mas discordar sobre qual seria o valor que serviria de fundamento para essa decisão. Assim, a segunda forma de consenso suave ou de desacordo parcial está relacionada com a fundamentação básica da decisão política. Por exemplo, as pessoas poderiam concordar que a permissão do aborto no início da gravidez é a melhor decisão política, mas discordar a respeito da fundamentação desta decisão. Alguns poderiam dizer que não haveria vida antes de determinada semana da gravidez, outros poderiam dizer que a vida pode ser relativizada ou ponderada em determinados casos e um terceiro grupo ainda poderia dizer que a proibição não é a melhor forma de proteção de um valor ou princípio relevante.

individuais e coletivos com o desenvolvimento de novos pontos de vista. No entanto, a ampla utilização da razão pública ou a mais duradoura deliberação não podem tornar todos os valores comunitários compatíveis entre si em todos os casos concretos. Alguns desacordos morais serão, necessariamente, duradouros e persistentes. Como bem pontuaram Amy Gutmann e Dennis Thompson, mesmo aqueles indivíduos completamente altruístas que objetivam alcançar melhores e mais justos padrões morais para a coletividade não seriam capazes de harmonizar certos conflitos morais além de uma dúvida razoável⁴⁸. Em verdade, algumas discordâncias, que são inerentes à condição humana, ocorrem por conta de nossos entendimentos morais pessoais incompletos. Não se trata propriamente de um defeito que deva ser remediado como apontam alguns. Afinal, não podemos buscar um remédio para aquilo que não tem cura.

No entanto, apesar de serem apontados todos esses benefícios da razão pública, seu uso no debate democrático não é imune a críticas, principalmente porque se costuma associar e restringir o conceito àquele idealizado por Rawls e, ao mesmo tempo, tende-se a depositar grandes pretensões na utilização do instituto tal como propôs Habermas. Tal atitude, ao contrário do que possa parecer, nada mais faz do que buscar o pior das duas teorias. Com efeito, na teoria de Rawls, o grande problema está na extrema idealização do sujeito apto a aplicar a razão pública. Na teoria de Habermas, o grande problema está no demasiado otimismo a respeito da obtenção de consensos pelo diálogo e debate. De qualquer forma, para que não parem dúvidas a respeito da utilidade da razão pública, analisaremos as críticas como se fossem dirigidas a própria teoria de uma maneira geral, independente do autor ou da corrente que a formula.

A primeira grande crítica à razão pública afirma que a tese, principalmente a formulada por Rawls, seria ruim, porque impõe que as pessoas se abstenham de utilizar, no debate público, argumentos que acreditem ser verdadeiros, porquanto poderiam entrar em conflito com a verdade de outras pessoas ou de outras doutrinas abrangentes. Aparentemente, pode ser sem sentido a crítica, já que a teoria da razão pública não propõe que os indivíduos esqueçam suas verdades na seara privada, mas apenas as ignore ou as tente traduzir na seara pública. No entanto, o “esquecimento da verdade” na seara pública pode gerar diversos problemas no campo prático e teórico, entrando em conflito com aquilo que entendemos ser correto e justo de forma mais ampla. Será possível ou recomendável que um indivíduo defenda a sua verdade na seara privada e defenda a não verdade na seara pública? Assim, o

⁴⁸ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Op. cit., p. 10-12.

principal problema seria justificar como as pessoas da comunidade (mesmo as razoáveis) poderiam optar por argumentos meramente aceitáveis, mas não verdadeiros, em detrimento aos argumentos reconhecidos como verdadeiros por sua doutrina abrangente. Segundo os críticos, somente se fossemos céticos sobre a verdade de nossas crenças ou se não fôssemos sinceros com os argumentos utilizados faria sentido aceitar argumentos de razão pública⁴⁹.

A crítica, apesar de arguciosa, é rebatida de forma igualmente perspicaz pelos defensores da razão pública. Estes afirmam que o fato de aceitarmos como legítimas determinadas escolhas políticas não tem nada a ver com nossas crenças ou com nossa concepção de verdade. Elas continuam existindo e, inclusive, poderão ser utilizadas inúmeras vezes nos debates públicos, conforme defende Habermas, por exemplo. Ocorre que, em algum momento, para que nossas convicções sejam levadas a sério pela maioria em um debate público adequado e produtivo, haverá a necessidade de que as razões utilizadas sejam razões também, de alguma forma, compartilhadas pelo outro. Da mesma maneira, em um ambiente de predomínio do respeito mútuo, também a maioria terá o dever de utilizar razões que sejam compartilhadas, de alguma forma, pela minoria. Em ambos os casos, a compatibilidade de nossas convicções com o discurso público será através da busca de um *elo comum de concordância*, ainda que este elo seja em um grau elevado de abstração, como ocorre, por exemplo, com uma fundamentação pautada na nos princípios mais abstratos e fundamentais de nossa moralidade, como o princípio da dignidade da pessoa humana. A estratégia especial para a produção de um ponto comum em meio a todo esse pluralismo de ideias será, tal como propôs Cass Sunstein, a elaboração de *acordos incompletamente teorizados* ou *acordos teóricos incompletos* com um baixo nível de fundamentação (concorda-se com o resultado sem se preocupar com os fundamentos) ou com uma fundamentação com um alto nível de abstração (concorda-se com o fundamento mais abstrato, como a dignidade humana, apesar de não se concordar com o resultado final)⁵⁰. Seguindo, então, a razão pública, os cidadãos procuram pontos de convergência significativos entre seus próprios entendimentos e dos outros cidadãos, mas limitam seus argumentos para que haja uma diminuição de seus desentendimentos, ainda que continuem a discordar sobre questões importantes. A escolha dessa modalidade de deliberação parte da consciência de que, em um debate público, as

⁴⁹ RAZ, Joseph. *Facing diversity: The case of epistemic abstinence*. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 19, n. 1, p. 3-46, 1990, p. 23.

⁵⁰ SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements commentary*. **Harvard Law Review**, vol. 108, p. 1733-1772, 1994; Idem. *Incompletely theorized agreements in Constitutional Law*. **University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 147, 2007. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em 05 dez. 2017.

tomadas de decisões terão eficácia para todos, o que exige consideração e respeito para com as visões divergentes. Em suma, a exigência de razão pública está relacionada a um respeito mútuo que deixa raízes tanto no desejo de convencer o outro (*fundamentação estratégica*) como na ideia de que as pessoas são igualmente autônomas no âmbito coletivo (*fundamentação deontológica*).

A segunda crítica referente à aplicação da razão pública seria quanto à possibilidade de ela não passar por seu próprio teste, mesmo que estejamos inseridos em um contexto deliberativo com um amplo desejo de convencimento do outro. Lembremos que, como uma regra moral, deveria a razão pública ser justificada por argumentos que fossem aceitos pelos membros da comunidade. Nesse sentido, será que os todos os membros da comunidade concordariam com a utilização da razão pública em seu discurso? Será que a razão pública seria aceitável por todos os membros da sociedade e por todas as doutrinas abrangentes? Alguns autores dizem que seria difícil de se acreditar que, em uma pluralidade de ideias a respeito do uso da razão, a razão pública pudesse realmente ser aceita como forma de comunicação pelos cidadãos em detrimento de apelos a suas convicções e ideologias particulares. Em resposta, pode-se dizer que, mesmo que seja escolhido um modelo mais real de razão pública como propôs Habermas, poderia ela ser sim a escolha mais sensata e lógica no debate público, já que, fixando a base de um compromisso recíproco, serviria ela a uma conduta estratégica para possibilitar um convívio harmônico entre todos os cidadãos e possibilitar que seus próprios pontos de vista possam prevalecer, em algum momento, no debate público, tornando mais vantajosa, em um contexto mais amplo, a adoção pela razão pública do que o seguimento por uma conduta egoística de uso de argumentos que não sejam compartilhados por todos⁵¹.

Por esse ponto de vista, pode-se argumentar que a razão pública também se mostra adequada aos interesses e desejos particulares dos indivíduos, já que sua utilização seria útil para a concretização de tais interesses pessoais. Adotando-se a razão pública, nesse sentido, haveria mais chances de os interesses pessoais prevalecerem, sendo, então, mais recomendado o uso desta estratégia discursiva para o convencimento do outro. Assim, mesmo aquelas pessoas que não conhecem ou não seguem uma racionalidade idealizada ou uma deliberação pautada na reciprocidade poderiam escolher a razão pública como forma de argumentação. Claro que essa tese, apesar de aplicável do ponto descritivo, se não for temperada com nenhum aspecto normativo, irá se aproximar de um *contratualismo leviatã* (Hobbes) ou de um

⁵¹ HADFIELD, Gillian; MACEDO, Stephen. *Rational reasonableness: Toward a positive theory of public reason*. **Law and Ethics of Human Rights**, vol. 6, n. 1, p. 6-46, 2012, p. 8.

contratualismo estratégico (Gauthier)⁵², bastante afastados de um ideal de justiça que a sociedade busca alcançar. Segundo pensamos, a análise do procedimento do debate público não parece ser uma questão que deva ser vista exclusivamente pelo o que ocorre no mundo dos fatos, mas também pelo o que a maioria dos cidadãos considera o melhor arranjo moral e político no mundo dos valores. Com efeito, do ponto de vista descritivo (*ser*), muitas vezes, os membros da comunidade poderiam utilizar a razão pública para melhor convencer o outro em seguir seus interesses pessoais (*razão deliberativa-estratégica*), mas, do ponto de vista prescritivo (*dever ser*), muitos membros da comunidade acreditam que ela é a melhor forma de expor suas razões em um ambiente pluralista por permitir uma melhor acomodação de ideias divergentes (*razão deontológica*).

Dessa forma, acreditamos que o compromisso recíproco dos membros da comunidade, ou simplesmente *reciprocidade*, entendida como a vontade de cooperar com outros integrantes da comunidade em termos justos, dada a garantia de que também o farão, é um elemento que transita entre o mundo ideal e o mundo real, apresentando a possibilidade de os integrantes da comunidade efetivamente optarem por uma postura que não se aproxima do altruísmo abnegatório nem de uma postura voltada para o mero interesse próprio. No entanto, este compromisso recíproco não é algo que apareça em um passe de mágica, necessitando, assim, que os laços comunitários sejam fortalecidos rotineiramente e que um sentimento de confiança predomine na coletividade⁵³.

Como os cidadãos podem ter confiança de que os outros irão retribuir seu compromisso de apoiar princípios e valores que se afastem de suas próprias concepções ideais de verdade, mas que sejam razoáveis para todos? Será que os membros da maioria também iriam empregar a razão pública, não havendo a necessidade de convencer o outro? Como a reciprocidade ou o respeito mútuo podem se deslocar da teoria para a realidade? Mesmo aceitando que o respeito mútuo ou recíproco é a melhor forma de convívio coletivo e de que todos os cidadãos irão se beneficiar individualmente com esta escolha, em analisando as

⁵² Para alguns autores as restrições e as delimitações da moralidade social são justificadas por conta de se adequarem melhores aos interesses individuais dos indivíduos, ou seja, o pensamento moral seria apenas uma versão sutilmente estratégica do raciocínio de fim de meios – faço porque é melhor para meu interesse (GAUTHIER, David. **Morals by agreement**. Oxford: Oxford University Press, 1986; SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. 2ª ed. Floyd: Sublime Books, 2014; DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy**. New Haven: Yale University Press, 1963). Apesar de a visão desses autores ser de propor algo bastante próximo da realidade democrática das sociedades contemporâneas, peca em não estabelecer algum referencial normativo. Por outro lado, diferentemente das teorias anteriores, o modelo deliberativo de democracia apresenta uma visão normativa ao fixar determinados requisitos ou condições para o processo democrático. Para uma visão das teorias sobre a justificação moral v. POSTEMA, Gerald. *Public practical reason: An archeology*. **Social Philosophy and Policy**, vol. 12, p. 43-86, 1995, p. 70 e ss)

⁵³ HADFIELD, Gillian; MACEDO, Stephen. **Rational reasonableness**. Op. cit., p. 8.

teorias comportamentais, surgirá uma dúvida elevada a respeito da possibilidade de um indivíduo realmente escolher cooperar com os outros participantes da sociedade, caso seu comportamento unilateral não fizer com que obtenha, de forma imediata, um resultado melhor. Por exemplo, o que levaria um membro da maioria a utilizar a razão pública se o convencimento da minoria é desnecessário para a prevalência de seus interesses pessoais? Ou porque um indivíduo utilizaria a razão pública se não existem garantias de que todos os outros indivíduos também o farão?

Ao analisarmos o instigante “dilema do prisioneiro”⁵⁴, podemos chegar à conclusão de que dificilmente os indivíduos irão encontrar um equilíbrio de cooperação e aceitarão a razão pública como instrumento de deliberação se não houver alguma forma de controle da conduta alheia ou de estímulo externo que faça com que a confiança e a reciprocidade sejam desenvolvidas. Pelo contrário, diversos estudos empíricos sobre o “dilema do prisioneiro” apontaram para um ponto de equilíbrio de não cooperação nos casos em que não houver a inserção alguma forma de incentivo ou desestímulo⁵⁵. Como será defendido ao longo deste trabalho, a construção de um arranjo institucional em que fosse cultivada essa reciprocidade com a utilização de razões públicas, ainda que por estímulos externos seria importante, não só para a ampliação e melhoria do debate, mas, sobretudo, para a melhor harmonia social em um contexto de desacordo e pluralismo.

Analisaremos melhor esta questão no próximo Capítulo, mas podemos antecipar que as *teorias dialógicas* fornecem importantes *insights* para a criação desse arranjo, de modo que as instituições políticas estabeleçam uma decisão coordenada, tendo cada poder uma contribuição específica com base em suas capacidades institucionais. Nesse cenário, o Poder Judiciário, como órgão composto por membros independentes, imparciais e especialistas na ciência jurídica, poderá servir de estímulo externo para ampliar a confiança e a reciprocidade,

⁵⁴ O “dilema do prisioneiro” foi originalmente pensado por Merrill Flood e Melvin Dresher, mas foi Albert Tucker quem o estruturou e lhe conferiu este nome específico. A proposta varia um pouco de autor para autor, mas a ideia originária não foge muito aos seguintes termos. Imagine que dois suspeitos de uma associação criminosa são presos após a prática de diversos crimes. Cada preso está em isolamento sem meios de comunicação com o outro. Não existem provas robustas para a condenação dos dois pela prática de todos os crimes, mas existem provas suficientes para a condenação em uma parte menor. Os promotores esperam, assim, que ambos sejam sentenciados a 1 ano de prisão por uma acusação menor. Simultaneamente, os promotores oferecem a cada prisioneiro um acordo. Se colaborar com a justiça, confessando a prática do crime e testemunhando contra o outro suspeito, poderá o colaborador ter a pena fixada em 2 anos, enquanto o outro suspeito terá de cumprir 3 anos de prisão se ficar em silêncio. Se os dois fizerem o acordo, cada um pegará 2 anos de prisão. Por outro lado, se ambos ficarem em silêncio, a pena máxima que irão pegar, cada um, será de 1 ano de prisão, apesar de a pena máxima ser de 3 anos. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber a decisão que o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. Como cada prisioneiro vai reagir? Confiança e cooperação fazem parte da estratégia e, por isso, cada vez mais autores vêm se preocupando em estudar o dilema do prisioneiro em questões políticas e sociais.

⁵⁵ AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

funcionando como *catalizador deliberativo*⁵⁶. Dessa forma, em primeiro lugar, o Judiciário poderá encorajar todos os grupos a participar da vida política da comunidade ao assegurar que o processo político seja pautado por regras neutras e inclusivas. A utilização da razão pública e do método da proporcionalidade podem ser instrumentos importantes neste sentido. Em segundo lugar, o Judiciário pode servir de mediador entre diversos grupos culturais, impedindo que haja uma guerra cultural com o estabelecimento de preconceito e de estereótipos⁵⁷. A possibilidade de o Judiciário calibrar a forma de intervenção pode útil para estabelecer uma modificação do peso de influência de grupos bloqueadores e, eventualmente, reverter leis obsoletas mantidas por conta da inércia causada pela acomodação artificial de grupos bloqueados. Em suma, os tribunais têm o incrível potencial de fomentar e reacender o debate, além de permitir a revisão e correção de alguns eventuais equívocos cometidos no passado.

Não se pode encerrar este ponto sem antes reconhecer que o respeito mútuo ou reciprocidade é algo mais profundo que uma “mera tolerância”, que está longe de ser um ideal normativo para o convívio entre indivíduos em um contexto de pluralismo razoável. Porém, não se trata de padrão inatingível ou quase inatingível como um profundo padrão de *amor recíproco*⁵⁸⁻⁵⁹. É verdade que muitos autores afirmam que um sentimento mais profundo seria impossível de ser o referencial para o viver em conjunto por conta de sua pessoalidade e por suas exigências de intimidade, proximidade e admiração. No entanto, a reciprocidade está longe de ser esse sentimento profundo, já que ela não exige nem encoraja o amor entre os cidadãos, apesar de ter a pretensão de que haja uma igual consideração entre todos, ou seja, reconhecer que o outro possui o mesmo *status* de sujeito de direitos que o meu. Em última análise, o respeito entre os membros da sociedade expressa o reconhecimento do direito de todos os indivíduos poderem contribuir igualmente para a definição de nossa sociedade, ainda

⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and judicial review*. **Michigan Law Review**, vol. 91, n. 4, p. 577-682, 1993, p. 581 (afirmando que o Judiciário tem a função de facilitar e moldar o diálogo nacional sobre o significado da Constituição, principalmente no que diz respeito ao significado de nossos direitos fundamentais).

⁵⁷ ESKRIDGE JR, William. *Pluralism and distrust. how courts can support democracy by lowering the stakes of politics*. **Yale Law Journal**, vol. 114, p. 1279-1328, 2005, p. 1283.

⁵⁸ ARENDT, Hannah. **The human condition**. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958, p. 243 (afirmando que “*what love is in its own, narrowly circumscribed sphere, respect is in the larger domain of human affairs. Respect (...) is a kind of ‘friendship’ without intimacy and without closeness; it is a regard for the person from the distance which the space of the world puts between us*”).

⁵⁹ De forma bastante pioneira e (infelizmente) ainda pouco seguida, Martha Nussbaum afirma que o respeito, por si só, é insuficiente para o viver em conjunto, não possuindo capacidade de superar o que ela vê como a tendência da humanidade para a exploração. Assim, segundo a autora, devemos estabelecer vínculo mais poderoso com a dignidade humana, “cultivando sentimentos apropriados de simpatia e amor” (NUSSBAUM, Martha. **Political emotions: Why love matters for justice**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2013).

que existam desacordos morais razoáveis de vários tipos⁶⁰. Em suma, é a reciprocidade, como garantia mútua de respeito e consideração, que efetivamente justifica a utilização da razão pública no discurso político e torna mais provável a participação efetiva de todos os grupos e indivíduos, ajudando a corrigir eventual desequilíbrio político e social, já que permite que pessoas excluídas de alguma forma da vida política ou despojadas de direitos realizem novamente reivindicações no fórum público⁶¹.

Enfim, ainda que alguns autores proponham a não aplicação por completo da razão pública do debate público, tal como visto acima, a exigência de que os membros de uma sociedade busquem argumentos que sejam, de alguma maneira, comuns a todos os indivíduos, poderá ser bastante produtiva quando se propõe à fixação de normas ou comandos coercitivamente. Não se pode nunca esquecer que, na visão democrática deliberativa, razões e não a força devem fazer parte das decisões políticas mais importantes. Nas precisas palavras de Amy Gutmann e Dennis Thompson, “para justificar a imposição de sua vontade sobre você, seus concidadãos devem te apresentar motivos compreensivos”⁶². Assim, considerando o fato de que existirão divergências profundas que persistirão, mesmo com uma deliberação respeitosa, a utilização de razões públicas, principalmente com a utilização de acordos incompletamente teorizados e de consensos sobrepostos, será um componente importante e até necessário para a legitimidade de qualquer decisão política⁶³.

⁶⁰ SCANLON, Thomas. *A dificuldade da tolerância*. Trad. Mauro Victoria Soares. **Novos Estudos CEBRAP**, vol. 84, p. 31-45, 2009, p. 34 (afirmando que “todos os membros da sociedade têm direito igual a serem levados em consideração na definição do que seja nossa sociedade”); BOHMAN, James. **Deliberative toleration**. Op. cit., p. 765 (afirmando que esse vínculo mútuo representa o reconhecimento de que todos os cidadãos são iguais membros da sociedade política, mesmo em um contexto de desacordos persistentes e de conflitos profundos).

⁶¹ HADFIELD, Gillian; MACEDO, Stephen. **Rational reasonableness**, Op. cit., p. 15-20; KAVANAGH, Aileen. *Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron*. **Law and Philosophy**, vol. 22, p. 451-486, 2003, p. 485.

⁶² GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007, p. 2-5. Em sentido semelhante, v. GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 145 (afirmando que “diante do pluralismo das sociedades contemporâneas, em que a autoridade não pode ser extraída de uma pré-compreensão compartilhada, as decisões de cidadãos e representantes têm de ser justificadas publicamente por meio do uso de argumentos acessíveis a todos os cidadãos”).

⁶³ Conforme propusemos aqui, a razão pública seria um elemento essencial do desacordo moral razoável, considerando que este último seria uma forma especial de divergência política a respeito de questões morais relevantes e persistentes, mesmo após uma deliberação com o uso público da razão pelos membros da comunidade. Nessa linha, a razão pública é, de forma paradoxal, um elemento de *desagregação*, por ser um elemento presente no desacordo moral razoável (a persistência combinada com o uso da razão pública qualificaria o desacordo), e de *agregação*, por ser um instrumento que permite o estabelecimento de consensos profundos na comunidade (os consensos alcançados através da razão pública seriam os mais duradouros e consolidados). Lembremos que, mesmo em sociedades liberais e tolerantes (em verdade, principalmente nelas), haverá sempre a necessidade de um consenso consolidado em torno do núcleo da concepção pública de justiça, o que somente seria possível através da presença de um respeito mútuo e do conseqüente uso da razão pública. A

3.5. A Democracia Deliberativa e as Condições Democráticas de Deliberação

A ideia fundamental de um regime democrático é que a autorização para o exercício do poder estatal deve ser originada de decisões coletivas dos membros da sociedade que serão governados por este poder. Ao contrário de tradicionais *concepções agregativas da democracia* que propõem que as decisões políticas democráticas seriam a expressão perfeita da vontade da maioria⁶⁴, na filosofia política contemporânea, o entendimento bastante consolidado é no sentido de que, para o perfeito funcionamento do processo democrático, há a exigência de que as decisões políticas sejam tomadas em um ambiente de amplo debate de ideias para que os consensos sejam ampliados e os laços comunitários sejam fortalecidos⁶⁵. Assim, segundo os autores defensores da deliberação no processo político democrático, através da exposição de ideias e da tentativa respeitosa de convencimento do outro, diversos pontos podem passar a convergir, havendo um grande incremento da harmonia social.

Além disso, segundo esses mesmos autores, o uso do diálogo proporciona um empoderamento e emancipação de grupos e indivíduos, já que permite que sejam percebidos alguns equívocos tidos outrora como verdades absolutas e colmatadas diversas lacunas a

este consenso encontrado através da razão pública John Rawls denominou de *consenso sobreposto* (*overlapping consensus*). Assim, segundo o autor, em uma sociedade marcada pelo pluralismo moral, a habilidade de um regime constitucional de manter a coesão de uma *sociedade bem ordenada* (*well-ordered society*) seria essencialmente através do consenso sobreposto. A ideia de consenso sobreposto foi introduzida de forma mais embrionária em sua clássica obra “Uma teoria de Justiça” (RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971). Contudo, trabalhos posteriores foram essenciais para que Rawls desenvolvesse o conceito através de bases políticas mais sólidas (v. RAWLS, John. *The idea of an overlapping consensus*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 7, n. 1, p. 1-25, 1987; RAWLS, John. *The domain of the political and overlapping consensus*. **New York University Law Review**, vol. 64, n. 2, p. 233-255, 1989).

⁶⁴ O modo de se operacionalizar a democracia é algo complexo que necessita ser construído sobre algumas premissas e procedimentos que podem variar através no tempo e no espaço. O critério majoritário é uma dessas premissas. Apesar de ser apontado como o principal instrumento de um regime democrático segundo algumas teorias clássicas denominadas de agregativas, a teoria política contemporânea é quase unânime em reconhecer a insuficiência deste critério. Como defender que a democracia majoritarista é o melhor regime político se existe uma minoria que é constantemente humilhada ou desrespeitada? A democracia seria o melhor regime a se viver, mas somente se fossemos parte da minoria. Por conta desta percepção, em primeiro lugar, estabelecem-se fórmulas que tentam limitar o abuso e as injustiças do critério majoritário aplicado de forma exclusiva. Criam-se, então, limites mínimos de interferência protegidos por direitos ou por uma descentralização do poder político. Em segundo lugar, tenta-se estabelecer um arranjo institucional que torne possível uma democracia dinâmica voltada também para o futuro, de modo que a minoria de hoje tenha possibilidade através do debate e do convencimento de se tornar também a maioria em algum momento futuro. Criam-se, então, mecanismos de deliberação para que sejam melhor expostas as razões e melhor debatidas as ideias.

⁶⁵ ELSTER, Jon. *Introduction*. In: ELSTER, Jon (ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 1 (afirmando que “*the idea the democracy revolves around the transformation rather than simply the aggregation of preferences has become one of the major positions in democratic theory*”).

respeito da aplicação de valores morais⁶⁶. Não se pode esquecer que o racismo, a intolerância, o preconceito, bem como outras formas de condutas nocivas e danosas sobrevivem somente quando as normas sociais não são questionadas ou quando os padrões de decisão não são contestados. Quando há uma ampla exigência por justificação dos atos do poder público e quando as atitudes nocivas são confrontadas com novos argumentos e perspectivas, a manutenção do *status quo* pode sofrer um duro golpe, mas somente assim poderemos corrigir os equívocos do passado com olhos voltados para o futuro. Como afirmado por Christopher Kutz, “somente quando ignoramos o argumento do céptico e aceitamos reivindicações de soluções unívocas, arriscamos perder de vista o ideal do Estado de Direito”⁶⁷.

Como já se pôde perceber, este formato *deliberativo* da democracia descrito acima deita raízes na ideia de que, em uma associação política democrática, a justificação e a legitimidade do poder político decorrem da apresentação de argumentos e de razões tendentes a justificar os atos emanados por este poder coletivo⁶⁸. Apesar de muitas vezes não ser propriamente um defensor da democracia total, Aristóteles tem sido apontado como o primeiro grande teórico a defender a ideia de deliberação ao afirmar que aqueles cidadãos que discutem publicamente e justificam suas leis uns para os outros podem alcançar uma decisão melhor do que peritos que agem sozinhos. Já na era moderna, o mais proeminente defensor de um governo aberto ao amplo debate foi o liberal John Stuart Mill. No século XX, a democracia deliberativa ganhou complexidade e sofisticação com Jürgen Habermas, que tentou unir validade e legitimidade, autonomia privada e autonomia pública, tendo como base uma teoria comunicativa voltada à construção dialógica do consenso. Contemporaneamente, a democracia deliberativa ganhou grande espaço na teoria política, sendo destaque na obra de diversos autores, tais como Joshua Cohen, Amy Gutmann, Dennis Thompson, Jon Elster, John Dryzek⁶⁹, Carlos Santiago Nino⁷⁰ e Cláudio Pereira de Souza Neto⁷¹.

⁶⁶ SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 88 e 145.

⁶⁷ KUTZ, Christopher. *Just disagreement, indeterminacy and rationality in the rule of law*. **Yale Law Journal**, vol. 103, p. 997-1030, 1993, p. 1029.

⁶⁸ COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip (eds.). **The good polity: normative analysis of the state**. Oxford: Blackwell, p. 17-34, 1989, p. 21; ELSTER, Jon. *Introduction*. In: ELSTER, Jon (ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 9 (afirmando que “[d]eliberative democracy rests on argumentation, not only in the sense that it proceeds by argument, but also in the sense that it must be justified by argument”).

⁶⁹ DRYZEK, John. **Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁷⁰ NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

Ressalte-se que o livre debate de ideias e a igual liberdade de participação são dois pontos relevantíssimos para caracterizar a democracia deliberativa, mas não suficientes. Tão importante para o conceito de democracia deliberativa como a *livre discussão de ideias* de Stuart Mill ou a ideia de *autogoverno* de Rousseau é a criação de uma tessitura em que o debate e a troca de ideias possam ser produtivamente realizados e otimizados. Assim, diversos autores estabelecem outras condições sociais ou institucionais que facilitam a livre discussão, participação e associação entre cidadãos para a formulação da melhor decisão deliberativa. Podemos desmembrar tais *condições de deliberação* em dois tipos: (i) condições discursivas ou sociais e (ii) condições institucionais⁷². A primeira exigência, *condições discursivas*, é no sentido de que os membros da comunidade entrem no debate com caráter motivacional diverso do autointeresse, mas voltados, sobretudo, para a busca do consentimento do outro, sendo necessária, para tanto, uma postura sincera (“sinceridade”) de respeito mútuo (“inclusão deliberativa” ou “reciprocidade”) e de postura pública (“espírito público” ou “razão pública”). Em suma, a ideia de democracia deliberativa demanda a existência de um esforço ou de um engajamento na elaboração das decisões políticas para que ofereçamos considerações e razões não somente de nosso próprio interesse, mas também considerações e razões que todas as pessoas, que serão governadas por essas decisões, possam aceitar e concordar ainda que parcialmente. Daí a importância da reciprocidade e das razões públicas para o conceito de democracia deliberativa. A segunda exigência, *condições institucionais*, é no sentido de que deve haver um regramento específico que (i) fomente uma deliberação produtiva e prolongada através de normas procedimentais específicas, (ii) bem como proteja os cidadãos de valores mínimos que garantam a igual liberdade de participação e de deliberação⁷³. Com base nestas duas condições deliberativa, pode-se, enfim, definir a *democracia deliberativa* como *o regime de governo em que as decisões políticas vinculantes são tomadas através de um procedimento no qual os cidadãos definem e justificam seus pontos de vista de forma mutualmente respeitosa, apresentando razões que são acessíveis ou*

⁷¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷² Cf. MICHELMAN, Frank. *How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy*. In: BOHMAN, James; REHG, William. **Deliberative democracy: Essays on reason and politics**. Cambridge and London: The MIT Press, p. 145-172, 1997, p. 149.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Op. cit., p. 118-130; DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17 (afirmando que a concepção constitucional de democracia significa que as instituições majoritárias devem observar as “condições democráticas” de igual consideração e respeito, e quando isto ocorre “*the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason*”).

parcialmente acolhidas por todos, com o objetivo de alcançar consensos que possam ser submetidos a novas críticas e discussões no futuro.

É verdade que essa visão deliberativa da democracia pode não encontrar reflexo perfeito na realidade política de determinado Estado, o que poderá fazer com que muitos não aceitem a deliberação como uma teoria adequada do ponto de vista descritivo. Com efeito, assim como a democracia real não pode ser considerada simplesmente uma representação da vontade da maioria nas eleições, também não podemos dizer que naturalmente serão atendidas as condições deliberativas e, como consequência, haverá um caminho deliberativo que será necessariamente seguido pelos cidadãos em todo e em qualquer caso. Em verdade, a democracia real é uma interligação complexa de interesses e opiniões presentes em uma multiplicidade de grupos e instituições igualmente complexos. Nesta complexidade toda, como já afirmamos antes, dificilmente os cidadãos irão encontrar um natural equilíbrio de cooperação e aceitarão a deliberação como instrumento de elaboração de suas políticas públicas, caso não haja alguma forma de estímulo externo que faça com que a confiança e a reciprocidade sejam praticadas por todos. Para que isto ocorra, então, deverá haver um arranjo institucional que possa moldar o design da democracia⁷⁴, estabelecendo uma diversidade de normas procedimentais e de normas substantivas que, a depender do contexto político, possa contribuir para o fortalecimento da deliberação democrática. Como veremos no próximo tópico e no próximo Capítulo, o Judiciário, a depender das circunstâncias, poderá sim ter um papel importante (apesar de não essencial) no processo democrático deliberativo a partir da visão de que ele será, em algumas circunstâncias, o estímulo externo que fortalece as condições deliberativas e o processo democrático.

2.6. O Judiciário e o Desacordo Moral Razoável

No contexto das decisões judiciais, a adoção de uma argumentação pautada em razões públicas ganha um colorido ainda maior, uma vez que os juízes buscam legitimar suas decisões *ex post* através da argumentação e do reconhecimento⁷⁵, fazendo Rawls afirmar que as cortes seriam o palco propício para a formulação de um discurso de respeitosa postura ao

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: What Constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, n. 4, p. 572-582, 2005.

pluralismo político⁷⁶. Devemos lembrar que julgamento moral dos juízes, assim como dos legisladores, é um caso especial de raciocínio moral que se diferencia da forma como os particulares individualmente formulam suas escolhas e tomam suas decisões nos conflitos morais. Como os juízes argumentam em nome da sociedade e do povo, costuma-se dizer que eles não devem utilizar, no julgamento judicial (pelo menos não de forma predominante), suas próprias consciências e convicções⁷⁷. No aborto, por exemplo, o juiz deverá deixar de lado suas convicções éticas e religiosas de suas doutrinas abrangentes para buscar sempre estabelecer uma decisão que promova, na maior medida do possível, valores consensuais, tais como a “obediência às normas legais”, a “supremacia dos direitos fundamentais”, a “otimização do princípio democrático”, o “respeito à dignidade da pessoa humana” e a “descentralização e limitação do poder político”. Nesse contexto, a utilização da razão pública pelos juízes é, a um só tempo, uma forma de reforço da legitimação de sua função constitucional e também uma forma de dialogar respeitosamente com os diversos grupos e doutrinas abrangentes inseridos na sociedade.

Em alguns casos, então, os juízes poderão seguir a dureza da legislação, invocando princípios formais da aplicação legal (argumento da obediência das normas jurídicas), ou poderão seguir os valores básicos que entendem como corretos e que estão consagrados na Constituição por considerá-los mais relevantes (argumento da supremacia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais). Em ambos os casos, o juiz se vale de um argumento aceitável e razoável, ou seja, em ambos os casos, o juiz trabalha efetivamente com argumentos de razão pública, atendendo a um dos requisitos da democracia deliberativa e do pluralismo. No entanto, o uso da razão pública, como se pode perceber, não será suficiente para alcançar uma decisão justa ou moralmente correta ou uma decisão deferente ou ativista. Em verdade, sua pretensão é bem mais modesta que estabelecer a melhor decisão do ponto de vista substantivo ou do ponto de vista procedimental e institucional. Sua função será “apenas”

⁷⁶ RAWLS, John. **The idea of public reason**. Op. cit., p. 95 (afirmando que “*the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court’s special role makes it the exemplar of public reason*”). No mesmo sentido: MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2010. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso em 20 dez. 2017 (afirmando que “o juiz está submetido a uma exigência argumentativa muito mais intensa do que os agentes políticos, devendo se limitar aos argumentos de razão pública”); SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e “standards” de ponderação*. **Boletim Científico ESMPU**, n.15, p. 207-227, 2005, p. 214 (afirmando que o “Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigadas a restringir a justificação de suas decisões à razão pública”).

⁷⁷ WALDRON, Jeremy. *Judges as moral reasoners*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 1, p. 02-24, 2009, p. 05.

dar maior legitimidade às decisões judiciais, fazendo que aqueles que forem direta ou indiretamente afetados pela decisão possam aceitar minimamente o seu conteúdo, mesmo não concordando inteiramente com a decisão, bem como propiciar que seus destinatários possuam um maior sentimento de pertença e inclusão. Dessa forma, a resposta para qual deve ser a postura do juiz frente a possível incompatibilidade de um ato das instituições políticas frente aos preceitos constitucionais não se encontra inserida dentro da razão pública, mas demanda reflexões institucionais complexas que serão melhor analisadas no próximo Capítulo.

Como já antecipamos, o Judiciário poderá agir a favor da democracia e ser o elemento externo que fomentará e promoverá as condições deliberativa. Assim, além do dever de utilizar a razão pública em seu discurso, o Judiciário também pode agir para que os cidadãos se empenhem em adotar uma postura respeitosa com a utilização de argumentos pautados na razão pública, ainda que a exigência de seu uso pelos funcionários do governo seja em grau um pouco diverso da exigência que recai sobre todos os cidadãos. Não podemos ignorar que o Judiciário, assim como qualquer instituição política, pode e deve agir como um protetor da essência da Constituição e de suas normas, principalmente dos direitos fundamentais e do princípio democrático. No entanto, em respeito ao pluralismo político e à democracia deliberativa, o Judiciário não deve adotar uma postura de “único protetor” ou “único guardião” da Constituição, esquecendo-se que não é só ele que é considerado o intérprete das normas constitucionais, mas também os outros órgãos estatais e a própria comunidade como um todo⁷⁸. Assim sendo, uma postura adequada dos juízes e, sobretudo, da Corte Constitucional será buscar sempre a decisão mais deliberativa possível para a concretização dos preceitos constitucionais. Tal circunstância faz, portanto, que recaiam sobre os juízes alguns *deveres deliberativos*.

O (i) primeiro dever deliberativo já foi exposto acima e se refere à utilização de uma argumentação pautada na razão pública. Como dito antes, a razão pública é uma condição de implementação do respeito em uma sociedade democrática marcada pelo pluralismo político e pelo livre debate de ideias. Assim, como órgão estatal cujas ações são voltadas para a pluralidade, o Judiciário possui o ônus de elaborar suas decisões em argumentos que todos possam minimamente compreender e aceitar. Além disso (ii), em um contexto democrático, o Judiciário também possui o dever de respeitar os procedimentos democráticos e as condições

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997; LEVINSON, Sanford. **Constitutional faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988; GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodvim, 2016.

deliberativas e, considerando sua posição mais independente e distante da política, poderá, inclusive, agir como mediador ou árbitro da deliberação, (ii.1) protegendo não só os canais democráticos como propôs John Hart Ely⁷⁹, mas também (ii.2) fomentando o desenvolvimento do respeito mútuo e da cooperação entre os indivíduos sempre que a decisão política não tiver sido construída através de um debate pautado por esses parâmetros.

Nesses dois últimos casos, agindo a favor da democracia, o Judiciário irá intervir para corrigir eventual *vício de deliberação*, seja um vício procedimental, seja um vício substantivo. Dessa forma, no caso de os juízes se depararem com um desacordo moral fruto de um debate viciado, isto é, um debate sem a estrita observância do procedimento democrático com a participação da maioria e também da minoria (por exemplo, um debate em que não se respeitaram as regras do processo legislativo previsto na Constituição ou houve um bloqueio de novos debates no Parlamento⁸⁰) ou não houve a observância do adequado respeito mútuo entre os diversos grupos comunitários (por exemplo, um debate em que se ignoraram evidências da desproporcionalidade do ato ou em que não houve uma mínima utilização de razões públicas), deverão classificá-lo como um desacordo não razoável e intervir de modo a restaurar o equilíbrio deliberativo. Lembremos que, em uma democracia deliberativa, o desacordo moral somente poderá ser considerado como razoável se houver uma ampla e respeitosa deliberação com o uso de argumentos pautados, sobretudo, pela razão pública. Assim, no caso de haver um vício deliberativo, não haverá propriamente um desacordo razoável, o que autoriza uma intervenção mais rigorosa das cortes na tentativa de restauração do equilíbrio democrático. No entanto, no caso de não haver um vício deliberativo, o desacordo moral persistente poderá ser efetivamente considerado razoável e, nesta hipótese, o Judiciário deverá adotar uma *postura econômica de respeito* ao pluralismo e as divergências.

⁷⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁸⁰ Em algumas situações, determinados grupos são bloqueados por outros grupos que possuem um poder de influência maior, ou no Parlamento, ou nos próprios membros da comunidade. Considerando que o grupo bloqueado já não consegue apresentar seus argumentos para fazer valer suas concepções e suas perspectivas, dois cenários poderão ocorrer. (i) Primeiro, como o grupo bloqueado terá menos estímulo para promover seus objetivos através da política ordinária, haverá a necessidade de se buscar um caminho alternativo que, em casos extremos, poderá ocasionar uma desobediência civil com a prática, inclusive, de atos de violência. Este cenário, por exemplo, foi observado no conflito racial que tomou conta dos Estados Unidos durante boa parte do século XX. (ii) Segundo, caso o grupo não tenha uma grande coesão ou não for perfeitamente determinado, existe uma grande probabilidade de haver uma acomodação ou derrota permanentes, em que a vontade do grupo bloqueador irá prevalecer, sendo observada apenas vozes esparsas do grupo bloqueado, com a impossibilidade de qualquer reversão através da política ordinária. Este cenário ocorre, por exemplo, com a questão do aborto na sociedade brasileira, na qual algumas circunstâncias, como a temporariedade e a eventualidade da gravidez, fazem com que muitas mulheres não se sintam impelidas ou necessitadas a reivindicarem um maior respeito e consideração sobre seus interesses e seus direitos.

Por fim, não podemos ignorar que a ideia crucial da democracia deliberativa em um contexto de pluralismo político é de que devemos aceitar e tratar de forma respeitosa nossas diferenças ao buscarmos a igual aceitação e respeito dos outros. Ganha relevo, neste contexto, a adoção de uma postura pautada em uma “*economia de discordância*”⁸¹, deixando algumas questões não resolvidas e em aberto na sociedade. Essa postura tem a vantagem de promover o valor do respeito mútuo (pedra central da democracia deliberativa) e amplificar a deliberação. Assim, ao economizarem nas discordâncias, os cidadãos chegariam a *acordos incompletos e provisórios*, podendo continuar a trabalhar juntos para alcançar um senso comum mais estreito no futuro, ainda que estes acordos incompletos não sejam perfeitamente idênticos à pretensão inicial de cada uma das partes inseridas no debate. Por exemplo, ainda que nossa religião (doutrina abrangente) não permita que o aborto seja aceito como uma conduta moralmente correta (desacordo inicial), após uma ampla deliberação respeitosa e pautada em razões públicas, até os cidadãos mais religiosos podem aceitar que, em algumas situações excepcionais (acordos incompletos), a interrupção da gestação pode ser justificável, mesmo não havendo consenso sobre o início da vida (desacordo moral razoável). A questão sobre o início da vida, neste contexto, seria um exemplo flagrante de desacordo moral razoável que não necessita ser resolvido pela comunidade para o estabelecimento de normas coletivas nem para a fixação de acordos parciais ou incompletos, sendo que os cidadãos podem deixar a questão não resolvida e continuar a trabalhar junto para novos acordos parciais no futuro. Desse modo, em havendo por detrás de um conflito de normas jurídicas um real desacordo moral razoável, a posição da Corte Constitucional poderá ser relevante para o desenvolvimento de um produtivo debate democrático, apesar de não ser recomendável uma decisão vinculante e obrigatória, mas apenas uma postura econômica e moderada. Como deve ser a estrutura desta decisão? Quais seriam as possíveis formas de decisões judiciais em caso de desacordo moral razoável? Tentaremos responder todas essas perguntas no próximo Capítulo.

2.7. Conclusão

Neste Capítulo, foi observado, com maior ênfase, o desacordo moral razoável, que existirá necessariamente em toda e qualquer sociedade democrática por conta de uma pluralidade de pensamentos e de ideologias que domina esse tipo de sociedade. Inserimos,

⁸¹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Op. cit., p. 181 e ss.

então, o desacordo moral razoável não em uma democracia qualquer, mas em uma democracia que se pauta pela livre circulação de argumentos e ideias em um cenário de respeito mútuo entre os cidadãos. Em outras palavras, inserimos o desacordo moral razoável no contexto da democracia deliberativa, que vem sendo a teoria predominante da filosofia política contemporânea.

Em uma democracia deliberativa, então, o desacordo moral razoável se desprende de um construtivismo idealizado do estilo kantiano e passa a ser desenvolvido em termos modestos, combinando elementos mais concretos e de possível implementação prática, tais como diálogo, respeito mútuo e razão pública. Considerando esses elementos como *condições deliberativa*, afirmamos que, ainda que indiretamente, serão eles determinantes para a delimitação do desacordo razoável e para estabelecer um proveitoso debate público entre pessoas que se respeitam mutuamente.

Neste contexto, a conclusão foi de que, em respeito ao pluralismo político e à democracia deliberativa, o Judiciário não deve adotar uma postura de único guardião dos valores comunitários. Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que deliberação é um importante elemento da democracia e de que o desacordo moral razoável somente estará caracterizado após um amplo debate com o uso de razões públicas, a tese firmada foi no sentido de que os juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, como também devem agir a favor da democracia, intervindo de modo mais flagrante nos desacordos morais quando houver algum *vício na deliberação*, seja porque o procedimento democrático não foi observado, seja porque os interlocutores não observaram a reciprocidade ou o respeito mútuo do debate público. Por outro lado, em havendo por detrás um real desacordo moral razoável, com a construção da decisão política através de uma efetiva deliberação pautada no respeito mútuo e no uso público da razão, a postura das cortes deve ser econômica e moderada.

3. O PODER JUDICIÁRIO E O DESACORDO MORAL RAZOÁVEL

3.1. Introdução

Imaginemos um juiz que se encontra confrontado com a possibilidade de declarar uma norma sobre a escravidão inválida por violar preceitos morais básicos ou seguir com a aplicação dessa lei de forma estrita por ser um ato político elaborado por uma autoridade que representa o povo em sua plenitude. Um caso assim ocorreu nos Estados Unidos, tendo o juiz do caso afirmado que “como cidadão e como homem, posso admitir a injustiça e a imoralidade da escravidão, mas, como jurista, devo olhar para o padrão da moral que a lei prescreve”¹. Muitos observam a afirmação do juiz como um exemplo de uma má conduta judicial que ignora os valores morais e aplica de forma não reflexiva os preceitos normativos do sistema jurídico. Outros já não concordam com a crítica e afirmam que, se aceitarmos um julgamento moral do juiz contra a escravidão, também deveríamos aceitar julgamentos morais em outros casos, como, por exemplo, no caso de um juiz pró-vida que se recusasse a aplicar a causa excludente de ilicitude prevista no art. 128, II, do Código Penal, onde expressamente há a determinação de que “não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”². Neste contexto, qual deve ser a postura dos juízes ao se depararem com relevantes conflitos jurídicos que contenham de forma subjacente desacordos morais razoáveis da comunidade? Qual modelo de juiz gostaríamos de ter em nossa comunidade?

Como veremos nos próximos tópicos, a solução para essas importantes indagações demanda reflexão e sensibilidade, sendo que as respostas possíveis não podem ser simplificadas em um modelo binário ou mesmo em um modelo de “supremacia” ou de “última decisão”. No mundo real, existem infinitas possibilidades de arranjos institucionais que podem permitir uma intervenção maior ou menor dos juízes em questões morais altamente divergentes. Qual desses arranjos é o melhor ou o mais perfeito? Talvez não fiquemos felizes em descobrir que não existe nenhum arranjo que seja melhor ou pior em abstrato, havendo a necessidade de ser analisado, em qualquer hipótese, o contexto político e as experiências já vivenciadas na comunidade política.

¹ *Jackson v. Bullock*, 12 Conn. 39, 1837 (Voto dissidente do Juiz Bissell). Julgado encontrado em: COVER, Robert. **Justice accused: Antislavery and the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1975, p. 120.

² Cf. WALDRON, Jeremy. *Judges as moral reasoners*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 1, p. 02-24, 2009, p. 17.

Neste Capítulo, a pretensão será analisar com mais atenção o Poder Judiciário e sua interação com as outras instituições políticas e com os cidadãos comuns na solução de casos que envolvam alguma forma de desacordo moral razoável. Como os direitos fundamentais são emanções jurídicas de importantes valores comunitários com alto grau de abstração, serão eles um terreno fértil para a manifestação dessa forma de desacordo, o que fará com que as Cortes Constitucionais se deparem constantemente com tais questões na interpretação e na acomodação de princípios jurídicos constitucionais. Assim sendo, propusemos, neste Capítulo, uma divisão em dois grandes tópicos.

No primeiro tópico, (i) serão analisadas as críticas democráticas à supremacia judicial e à ideia de que o Judiciário seria o detentor da última palavra sobre o sentido e o significado da Constituição. Considerando o que realmente se observa em uma comunidade democrática, a conclusão primeira será de que as cortes possuem a pretensão de moldar as condutas dos indivíduos, mas, na grande parte das vezes, são os indivíduos que moldam a conduta das cortes. Assim, sobretudo através de teorias dialógicas, será demonstrado que o Judiciário, em alguns momentos, pode ser o poder menos perigoso, mas em outras ocasiões pode ser considerado como o impulsionador de transformações sociais relevantes, servindo como um importante catalisador deliberativo.

Já no segundo tópico, (ii) tentaremos estabelecer uma prescrição de como uma Corte Constitucional deve atuar em um contexto de desacordo moral razoável. A conclusão será de que devem ser vistos com bons olhos algumas medidas processuais que fomentem a deliberação e deem oportunidade para que as instâncias políticas busquem consensos e formulem novas soluções. Assim, através de uma *decisão de segunda ordem* ou *metadecisão*, os juízes serão convidados a fixar técnicas ou estratégias de diálogo e fortalecimento institucional. A defesa, então, será que, em alguns casos, principalmente naqueles de forte desacordo entre a interpretação de normas constitucionais abstratas e de predomínio de cunho moral, como os direitos fundamentais, deverão os juízes pautar suas decisões de primeira ordem em alguns padrões: a) adoção de um *minimalismo judicial* e de argumentos pautados nas *razões públicas*; b) elaboração de um método interpretativo racional e transparente que possa se adequar às expectativas e reivindicações populares, bem como às funções institucionais de cada um dos três Poderes de Estado; c) construção de uma decisão indicativa, mas não vinculante, ou a utilização de uma limitação temporal dos efeitos dessa decisão.

3.2. O Poder Judiciário e a Democracia Deliberativa

3.2.1. O fortalecimento do Judiciário e a supremacia judicial

Na tradição da Europa continental, a *soberania ou supremacia parlamentar* foi defendida durante muitos séculos pelos teóricos e filósofos. A “vontade geral” apresentada por Rousseau era, segundo entendimento predominante, manifestada pelos escolhidos do povo nas eleições e não poderia ser desafiada por outros órgãos estatais. No entanto, a ideia de supremacia parlamentar recebeu duros golpes durante o século XX, momento em que se passou a acreditar que as restrições meramente sociais ao poder político do Parlamento não eram suficientes para impedir a tirania da maioria ou as arbitrariedades dos representantes eleitorais³. Nesse contexto, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, duas preocupações surgiram com maior intensidade. Primeiro, deveria haver o entrincheiramento de direitos mínimos do indivíduo em normas superiores para delimitar uma zona de autonomia privada na qual o Estado não poderia intervir de forma legítima. Segundo, deveriam ser criados tribunais independentes e politicamente neutros para salvaguardar esses direitos em face daqueles que deteriam eventualmente o poder político⁴. Pode-se dizer, então, que a mudança observada no constitucionalismo contemporâneo de uma quase “não participação” do Judiciário para uma atuação mais intensa através do controle de constitucionalidade tem sido,

³ TUSHNET, Mark. *The rise of weak-form judicial review*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 321.

⁴ Apesar do afirmado acima, a doutrina forneceu pelo menos quatro explicações diferentes para a expansão exponencial do Judiciário pelo mundo no último século (GARDBAUM, Stephen. *Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale?)*. **American Journal of Comparative Law**, vol. 62, p. 613-639, 2014, p. 614-615). A primeira e mais aceita justificativa, denominada de “catástrofe” ou “nunca mais”, está associada aos horrores da Segunda Guerra Mundial e à ascendência dos direitos humanos, tendo sido apontada como a principal causa para a primeira onda de judicialização ocorrida em países como Alemanha (1949), Itália (1948), Japão (1947). A segunda justificativa, denominada de “seguro” (GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003), “limitação” (ISSACHAROFF, Samuel. *Constitutional courts and democratic hedging*. **Georgetown Law Journal**, vol. 99, p. 961-1012, 2011) ou “comprometimento” HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune [eds.]. **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 175-240), está associada à transição de um governo autoritário para um governo democrático das novas democracias da Ásia e da Europa Oriental. Por esta tese, os tribunais forneceriam uma forma de seguro político aos detentores de poder para garantir o futuro político incerto. A terceira explicação é a da antiga tese do “árbitro do federalismo”, que parte da ideia de que o Judiciário seria visto como um árbitro ou terceiro “neutro” na resolução de conflitos entre os dois níveis de governo (ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. **Virginia Law Review**, vol. 83, p. 771-797, 1997). A quarta tese, denominada de “preservação hegemônica”, associa a expansão do controle judicial ao interesse de certas elites políticas, econômicas e judiciais na preservação de sua hegemonia, por já não conseguirem dominar de forma satisfatória a política eleitoral democrática (HIRSCHL, Ran. *The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions*. **Law and Social Inquiry**, vol. 25, n. 1, p. 91-149, 2000).

em geral, o resultado de novas reivindicações que os modos tradicionais de representação e de prestação de contas eleitorais não foram (e não são) capazes de fornecer.

A “expansão global do poder judicial”⁵, que vem desde o final da Segunda Guerra Mundial, ganhou ainda mais vigor no final do século XX com democratização de diversas sociedades políticas⁶, tendo o constitucionalismo brasileiro pós-Constituição de 1988 um exemplo flagrante desta expansão. No Brasil, a ampliação da atuação do Judiciário é sentida pela simples leitura das manchetes dos principais jornais. Se antes as decisões judiciais figuravam em cadernos secundários da mídia escrita ou possuíam pouco destaque da mídia televisiva, hoje costumam se apresentar rotineiramente nas primeiras páginas dos jornais e não raro os julgamentos das cortes são transmitidos em rede nacional através de respeitáveis canais telejornalísticos. Além das causas gerais e comuns desse fenômeno, diversas questões peculiares do constitucionalismo brasileiro fizeram com que a percepção de que a velocidade da expansão judicial fora extremamente acentuada, apesar de não vislumbrarmos um ativismo maléfico ou intenso como ocorreu em outros países⁷. Conforme bem apontou Eduardo Mendonça, não obstante a maior presença do Judiciário em questões até então exclusivas ou quase exclusivas da política, ainda não tivemos “nossa Era Lochner ou nossa Corte Warren”⁸.

⁵ Sobre o processo global de judicialização, v. GINSBURG, Tom. *The global spread of constitutional review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (eds.). **The Oxford handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81-98, 2008; VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal (eds.). **The global expansion of judicial power: The judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 72 (afirmando que há significativo consenso no sentido de que a principal causa para a expansão do Judiciário é o estabelecimento da democracia). É bastante expressivo, por exemplo, que, em 1951, 38% dos países do mundo apresentavam alguma forma de controle judicial, enquanto que, em 2011, o número foi ampliado para surpreendentes 86%, seguindo o ritmo da democratização de novos e antigos Estados (GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why Do Countries Adopt Judicial Review?* **Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 30, n. 3, p. 587-622, 2014). De qualquer forma, importante dizer que, apesar de o fortalecimento do Judiciário vir junto com o processo de democratização de diversos países, a jurisdição constitucional não é indispensável nem incompatível à democracia, uma vez que é possível encontrar Estados democráticos sem qualquer forma de controle judicial de constitucionalidade, assim que é possível encontrar democracias consolidadas que possuem um controle judicial mais intenso e rigoroso (cf. GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 3-22, 2006, p. 9).

⁷ O ativismo judicial poderá ter diversas formas e características, não sendo correta a fixação rígida da visão do ativismo como algo *prima facie* ruim ou bom, legítimo ou ilegítimo (sobre as diversas formas de ativismo judicial v. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

⁸ MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2010. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso em 20 dez. 2017. De modo semelhante, Thamy Pogrebinski afirma que “o STF não sofre efetivamente de uma ‘dificuldade contramajoritária’, sendo inexpressivo o total de suas decisões que declararam a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional”. Em seu estudo, inclusive, Pogrebinski aponta que o Supremo logrou invalidar menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009 (POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 10-11).

Indo desde a enorme *constitucionalização da vida*⁹ com a regulamentação pormenorizada na Constituição em diversos temas, até as tristes e constantes decepções que os cidadãos brasileiros veem tendo com a política ordinária, temos boas razões para entender (e até mesmo defender) uma maior intervenção do Judiciário em questões políticas relevantes¹⁰. Entretanto, o tema não ostenta um consenso e também não deve ser analisado sem qualquer forma de reflexão crítica. Assim, não se pode deixar de observar que, enquanto alguns autores veem com bons olhos um aumento da atuação judicial, outros menos entusiastas entendem que houve uma concentração desmedida de poderes na esfera de jurisdição constitucional com a implementação de uma verdadeira “*juristocracia*”¹¹ ou, no caso da jurisdição constitucional brasileira, uma “*supremocracia*”¹².

Se a maior atuação do Judiciário na política já desperta questionamentos, o controle judicial de constitucionalidade sobre os atos dos outros poderes torna-se ainda mais divergente quando é acompanhado de uma *supremacia judicial*, em que a decisão judicial sobre o sentido da Constituição é considerada definitiva e imutável, sendo apontado o Judiciário como o intérprete ou guardião último da Constituição. Pela supremacia judicial, então, não poderiam os outros poderes políticos rever, em nenhuma hipótese, as decisões judiciais que interpretassem as normas constitucionais, somente havendo a possibilidade de reversão da interpretação fixada pelo Judiciário com a convocação do poder constituinte derivado na elaboração de uma Emenda Constitucional. Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a supremacia judicial foi defendida no precedente *City of Boerne v. Flores* (1997), enquanto que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, foi defendida no famoso *caso do foro por prerrogativa de função*. Neste julgado, o Supremo afirmou expressamente que deveria ser repelida qualquer “usurpação pelo legislador de sua

⁹ A expressão faz referência de maneira mais ampla ao processo denominado na doutrina de constitucionalização do Direito. Este processo, nas palavras de Luís Roberto Barroso, está associado “a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Assim, “[o]s valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: Idem. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 201-202.

¹⁰ Para um exame desses diversos fatores, v. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 65-180.

¹¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, p. 441-464, 2008, p. 444 (afirmando que “qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”).

missão de intérprete final da Lei Fundamental”, sendo que “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador”¹³.

O raciocínio tradicional da supremacia judicial remonta a Alexander Hamilton, que retratava os juízes como “guardiões fiéis da Constituição”¹⁴. A raciocínio é bastante lógico, tendo sido utilizado por John Marshall no famoso precedente *Marbury v. Madison* (1803) da Suprema Corte norte-americana, que deu início ao controle judicial na história do constitucionalismo moderno. De acordo com esta perspectiva, acolhida, inclusive, pelo constituinte brasileiro de 1988 (art. 102, CFRB), parte-se da premissa de que existe uma diferença básica entre a *política ordinária* e a *política constitucional superior*. Neste contexto, os representantes eleitos do povo seriam responsáveis por fazer a legislação sobre a política ordinária de uma comunidade, mas, por conta de uma supremacia constitucional, eles deveriam elaborar a legislação de acordo com os preceitos constitucionais superiores. Assim, partindo da segunda premissa básica de que toda hierarquia necessita de alguma forma de controle, uma instituição afastada da política ordinária deveria garantir que os representantes eleitos fossem fiéis aos preceitos constitucionais em sua essência. Em conclusão, considerando a estrutura aparentemente neutra e a característica da independência, surge o Judiciário naturalmente como a instituição adequada para desempenhar o papel de guarda da Constituição e de proteção da vontade do poder constituinte de forma definitiva, longe da pressão popular momentânea e da instabilidade política¹⁵. A crítica mais contundente a este entendimento é no sentido de que atribuir a função de intérprete único (monopólio judicial) ou último (supremacia judicial) ao Poder Judiciário por conta de sua suposta função transcendente de “guardião da Constituição” ou de seu suposto acesso especial à vontade do poder constituinte originário significaria aceitar toda e qualquer decisão judicial como legítima, mesmo que ela atente aos direitos fundamentais e aos princípios básicos da democracia¹⁶.

Mais contemporaneamente, a defesa por um controle judicial mais forte ou por uma supremacia judicial vem sendo construída em bases mais sofisticadas, mas igualmente com déficits democráticos, merecendo referência duas importantes teorias: a *teoria de proteção de*

¹³ STF, Pleno, ADI 2860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006, p. 37.

¹⁴ HAMILTON, Alexander. *Federalist n. 78*. In: ROSSITER, Clinton (ed.). **The Federalist Papers**. New York: New American Library, 1961, p. 465-469

¹⁵ WHITTINGTON, Keith. *Extrajudicial constitutional interpretation: Three objections and responses*. **North Carolina Law Review**, vol. 80, p. 773-851, 2002, p. 774.

¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. Op. cit., p. 23.

direitos básicos e a teoria da determinação. A primeira tese, que atribuí ao Judiciário a tarefa de protetor dos direitos fundamentais, talvez seja a mais poderosa defesa da supremacia judicial já formulada, tendo sido acolhida pelo notável Ronald Dworkin. Segundo os seguidores desta corrente de pensamento, os direitos fundamentais, vistos, antes de tudo, como parcela mínima de não intervenção do Estado nos interesses do indivíduo, deveriam ficar fora de qualquer intervenção da política majoritária, uma vez que são considerados “*trunfos*” contra os excessos da maioria¹⁷. Por outro lado, as cortes, por serem instituições externas à política, serviriam como um local de prevalência da razão, um “*fórum de princípio*” nas palavras de Dworkin, em que poderiam ser examinados e construídos os limites e conteúdos dos direitos fundamentais de maneira neutra¹⁸.

Por razões um pouco diversas, Larry Alexander e Frederick Schauer também defenderam uma supremacia judicial, ficando conhecida a tese dos autores como a *teoria do assentamento ou da determinação (settlement theory)*. Segundo os dois autores, para que os indivíduos possam conviver de forma autônoma e produtiva na sociedade, suas expectativas e interesses devem ser relativamente estáveis. Assim, seria imprescindível que o sentido das leis e da Constituição fosse facilmente compreendido por todos, uma vez que os indivíduos baseiam suas decisões nesse conjunto de normas reinante em determinada sociedade. Nesta linha, os autores acreditam que, ao se estabelecer nas cortes a autoridade para interpretar por último a Constituição, haveria uma grande contribuição para a estabilidade política, já que a *autoridade de determinação* forneceria para aqueles que não concordam integralmente com os termos da decisão, razões para obedecê-la, mesmo quando não houvesse concordância com o seu conteúdo¹⁹. Assim, seria através da *determinação do direito* pela autoridade judicial que poderiam ser induzidos comportamentos cooperativos socialmente benéficos e fornecidas soluções para problemas de coordenação²⁰. Como consequência desse raciocínio, Alexander e

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 57-60, 88, 110-11; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 131-149. DWORKIN, Ronald. **Life's dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom**. New York: Vintage Books, 1993, p. 120 (afirmando que “[f]or all practical purposes, the federal courts, and finally the Supreme Court, have the last word about what rights the Constitution affirms and protects, and what the national and state governments therefore cannot do”).

¹⁹ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. **Constitutional Commentary**, vol. 17, p. 455-482, 2000, p. 456-458; SCHAUER, Frederick. *Judicial supremacy and the modest constitution*. **California Law Review**, vol. 92, p. 1045-1067, 2004.

²⁰ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *On extrajudicial constitutional interpretation*. **Harvard Law Review**, vol. 110, p. 1359-1387, 1997, p. 1371 (afirmando que “[l]aw, therefore, provides the benefits of authoritative settlement, as well as the related but still content-independent benefits of inducing socially

Schauer mostram-se contrários a qualquer forma de interpretação constitucional que atribua a diversas instâncias uma interpretação conjunta do significado da Constituição. Ao se referir ao “*protestantismo constitucional*” de Sanford Levinson²¹, os autores afirmaram que uma interpretação constitucional deste tipo representaria uma anarquia interpretativa ao não produzir um significado preciso da Constituição²².

Como se percebe, seja a teoria do guardião, ou do protetor de direitos básicos ou da determinação, todas buscaram justificar a última palavra na interpretação constitucional do Judiciário sem, contudo, estabelecer alguma forma de participação de outras instituições ou mesmo do povo na extração de sentido da Constituição. E mais do que isso, tais teorias vislumbraram no controle e na supremacia judicial formas lógicas e naturais de arranjo institucional do constitucionalismo, o que não parece ser adequado do ponto de vista da democracia deliberativa e da lógica da descentralização e da contenção do poder político. Analisando o direito constitucional de diversos países e suas histórias, não se pode ignorar o fato de a supremacia judicial não ter sido essencial para evitar os excessos dos outros poderes, para proteger direitos fundamentais da minoria ou para trazer uma abstrata segurança jurídica aos particulares. Por outro lado, diversos países democráticos e engajados com a promoção dos direitos humanos possuem um controle judicial mais fraco, sem a presença da supremacia judicial, havendo aqueles, inclusive, que sequer possuem um controle judicial de constitucionalidade. A questão que se deve discutir, portanto, não é a respeito da necessidade do controle judicial (porque este não se mostra absolutamente necessário), mas sim a respeito de, em que medida, essa forma de controle poderá ser útil para o arranjo institucional da comunidade política na implementação da democracia deliberativa e na proteção de direitos fundamentais.

beneficial cooperative behavior and providing solutions to Prisoner's Dilemmas and other problems of coordination”).

²¹ Ao propor uma interpretação descentralizada da Constituição, Levinson diferenciou a interpretação “protestante” da “católica”. O *intérprete constitucional protestante*, segundo ele, seria aquele que se apresenta apenas como um guia para que cada indivíduo possa encontrar sua própria interpretação do texto sagrado. Por outro lado, o *intérprete constitucional católico* seria aquele que acredita que a interpretação requer uma análise do texto em conjunto com as tradições, devendo ser, assim, respeitadas as determinações passadas sobre o significado do texto constitucional (LEVINSON, Sanford. **Constitutional faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988).

²² ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **On extrajudicial constitutional interpretation**. Op. cit., p. 1379 (afirmando que “[p]rotestantism” in constitutional interpretation - interpretive anarchy - produces no settled meaning of the Constitution and thus no settlement of what is to be done with respect to our most important affairs”).

3.2.2. O poder menos perigoso?

Algumas teorias prescrevem o que os juízes “devem fazer” e medem a atividade jurisdicional conforme este padrão normativo. Contudo, ainda que se tenha a pretensão de formular a teoria mais idealizada possível, qualquer elaboração normativa deverá ser feita com os olhos voltados minimamente para a realidade e para suas possibilidades fáticas, tendo em vista que não se pode prescrever um ideal voltado para deuses e anjos, sob pena de se ter uma teoria totalmente inaplicável no mundo real e sem utilidade prática para o desenvolvimento do Direito Constitucional e das instituições políticas. Por esta razão, ainda que não aceitemos uma teoria meramente descritiva como adequada para estabelecer o arranjo institucional de uma sociedade, a análise das circunstâncias fáticas e do contexto político em que estamos inseridos é determinante para que se construa uma teoria prescritiva minimamente eficaz e efetiva. Assim sendo, em se adotando um viés minimamente descritivo, ficaríamos surpresos em saber que, em grande parte dos casos que lhes são submetidos, os juízes são limitados por fatores extranormativos e, por conta disso, não conseguem interpretar as leis, mesmo aquelas mais abstratas e indeterminadas, conforme o sua própria convicção, consciência ou mesmo conforme seu próprio interesse pessoal ou político tal como defenderam alguns membros do *realismo jurídico*²³ ou dos *critical legal studies*²⁴. Em verdade, os juízes são necessariamente limitados pelo sistema político que os rodeia, havendo diversos elementos extranormativos que limitam seu poder, elementos esses que foram denominados por Barry Friedman como “*círculos concêntricos de influência e restrição*”²⁵. Primeiro, o juiz está imerso em uma interação estratégica com outros juízes em uma estrutura hierarquizada, onde sua vontade irá prevalecer apenas se houver o acordo da instância

²³ Os adeptos do realismo jurídico, diferentemente dos defensores do formalismo jurídico, recusavam a ideia de que os juízes não criavam o direito, mas apenas aplicavam a lei. Afirmavam eles que as disposições legais abstratas e indeterminadas não tinham condição de apresentar apenas uma resposta para os problemas concretos de forma precisa. Desse modo, não tendo as normas legais capacidade de restringir as escolhas dos juízes, tais escolhas seriam necessariamente baseadas nas crenças, nas intuições ou nas preferências dos juízes sobre o que era certo ou errado.

²⁴ Retomando as ideias do realismo jurídico e da visão de que a lei não estabelece um sentido preciso, os adeptos dos *critical legal studies* defenderam a premissa de que as decisões judiciais eram extremamente políticas e o discurso jurídico era utilizado apenas para encobrir os reais motivos políticos da decisão, sendo o Estado de Direito apenas um “*myth designed to maintain the illegitimate domination of society by the economically and politically powerful*” (HASNAS, John. *Back to the future: From critical legal studies forward to legal realism, or how not to miss the point of the indeterminacy argument*. **Duke Law Journal**, vol. 45, p. 84-132, 1995, p. 85) ou “*merely cloaks power in the garb of right*” (TRUBEK, David. *Where the action is: Critical legal studies and empiricism*. **Stanford Law Review**, vol. 36, n. 1/2, p. 575-622, 1984, p. 595).

²⁵ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and judicial review*. **Michigan Law Review**, vol. 91, n. 4, p. 577-682, 1993, p. 580-581.

recursal superior ou se houver o convencimento de seus próprios pares em um colegiado. Segundo, o poder do juiz é limitado pela pressão exercida pelas outras instâncias políticas e, sobretudo, pela opinião pública²⁶. Terceiro, as possibilidades de descumprimento ou de dificuldade fática de implementação da decisão irão moldar a vontade do juiz, fazendo com que as decisões sejam fornecidas em menor medida ou com baixa eficácia na tentativa de manutenção do prestígio e do poder judicial²⁷.

De uma forma geral, o Judiciário, para valer suas decisões, necessita da cooperação de outros órgãos e instituições, sendo certo, tal como afirmado acima, que as possibilidades de descumprimento ou de dificuldade fática de implementação irão afetar decisivamente a vontade das cortes. Depois que a Suprema Corte norte-americana emitiu uma decisão contrária a seu interesse, Andrew Jackson, ex-presidente dos Estados Unidos, discordando veementemente daquela decisão, afirmou o seguinte: “John Marshall tomou sua decisão, agora deixe-o impô-la”. O discurso demonstra bem que nem mesmo o tribunal mais poderoso do mundo tem o poder de valer suas decisões por si só, dependendo da atuação e da boa vontade dos outros poderes. O Judiciário, então, nas palavras de Alexander Hamilton, seria o *poder menos perigoso*, já que não tem nenhuma influência sobre a *força da espada* ou sobre a *riqueza do orçamento*, dependendo da ajuda do “braço do executivo, mesmo para a eficácia de seus julgamentos”²⁸. Para ilustrar o afirmado, dois exemplos devem ser mencionados.

²⁶ Existem diversos exemplos de como a interpretação das cortes são influenciadas pela opinião pública. No constitucionalismo brasileiro, pode ser mencionada a alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da *execução provisória da pena* no processo penal. Apesar de ter consolidado, em 2009, a impossibilidade de se executar sentença ou acórdão condenatório antes do trânsito em julgado; menos de uma década depois, o Supremo Tribunal Federal, por conta de um claro anseio popular, alterou sua posição e se manifestou no sentido de que execução provisória “de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (STF, Pleno, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17.5.2016). Em relação a questões morais divergentes, um exemplo do constitucionalismo norte-americano também é relevante. Em 1986, a Suprema Corte norte-americana afirmou, no precedente *Bower v. Hardwick*, que as leis estaduais que criminalizavam a sodomia eram constitucionais, seguindo a opinião pública predominante naquele momento que se mostrava favorável à criminalização. No entanto, em 2003, no precedente *Lawrence v. Texas*, a mesma Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade daquela criminalização, mais uma vez seguindo a opinião pública que havia alterado sua posição de 1986 até então. Sobre essa mudança da opinião pública e o seu reflexo na Suprema Corte, v. KLARMAN, Michael. *Brown and Lawrence (and Goodridge)*. **Michigan Law Review**, vol. 104, p. 431-489, 2005 (ressaltando que Lawrence não criou um novo movimento para a reforma social, mas se baseou em movimentos que já adquiriam impulso significativo no momento em que as pretensões chegaram a Suprema Corte).

²⁷ De forma semelhante, Luís Roberto Barroso apontou os seguintes fatores extrajudiciais que poderão influenciar as decisões judiciais: a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial – Direito e política no Brasil contemporâneo*. In: Idem. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 269 e ss).

²⁸ HAMILTON, Alexander. **Federalist n. 78**. Op. cit., p. 465 (“*The judiciary, on the contrary, has no influence*

Primeiro, em 16 de maio de 1995, o Tribunal Constitucional alemão declarou inconstitucional uma lei da Bavária de 1983 que previa a exposição de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas²⁹. No entanto, a decisão judicial permaneceu durante muito tempo sem consequências práticas, tendo em vista a insuficiência do Tribunal em dar eficácia para suas decisões. Segundo, nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte norte-americana, através de diversas decisões³⁰, negou validade a medidas implementadas pelo governo de Franklin Delano Roosevelt relacionadas ao *New Deal*, programa político cujo propósito era combater a crise econômica iniciada em 1929. Após ser reeleito para o segundo mandato presidencial, Roosevelt saiu fortalecido perante a opinião pública e resolveu investir ataques contra a postura conservadora da Suprema Corte, dando origem ao exemplo mais famoso de ataque institucional ao Judiciário do constitucionalismo. No dia 5 de fevereiro de 1937, Roosevelt, então, propôs ao Congresso uma lei contendo diversas medidas para que ala conservadora da Corte deixasse de ser a maioria, formulando o que ficou conhecido como “*Plano de Empacotamento da Corte*” (*Court-Packing Plan*). A mudança de postura da Suprema Corte foi rápida. Já no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), pouco mais de um mês após o anúncio do Plano, o *justice* Owen Roberts mudou seu entendimento, alterando, assim, a maioria da Corte a favor do *New Deal*, mudança essa que ficou conhecida como “*the switch in time that saved nine*”.

O Plano de Empacotamento pode ser o exemplo mais famoso de um conflito político severo entre o Judiciário e outro Poder, mas não é o único. Dependendo do quadro institucional, o ataque também virá do Poder Legislativo que poderá restringir as competências dos tribunais, reduzir o orçamento do Judiciário, limitar os salários dos juízes, redefinir as regras de ingresso na magistratura ou nos tribunais, estabelecer mandatos temporários para a função de membro das cortes superiores ou mesmo tipificar determinadas condutas para impedir uma atuação mais proativa dos juízes. Dessa forma, pode-se dizer que, com recursos institucionais limitados, os tribunais são dependentes da boa vontade dos

over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.”)

²⁹ BVerfGE (Tribunal Constitucional Federal) 93, 1, *Kruzifix* (Crucifixo), de 16.05.1995.

³⁰ Suprema Corte dos EUA, *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935); Suprema Corte dos EUA, *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* 295 U.S. 555 (1935); Suprema Corte dos EUA, *Humphrey's Executor v. United States* 295 U.S. 602 (1935); Suprema Corte dos EUA, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); Suprema Corte dos EUA, *Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936); Suprema Corte dos EUA, *Ashton v. Cameron County Water District*, 298 U.S. 513 (1936); Suprema Corte dos EUA, *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936).

cidadãos e de outras instituições para que suas decisões sejam efetivamente implementadas. Mais do que isso: uma vez que os tribunais eventualmente tomam decisões contrárias às preferências da maioria (decisões contramajoritárias), o Judiciário, mais do que qualquer outra instituição política, necessita, nas palavras de David Easton, de um reservatório profundo de boa vontade das outras instituições, devendo contar, muitas vezes, com um apoio popular na instituição e não só na decisão específica³¹. Explicaremos um pouco mais este ponto.

Em uma democracia, as pessoas não estarão satisfeitas o tempo todo com a atuação de todas as instituições políticas. Pensando nessa circunstância, David Easton desenvolveu os conceitos de “apoio específico” e “apoio difuso” para saber se os indivíduos permanecerão leais às instituições no caso de eventual desacordo político. Easton conceituou o “apoio” ou “suporte” como uma atitude pela qual uma pessoa se orienta para um objeto de forma favorável ou desfavorável, e de forma positiva ou negativa. Segundo ele, as instituições políticas necessitam de certa quantidade de apoio político para persistir e florescer, ou seja, necessitam de certo “reservatório de boas vontades”³². Partindo dessa premissa, Easton, então, diferenciou o “apoio específico” do “apoio difuso”. O primeiro consistiria em um conjunto de atitudes em relação a uma instituição baseada na concordância em políticas ou ações particulares. O segundo, por outro lado, referir-se-ia a um “reservatório de atitudes favoráveis ou de boas vontades que ajudam os membros a aceitar ou tolerar os resultados aos quais se opõem ou os efeitos que eles consideram prejudiciais para seus interesses”³³.

O Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade em face da maioria política, necessitará, então, de um grande reservatório de boa vontade, ou apoio difuso, para que sua decisão seja plenamente cumprida e respeitada. É o apoio difuso, em última análise, que garantirá que as decisões judiciais serão obedecidas mesmo que não haja uma aceitação popular ou institucional em relação a algum ponto específico da decisão. Se um tribunal não tiver aceitação e apoio difuso, as instâncias políticas que se opõem à implementação das decisões do tribunal terão grande margem de atuação quando não quiserem implementar determinada decisão que não tenha um apoio popular específico. Dessa forma, pode-se dizer que a legitimidade específica em decisões contramajoritárias das cortes dependerá

³¹ CALDEIRA, Gregory; GIBSON, James; BAIRD, Vanessa. *On the legitimacy of National High Courts*. **American Journal of Political Science**, vol. 92, n. 2, p. 343-358, 1998, p. 343.

³² EASTON, David. **A systems analysis of political life**. New York: Wiley, 1965; EASTON, David. *A re-assessment of the concept of political support*. **British Journal of Political Science**, vol. 5, p. 435-457, 1975.

³³ EASTON, David. **A systems analysis of political life**. Op. cit., p. 273

necessariamente do apoio popular difuso sobre a instituição judiciária.

Por outro lado, também o apoio popular difuso nas cortes dependerá de uma certa dose de apoio específico, devendo a Corte Constitucional, assim, ter um razoável reservatório de decisões que se coadunem com a vontade da maioria para poder proferir uma decisão contramajoritária ou politicamente divergente no futuro. Do mesmo modo, se a Corte tomar decisões que possuam uma forte resistência popular, também perderá alguma dose de apoio difuso. Como bem colocaram Robert Post e Reva Siegel, a autoridade dos juízes (em verdade, de todos os funcionários do governo) depende da confiança dos cidadãos de que os tribunais interpretam a Constituição de modo que não divirja das convicções profundas que eles possuem. Caso haja uma constante divergência, os cidadãos encontrarão maneiras de comunicar suas objeções e até resistir aos julgamentos judiciais³⁴. De qualquer forma, a intercalação de apoio difuso e apoio específico é um processo complexo e longo: uma só decisão impopular não terá a capacidade, por si só, de acabar ou restringir drasticamente um grande apoio difuso.

Em suma, o apoio popular difuso é um instrumento político crucial para o Judiciário exercer seu controle de constitucionalidade de forma efetiva, já que somente através dele é que os tribunais podem tomar decisões que reputam corretas, mas que não sejam favoráveis aos interesses da maioria política. Dois exemplos podem exprimir bem essa relação. Imaginem duas Cortes Constitucionais diversas, inseridas em contextos políticos diversos. No primeiro exemplo, a Corte Constitucional possui amplos poderes para declarar inválidos os atos do legislador por reputar incompatíveis com as normas constitucionais. A população, de um modo geral, vê na Corte um importante instrumento de contenção do arbítrio dos outros poderes, de proteção dos direitos mínimos do indivíduo e de resguardo da democracia. Existe um amplo apoio difuso em suas decisões, mesmo que, em alguns casos, a maioria da população não concorde com o resultado final aplicado ao caso. Neste cenário, as decisões dos órgãos políticos, como consequência, se acomodam de forma antecipada à vontade da Corte Constitucional. No segundo exemplo, a Corte Constitucional possui igualmente poderes para declarar inválida a escolha do legislador. Contudo, diferentemente do primeiro exemplo, o povo não confia de forma suficiente nos juízes, tendo maior afeição com os órgãos representativos. O apoio difuso, assim, é bem menor que no primeiro caso, sendo que as decisões contrárias à opinião da maioria serão vindas com uma margem maior de crítica e, em casos extremos, a decisão será descumprida, inclusive, com o estabelecimento de mecanismos

³⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007.

de “empacotamento” da Corte. Neste exemplo, diversamente do anterior, são as decisões da corte que se acomodarão às expectativas das outras instituições ou da opinião pública, havendo uma natural contenção judicial para preservação de seu poder ou mesmo da sua existência.

Os dois exemplos mencionados acima representam situações que podem efetivamente ocorrer no contexto político de qualquer sociedade política, mesmo daquelas que pregam pelo princípio democrático, pela proteção dos direitos humanos e pela descentralização e limitação do poder político. Chegamos, então, à conclusão parcial de que nem todas as sociedades políticas tem (ou devem ter) o mesmo modelo político e institucional de concretização e de regulamentação das normas constitucionais. Em última análise, o arranjo político não está estabelecido em um transcendente direito natural ou esculpido em pedra milenar. Ele dependerá das circunstâncias sociais políticas variáveis no tempo e no espaço. Claro que (e não devemos deixar de mencionar) os dois exemplos acima representam extremos binários, sendo correto dizer que existem infinitas possibilidades do grau de intervenção e acomodação de cada instituição nas decisões políticas comunitárias. De qualquer maneira, percebe-se que, em sociedades democráticas, o apoio popular difuso que cada instituição possui será altamente relevante para o estabelecimento dessa forma de arranjo. Se a população entender, então, que o Judiciário efetivamente é instrumento de contenção do arbítrio dos outros poderes, de proteção dos direitos mínimos do cidadão e de resguardo da democracia deliberativa³⁵, o apoio popular às cortes será em um nível elevado a ponto de permitir que decisões contramajoritárias ou transformativas sejam formuladas e implementadas. Por esta razão, juízes e tribunais têm de formular estratégias para dissipar a suspeita de que estão tomando decisões políticas ou de forma parcial³⁶⁻³⁷.

³⁵ CALDEIRA, Gregory; GIBSON, James; BAIRD, Vanessa. **On the legitimacy of National High Courts**. Op. cit., 1998, p. 345 (afirmando que “conhecer os tribunais é amá-los, porque conhecê-los é ser exposto a uma série de mensagens legítimas focadas nos símbolos da justiça, objetividade judicial e imparcialidade”).

³⁶ PETERSEN, Niels. **Proporcionalidade e ativismo judicial: Adjudicação de direitos fundamentais no Canadá, Alemanha e África do Sul**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67.

³⁷ Mesmo na academia, existem aqueles que veem com indignação decisões que se pautam em argumentos que não sejam “encontradas na lei” ou que não sejam a “precisa declaração da lei”, mas decorram do poder criativo do juiz ou que representem, de alguma forma, as convicções pessoais dos juízes (v. STRECK, Lenio Luiz. **O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em 05 dez. 2017). Como se observa, esta doutrina transita entre o “Pesadelo” e o “Nobre sonho”. Segundo Hart, “o Pesadelo” seria aquela imagem da doutrina que entende que o juiz não possui nenhum poder criativo, devendo apenas aplicar a lei. Esta imagem, segundo o autor, seria uma “ilusão e as expectativas que ela desperta estão condenadas ao desapontamento”, uma vez que os juízes efetivamente criam o direito que aplicam às partes, não sendo meros declaradores imparciais e objetivos da lei. Por outro lado, o “nobre sonho” representaria a crença de que seria possível, apesar do que se vê na realidade, da construção de uma decisão judicial que seja pautada por uma única norma aplicável ao caso e que seria retirado de todo o sistema jurídico

Neste cenário, mostra-se importante o desenvolvimento de uma argumentação jurídica diversa da argumentação política³⁸, devendo os juízes elaborar suas decisões através de razões que todos aceitem como justas e adequadas para solucionar o caso, assim como através de um método hermenêutico racional e consensual que traga alguma forma de transparência e objetividade à interpretação judicial. Assim sendo, acreditamos que, não só para o incremento da democracia, mas também para manutenção de sua própria função institucional e ampliação da capacidade de exercê-la de forma adequada, o Judiciário deve, sempre que possível, pautar suas decisões (majoritárias ou contramajoritárias, mas sobretudo estas últimas) em argumentos que transpareçam as *razões públicas*, bem como utilizar um procedimento interpretativo que seja racional e aceito como transparente e minimamente objetivo, tal como ocorre com o método da *proporcionalidade*.

3.2.3. A dificuldade contramajoritária e a legitimidade do controle judicial

A principal queixa contra a revisão judicial e, sobretudo, contra a supremacia judicial consiste na percepção de que os membros do Judiciário, mesmo não sendo escolhidos e legitimados pelo voto popular, são autorizados a “revogar” ou “invalidar” atos daqueles que efetivamente foram escolhidos através do voto popular a governar a todos. Assim, agindo contra a vontade dos representantes do povo, o Judiciário estaria, na visão dos críticos, operando contra a democracia e contra a ideia de governo popular ou autogoverno. No contexto brasileiro, a crítica é igualmente oportuna, já que os membros do Judiciário não são pessoas que foram escolhidas diretamente pelos cidadãos para exercerem suas funções públicas. Grande parte dos membros do Judiciário, inclusive, sequer indiretamente foram indicados pelo povo, já que, em nosso sistema jurisdicional, a ampla maioria dos membros do Judiciário ingressa na carreira através de concurso público de provas e títulos (art. 93, I,

(HART, Herbert L. A. *American jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream. Georgia Law Review*, vol. 11, n. 5, p. 969-989, 1977).

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Op. cit., p. 90 (afirmando que “*arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal*”). Apesar de grande parte dos autores utilizarem a definição de Ronald Dworkin para distinguir *argumento de princípio* de *argumento de política*, entendemos que a distinção é um tanto quanto confusa e indeterminada. Melhor seria dizer que argumento de princípio é aquele pautado por alguma racionalidade jurídica, enquanto que o argumento de política é baseado exclusivamente em questões de bem-estar coletivo). No entanto, mesmo assim não teríamos uma precisão semântica. Isso porque, considerando a extrema constitucionalização de valores e fins coletivos, a divisão entre as duas formas de argumento fica deveras nebulosa.

CRFB). Como se não bastasse, considerando o perfil predominantemente elitista dos juízes³⁹ e a linguagem jurídica altamente limitadora utilizada nos tribunais, a conclusão é de que o Judiciário não possui capacidade suficiente para representar todos os grupos sociais presentes em uma comunidade pluralista. Claro que, no caso brasileiro, a participação do Judiciário nas decisões políticas é decorrência do arranjo estabelecido pela Constituição, documento legítimo elaborado em um “momento constitucional”⁴⁰, que expressamente confere a competência da revisão constitucional às cortes e atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de “guardião da Constituição” (art. 102, CRFB). Contudo, se, por um lado, a revisão judicial está presente na própria Constituição, o que impede qualquer interpretação que pretenda excluí-la, por outro lado, não existe qualquer esclarecimento no texto constitucional a respeito do grau de intervenção do Judiciário e da definitividade da decisão judicial, deixando a dúvida como deve ser esse tipo de controle em um contexto democrático e representativo⁴¹.

O termo *dificuldade contramajoritária*, usado para expressar o conflito que o controle judicial possui com a democracia representativa, foi cunhado pela primeira vez por Alexander Bickel⁴², tendo sido desenvolvido posteriormente por John Hart Ely⁴³. De lá para cá, o debate

³⁹ FALLON JR., Richard. *The core of an uneasy case for judicial review*. **Harvard Law Review**, vol. 121, n. 7, p. 1693-1736, 2008, p. 1697 (ressaltando que, praticamente sem exceção, juízes são membros das classes média e superior); FERREJOHN, John. *Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence*. **Southern California Law Review**, vol. 72, p. 353-384, 1999, p. 369 (observando que “*is also clear that judges are not evenly drawn from all segments of society and, however well motivated they may be, they are likely to bring to their work the perceptions of an upper middle class, educated, largely male, and largely white elite*”); BALKIN, Jack. *How social movements change (or fail to change) the Constitution: The case of the new departure*. **Suffolk University Law Review**, vol. 39, p. 27-65, 2005, p. 33 (afirmando as mudanças das normas sociais sobre os direitos reprodutivos da mulher com *Roe v. Wade* decorrerem da mudança dos valores da elite, da qual os juízes federais e dos *justices* da Suprema Corte estavam inseridos).

⁴⁰ O “momento constitucional” seria aquele contexto político em que os cidadãos possuem um maior comprometimento cívico e buscam, através de posturas deliberativas, um maior engajamento constitucional. Segundo Bruce Ackerman, as decisões do povo neste contexto ocorrem raramente e sob condições constitucionais especiais. Assim é que “[b]efore gaining the authority to make supreme law in the name of the People, a movement’s political partisans must, first, convince an extraordinary number of their fellow citizens to take their proposed initiative with a seriousness that they do not normally accord to politics; second, they must allow their opponents a fair opportunity to organize their own forces; third, they must convince a majority of their fellow Americans to support their initiative as its merits are discussed, time and again, in the deliberative fora provided for ‘higher lawmaking’” (ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1991, p. 6)

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 79 (afirmando que no Brasil “o debate que tem relevo prático não é aquele concernente à adoção ou rejeição do instituto [revisão judicial] – afinal, essa questão já foi decidida pelo poder constituinte originário –, mas sim sobre a maneira e intensidade com que os juízes, em geral, e o STF, em particular, devem empregá-lo”).

⁴² BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1962.

⁴³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

a respeito da dificuldade contramajoritária tem sido apontado como uma “grande obsessão do constitucionalismo norte-americano”⁴⁴, sendo “o tema provavelmente dominante no debate jurídico contemporâneo sobre o controle judicial de constitucionalidade”⁴⁵. A tese é muito simples e já foi exposta anteriormente. Em uma democracia, todo poder político pertence ao povo, que é representado pelo poder legislativo eleito. Os juízes, porque não são eleitos, não representam a vontade democrática ou majoritária. Assim, quando juízes invalidam as decisões dos outros poderes com base nas normas constitucionais, sobretudo naquelas mais abstratas e indeterminadas, eles agem contrários às preferências da maioria e enfraquecem o princípio democrático. Para Alexander Bickel, por exemplo, quando os tribunais exercem o poder da revisão judicial para derrubar decisões feitas pelo Legislativo, seus atos entram necessariamente em conflito com o princípio fundamental do governo representativo e com o regime democrático. Claro que parece ser indubitosa a correção de uma decisão judicial pautada em valores e princípios constitucionais quando ela ocorre em evidente conformidade com a vontade popular, ainda que contrariamente aos interesses pessoais dos representantes eleitos. Em verdade, ficaríamos surpresos se analisássemos sistematicamente as decisões das Cortes Constitucionais e percebêssemos que a postura delas é muito mais a favor da maioria do povo que efetivamente contramajoritária⁴⁶. O real problema de conflito democrático ocorrerá quando os juízes invalidarem um ato dos representantes eleitos que estiver em consonância com a vontade popular. E será essa forma de conflito institucional que analisaremos nas páginas seguintes, sempre na busca por uma harmonia entre o controle judicial previsto na Constituição e a postura de respeito à democracia deliberativa e à vontade popular.

Não se pode avançar sem antes mencionar uma importante corrente doutrinária que possui forte influência no constitucionalismo norte-americano, sendo considerada ainda mais radical que a doutrina de Alexander Bickel. Com base na percepção da dificuldade democrática do Judiciário, um grupo de autores, cujo o nome se convencionou chamar de “*constitucionalismo popular*”, passou a defender a ideia de que são os cidadãos e não os juízes que devem interpretar a Constituição e, assim, a supremacia judicial ou até mesmo o

⁴⁴ FRIEDMAN, Barry. *The birth of an academic obsession: The history of countermajoritarian difficulty, Part Five*. **Yale Law Journal**, vol. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.

⁴⁵ RUBIN, Edward. *Judicial review and the right to resist*. **Georgetown Law Journal**, vol. 97, p. 61-118, 2008, p. 65; ACKERMAN, Bruce. *The Storrs lectures: discovering the constitution*. **Yale Law Journal**, vol. 93, p. 1013-1072, 1984, p. 1016 (afirmando que dificilmente um ano passa sem que algum autor não anuncie que teria descoberto a solução para a dificuldade contramajoritária ou, pior ainda, que a dificuldade contramajoritária seria insolúvel).

⁴⁶ LAIN, Corinna Barrett. *Upside-down judicial review*. **Georgetown Law Journal**, vol. 101, p. 113-183, 2012.

próprio controle judicial deveriam ser rejeitados no arranjo político do Estado. Por exemplo, Mark Tushnet, ainda que tenha temperado seu entendimento em obras mais recentes⁴⁷, já defendeu a tese de que deveria ser eliminada a competência das cortes em invalidar atos dos poderes representativos, decretando a conveniência de se estabelecer o fim do controle judicial⁴⁸. Conclusão semelhante foi formada por diversos autores, que também defenderam um papel bem mais modesto para as cortes, tal como Larry Kramer⁴⁹, Jeremy Waldron⁵⁰ e Richard Parker⁵¹.

Apesar dos respeitáveis autores que seguem a corrente do constitucionalismo popular, é inegável que essa visão extrema ao depositar muitas expectativas no legislador, tratando-o da mesma forma idealizada que alguns autores trataram o Judiciário como “guardião das promessas” ou “protetor de direitos”, apresenta diversos complicadores para a ordem constitucional e para o respeito aos direitos fundamentais, principalmente em sociedades em que há alguma forma de disfunção das instituições políticas tradicionais com um déficit de legitimidade dos representantes populares⁵²⁻⁵³. Além disso, apesar de o constitucionalismo popular ser visto por alguns como uma das mais importantes teorias constitucionais do

⁴⁷ TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. **Michigan Law Review**, vol. 101, p. 2781-2802, 2003; TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: Judicial review in social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008; TUSHNET, Mark. *The rise of weak-form judicial review*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011.

⁴⁸ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

⁴⁹ KRAMER, Larry. *The Supreme Court 2000 - Term forward: We the court*. **Harvard Law Review**, vol. 115, p. 05-169, 2001; KRAMER, Larry. **The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review**. Oxford and New York: Oxford University Press, 2004.

⁵⁰ WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. **Yale Law Journal**, vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

⁵¹ PARKER, Richard. *Here, the people rule: A constitutional populist manifesto*. **Valparaiso University Law Review**, vol. 27, n. 3, p. 531-584, 1993.

⁵² Para uma crítica ao constitucionalismo popular, v. CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review, the perils of popular constitutionalism*. **University of Illinois Law Review**, vol. n. 3, p. 673-690, 2004. Além disso, v. SHERRY, Suzana. *Putting law back to in constitutional law*. **Constitutional Commentary**, vol. 25, 2009, p. 463 (afirmando que “leaving constitutional decisions to the majority carries an unacceptably high risk of majority tyranny”); ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence. *Popular? Constitutionalism?* **Harvard Law Review**, vol. 118, p. 1594-1640, 2005 (afirmando que não haveria como “people themselves interpret and enforce the Constitution through direct action”).

⁵³ Até mesmo Jeremy Waldron, integrante do constitucionalismo popular, reconhece que talvez existam circunstâncias (patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de preconceito endêmico) que possam autorizar um controle judicial mais rigoroso, apesar de recusar um controle judicial como o “*epitome of respect for rights*” ou como “*a normal and normatively desirable element of modern constitutional democracy*” (WALDRON, Jeremy. **The core case against judicial review**. Op. cit., p. 1406).

constitucionalismo contemporâneo⁵⁴, a verdade é que não existe um pleno consenso sobre o que esta doutrina realmente representa, sendo difícil classificá-la como uma filosofia constitucional, uma técnica interpretativa ou um modelo de desenho institucional⁵⁵. No caso do constitucionalismo brasileiro, ainda que não seja possível a extinção do controle judicial por conta de sua previsão constitucional, é possível se cogitar na aplicação nas ideias base do constitucionalismo popular para afastar uma irrestrita supremacia judicial em detrimento de uma mais ampla deferência às instituições eleitorais. Todavia, mesmo neste caso, se não houver um abrandamento e se não houver uma postura reflexiva, o estabelecimento de um papel secundário para o Judiciário seria extremamente maléfico para uma “democracia de direitos”, já que, como bem apontou Rodrigo Brandão, o Judiciário em geral e o Supremo Tribunal Federal em particular têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira⁵⁶.

Observando o design democrático de qualquer sociedade política, a conclusão que teremos é de que, em maior ou menor grau, a democracia real não é simplesmente um reflexo perfeito da vontade da maioria nas eleições, mas uma interligação complexa de interesses e opiniões presentes em uma multiplicidade de grupos e instituições igualmente complexos que possuem um poder de influência em intensidades diversificadas⁵⁷. No entanto, os integrantes do constitucionalismo popular, de forma bastante idealizada, caracterizam o Legislativo e o Executivo como órgãos eminentemente democráticos, estabelecendo a premissa de que toda e qualquer tomada de decisão destes dois poderes reflete as preferências e as escolhas da maioria dos cidadãos. Indo na contramão desta corrente, uma rica literatura demonstra, com

⁵⁴ PURDY, Jedediah. *Presidential popular constitutionalism*. *Fordham Law Review*, vol. 77, p. 1837-1871, 2009, p. 1837 (afirmando que o constitucionalismo popular seria “*the most important and influential strand of recent constitutional theory*”).

⁵⁵ GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 38.

⁵⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. Op. cit., p. 202.

⁵⁷ Diversos fatores tornam o majoritarismo altamente improvável para fornecer uma agregação precisa de preferências da maioria comunitária, porém, um deles foi perfeitamente demonstrado pela “teoria das escolhas sociais”: a impossibilidade de formação da maioria quando ocorrer alternativas complexas e variadas (RIKER, William. **Liberalism against populism. A confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice**. Prospect Heights: Waveland Press, 1982). Segundo o “teorema da impossibilidade de Arrow”, formulado com base em aspectos econômicos, quando os eleitores possuem três ou mais alternativas distintas de escolha, a formação da maioria não é apenas complexa, mas seria ela impossível. Assim, pode-se dizer que, em um cenário de complexas soluções para o problema, nenhum sistema eleitoral pautado unicamente no voto pode expressar com clareza as preferências da maioria popular (ARROW, Kenneth. **Social choice and individual values**. New Haven: Yale University Press, 1951). Se somarmos ainda as complexidades e as incoerências geradas pelo sistema proporcional brasileiro de lista aberta e pelo modo de aprovação de uma proposição legislativa ordinária pela maioria dos membros da casa legislativa (maioria relativa), chegaremos a conclusão inevitável de que a representação democrática é uma mera ilusão.

base em fortes evidências concretas, que, não poucas vezes, os integrantes destes dois poderes supostamente democráticos e representativos não agem necessariamente em conformidade com a vontade da maioria, mas em conformidade com seus próprios interesses e convicções⁵⁸ ou em conformidade com os interesses de determinados grupos, política⁵⁹ ou economicamente⁶⁰, influentes.

Nesse contexto, parece extremamente ingênua a ideia de que o simples voto em um determinado candidato nas eleições faça com que, no exercício do mandato, haja uma fidelidade a todas as concepções políticas, morais ou ideológicas de seu eleitorado, até porque, em sociedades pluralistas, um indivíduo irá necessariamente pertencer a grupos diversificados que poderão, em algum momento, possuir interesses conflitantes. Desse modo, deve ser reconhecido que todas as instituições ou órgãos públicos, pouco importa se representativos direta ou indiretamente, em algum momento de sua existência, serão antidemocráticos⁶¹ e, infelizmente, a maioria do povo sequer saberá disso, já que, em grande parte dos assuntos tratados no Parlamento, haverá uma forma de controle popular bastante incipiente, com uma baixa atenção por parte dos cidadãos comuns⁶².

⁵⁸ CHEMERINSKY, Erwin. *The Vanishing Constitution*. **Harvard Law Review**, vol. 103, p. 43-104, 1989, p. 79.

⁵⁹ Segundo Robert Dahl, determinadas políticas específicas e relevantes, são, em verdade, produtos da “minorities rule” (DAHL, Robert. **A preface to democratic theory: expanded edition**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006, p. 133). No mesmo sentido, v. BARNES, Jeb. *Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine*. In: MILLER, Mark; BARNES, Jeb. **Making policy, making law: An interbranch perspective**. Washington: Georgetown University Press, 2004; SUNSTEIN, Cass. *Interest groups in American Public Law*. **Stanford Law Review**, vol. 38, p. 29-87, 1985, p. 48; TUSHNET, Mark. *Red, white and blue: a critical analysis of Constitutional Law*. **New York Law School Law Review**, vol. 34, p. 727-733, 1990. Muito desse poder político da minoria decorre do desinteresse e da desinformação que a maioria possui em determinadas matérias, o que irá influir decisivamente no peso de influência no processo político, fazendo prevalecer a vontade de grupos minoritários bem articulados, em detrimento da vontade de grupos difusos não articulados. Por exemplo, na questão do aborto voluntário, ainda que muitos de forma difusa entendam pela descriminalização parcial, não existe uma articulação de grupos pró-aborto tão evidente como ocorreu em movimentos sociais, sobretudo os feministas, de outros países. Por outro lado, grupos pró-vida de cunho religioso estão muito presentes na deliberação pública brasileira.

⁶⁰ Não se pode esquecer que, conforme as campanhas eleitorais vão começando a ficar caras e custosas, muitos candidatos começam a ficar dependentes de seus financiadores que, não poucas vezes, são grupos econômicos poderosos ou uma grande empresa que, de qualquer modo, exigirão uma postura favorável no futuro (cf. FORRESTER, Ray. *The new constitutional right to buy elections*. **American Bar Association Journal**, vol. 69, p. 1078-1082, 1983). Aliás, casos concretos de financiamento de campanha e de “Caixa 2” no contexto político brasileiro são claros exemplos de que o poder econômico pode ter grande influência nas eleições e podem moldar a vontade dos supostos representantes democráticos.

⁶¹ CHOPER, Jesse. *The Supreme Court and the political branches: Democratic theory and practice*. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 122, p. 810-858, 1973, p. 816.

⁶² CHEMERINSKY, Erwin. **The Vanishing Constitution**. Op. cit., p. 73; GEWIRTZMAN, Doni. *Glory Days: Popular constitutionalism, nostalgia, and the true nature of constitutional culture*. **Georgetown Law Journal**, vol. 93, p. 897-938, 2005, p. 899-900 (afirmando que “[m]any citizens engage constitutional culture with a declining sense of their ability to grasp critical issues in public life, influence policy outcomes, and perform basic self-governance tasks”).

De qualquer maneira, a dificuldade democrática sempre estará no encaixe dos juízes quando estiverem invalidando um ato das instituições representativas, sendo que algumas doutrinas ao invés de ignorar ou relevar o problema (como as teorias apresentadas no tópico anterior que defenderam a supremacia judicial), tentaram minorá-lo, propondo uma recondução democrática para a atuação jurisdicional. Vejamos, então, três grupos de teorias que seguiram esta linha: as teorias da democracia dualista, as teorias procedimentais e as teorias da legitimação posterior.

A primeira forma de recondução democrática foi a proposta clássica de divisão dualista entre a *vontade do povo ou do poder constituinte* e a *vontade do legislador ou do poder constituído*⁶³. Por esta visão, defendida por Alexander Hamilton, os juízes que aplicam a Constituição, vista como um contrato social popularmente deliberado e ratificado, não estão atuando de forma propriamente antidemocrática, já que estão, em última análise, implementando a verdadeira vontade do poder constituinte, cujos titulares são o próprio povo. Segundo Hamilton, a função do Judiciário seria, então, colocar um freio à deliberação popular ordinária que fosse contrária à lei superior do Estado⁶⁴. Tese semelhante, porém, mais sofisticada por apresentar a ideia sociológica de “momentos de mobilização popular”, foi defendida por Bruce Ackerman que também tentou resolver a questão da dificuldade contramajoritária através de uma visão dualista da democracia. No entanto, diferentemente de Hamilton, a proposta de Ackerman não possui em si um viés elitista de “freio da vontade popular”, defendendo esta uma visão bem mais cautelosa a respeito da postura judicial. Segundo Ackerman, o trabalho das cortes seria manter as escolhas da *política ordinária* (*ordinary politics*), a não ser que determinada ação ou medida violasse a *legislação superior* (*higher lawmaking*), que representaria aquelas escolhas e decisões tomadas pelas pessoas durante raros momentos de extraordinário consenso constitucional, os “momentos constitucionais”⁶⁵. Assim, considerando que as cortes, de ordinário, terão um padrão legislativo a seguir, Ackerman utilizou a metáfora de um trem que atravessa a História para descrever a tarefa jurisdicional. Segundo ele, enquanto os passageiros debatem sobre a escolha de um novo curso ou sobre novos engenheiros, a tarefa do juiz é apenas de permanecer no vagão, olhando para trás, mas não na locomotiva decidindo sobre a direção

⁶³ A divisão entre poder constituinte e poder constituído foi feita originariamente, no contexto da Revolução Francesa, por Emmanuel Sieyès, mas sem qualquer pretensão de se justificar a legitimidade do controle judicial (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 115-118).

⁶⁴ HAMILTON, Alexander. **Federalist n. 78**. Op. cit., p. 465-469.

⁶⁵ ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1991.

que o trem deve tomar em cada intercessão⁶⁶.

Seguindo outro caminho que não a divisão binária da democracia, uma outra teoria defendeu a tese de que a legitimidade dos juízes, no controle judicial de constitucionalidade, não provém do ato de investidura tal como ocorre com os membros do Legislativo, senão da utilização, nas decisões judiciais, (i) das consequências políticas⁶⁷ e dos fins visados⁶⁸ em adequação com as reivindicações populares ou (ii) da argumentação voltada para o convencimento e com a utilização de razões que todos poderiam aceitar⁶⁹. Esta corrente parte da premissa de que um conceito adequado de democracia deve compreender não apenas a decisão política em si e, tampouco, a escolha daqueles que elaboram a decisão, mas também a sua justificativa e sua conformidade com os anseios populares, devendo a legitimidade de qualquer instituição, mesmo a do Parlamento, ser determinada não só por decisões expressas em eleições e votos, mas também pelo efetivo apoio popular específico e pelo acolhimento popular dos argumentos⁷⁰. Alguns autores, inclusive, propõem um conceito dilatado de representação, de modo a abranger não só a representação eleitoral, mas a abranger, sobretudo, um conceito de *representação pelo resultado*, voltado para as consequências políticas de determinada atividade e sua correspondência com as demandas presentes na sociedade⁷¹ ou para um conceito de *representação argumentativa*, voltada para uma

⁶⁶ Idem. *Constitutional Politics/Constitutional Law*. **Yale Law Journal**, vol. 99, n. 3, p. 453-547, 1989, p. 546 (afirmando que os juízes devem “*remain in the caboose, looking backward – not in the locomotive arguing over the direction the train should be taking at the next crossroads*”). Uma crítica que pode ser feita à postura de Ackerman é que as mudanças constitucionais não são operadas através de marcos, mas são construídas paulatinamente no âmago da sociedade. O Judiciário, assim, não deveria ter um trabalho simples de olhar o passado, mas deveria sempre olhar o presente, buscando soluções para o futuro. Cf. WINTER, Steven. *Indeterminacy and incommensurability in Constitutional Law*. **California Law Review**, vol. 78, n. 6, p. 1441-1541, 1990, p. 1522 (afirmando que os juízes “*are in the thick of it-always on the freeway and always looking forward, backward, and side-to-side at all the other drivers*”).

⁶⁷ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit., p. 176.

⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46 (denominando de *democracia material* aquele arranjo que não se satisfaz apenas com as “formalidades procedimentais para a escolha dos políticos, mas pela adoção de novos instrumentos de aferição dos resultados [controle de eficiência] e de participação na escolha das políticas e para a confirmação de que elas estão sendo executadas a contento [controle social]”).

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, n. 4, p. 572-582, 2005, p. 579.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 23 (afirmando que “[n]o arranjo constitucional contemporâneo, em que se dá a confluência entre a democracia representativa e a democracia deliberativa, o exercício do poder e da autoridade é legitimado por votos e por argumentos”).

⁷¹ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit., p. 176.

legitimação discursiva construída através de razões e argumentos⁷². Por estas perspectivas, o Judiciário, apesar de não ter uma *legitimação ex ante*, poderia produzir uma *legitimação ex post*, construída a partir de seus atos e de sua postura.

Apesar da visão correta de que a democracia não se resume à escolha de representantes nas eleições, a ideia de que o Judiciário é um órgão eminentemente representativo deve ser vista com certas reservas, não podendo ser usada para retirar a legitimidade daqueles que foram eleitos pelo voto da maioria para lidar com questões de política ordinária, nem para que se estabeleça uma legitimação automática daqueles que utilizam argumentos convincentes pautados em consensos abstratos⁷³. Neste último caso, considerando a indeterminação e a abertura das normas constitucionais, esta suposta representação argumentativa poderia legitimar toda e qualquer decisão judicial, criando uma automática e artificial legitimidade judicial. Por outro lado, de forma bastante paradoxal, a tese ainda pode usada para retirar a própria legitimidade das decisões judiciais que não obtiverem apoio popular após a sua publicação. Se afirmamos que a legitimidade do Judiciário é construída pela argumentação e pelo convencimento, então significa que, sempre que os juízes não conseguirem convencer seus representados, havendo uma forte opinião popular em sentido oposto à decisão, teríamos uma decisão ilegítima? Esses problemas fazem com que a tese não seja muito bem recebida por parcela relevante da doutrina⁷⁴.

É inegável que, como qualquer instituição pública, em um contexto democrático e republicano, o Judiciário deve ser sempre um órgão que preste contas de seus atos para a sociedade e que encalce, na maior medida do possível, os pressupostos da democracia deliberativa. Ocorre que, por esse sentido, todas as instituições políticas são democráticas e todas as instituições políticas são igualmente representativas. Até por conta desta conclusão, o pressuposto de legitimação *ex post* não pode ser utilizado para reconhecer mais do Judiciário do que ele realmente é, sem que seja feita uma reflexão mais aprofundada sobre a questão. De qualquer modo, nossa opinião é, em síntese, de que, da mesma forma que não podemos dizer que todas as decisões judiciais são representativas por conta de sua fundamentação aparentemente democrática em alguns casos específicos, também não se pode dizer que as

⁷² ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. Op. cit.

⁷³ MENDONÇA, Eduardo. **A constitucionalização da política: Entre o inevitável e o excessivo**. Op. cit. (afirmando que a legitimação argumentativa não deve ser usada para substituir a legitimação majoritária, mas sim como complemento e, em certos casos, contraponto).

⁷⁴ Para uma visão crítica e cautelosa, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do judiciário: Reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. **Revista Juris Poiesis**, v. 17, p. 343-359, 2014 (afirmando que a noção de representatividade judicial democrática não deve ser usada como um atributo que credencia os juízes a falar em nome do povo).

decisões legislativas serão sempre democráticas e majoritárias simplesmente porque seus membros foram eleitos pelo voto popular.

Analisando a dificuldade contramajoritária, um outro grupo de autores afirma que, se realizado na medida correta, o controle judicial, ao invés de ir contra, poderá contribuir decisivamente a favor da democracia representativa ou deliberativa, sendo os tribunais também um importante *locus* do processo democrático⁷⁵. Neste contexto, o Judiciário, também visto como guardião da democracia, poderia intervir quando ficasse demonstrado que existiu algum vício democrático no processo de elaboração da decisão política, uma vez que a função da jurisdição constitucional seria essencialmente (i) manter abertos os canais de participação política ou (ii) garantir que existam condições equânimes de deliberação pública pautadas na reciprocidade e no respeito mútuo. No primeiro caso, ganha destaque a teoria do controle judicial como *fortalecedor da representação (representation reinforcing)* de John Hart Ely⁷⁶, enquanto, no segundo caso, ganha destaque a teoria do controle judicial como regulador das condições do discurso de Jürgen Habermas⁷⁷. Para John Hart Ely, o controle judicial somente pode ser justificado quando o Judiciário atue para identificar e corrigir falhas do processo político democrático, seja para manter abertos os canais de participação política, seja para proteger minorias estigmatizadas que são eternas perdedoras no processo político majoritário. Assim, segundo Ely, a jurisdição constitucional não serviria para estabelecer uma solução propriamente dita dos embates entre as diversas formas de interpretação da Constituição e entre o conteúdo de normas constitucionais, sua função seria apenas proteger as condições democráticas para que tais embates sejam realizados da forma mais democrática possível. Por outro lado, Jürgen Habermas, partindo da premissa que a democracia deve ser pautada no diálogo social e nas interações travadas pelos cidadãos no espaço público, sustenta que o Judiciário, como guardião da democracia deliberativa, poderá intervir sempre que alguma das condições equânimes de inclusão na deliberação estiver sendo violada, prejudicando o perfeito funcionamento da deliberação pública⁷⁸.

⁷⁵ RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. **Representing justice: Invention, controversy, and rights in city-states and democratic courtrooms**. New Haven: Yale University Press, 2011.

⁷⁶ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 301 e ss.

Algumas críticas direcionadas a ambas as teorias, no entanto, fazem com que o *procedimentalismo* não seja utilizado de forma consensual pelos autores contemporâneos, apesar de seu apelo democrático muito acentuado. Por exemplo, como bem apontaram Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, as teorias procedimentalistas, mesmo a deliberativa de Habermas, excluem do controle judicial diversos direitos fundamentais que não estão ligados diretamente ao funcionamento da democracia, mas ficam expostos à vontade das maiorias eventuais, tais como a o direito à privacidade e o direito à saúde⁷⁹. De qualquer maneira, não se pode negar o grande mérito das teorias procedimentalistas apresentadas: assinalar o Judiciário não como vilão da democracia, mas como um possível provedor da abertura dos canais democráticos ou fomentador da deliberação pública.

Combinadas ambas teorias com evidências concretas, pode-se, inclusive, chegar a conclusão de que o Judiciário pode ser um real protagonista do processo democrático, servindo como instância de fortalecimento da legitimidade da política ordinária, convalidando e aperfeiçoando o trabalho dos representantes eleitos⁸⁰. É verdade que alguns autores afirmam que os debates travados nas cortes enfraqueceriam a democracia, uma vez que esfriariam o debate público, por conta de linguagem utilizada ou por desencorajar os outros atores políticos a cooperarem na interpretação da Constituição⁸¹. No entanto, essa afirmação não se sustenta em uma análise empírica. Em estudo bastante elucidativo, Thamy Pogrebinski apontou dados contundentes de que há uma tendência de que a deliberação ocorrida nas casas legislativas aumente substancialmente com as intervenções do Judiciário, sobretudo da Corte Constitucional. Com efeito, a autora demonstrou que quando o Supremo Tribunal Federal julgou procedente (no todo ou em parte) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra lei ou ato normativo federal, o Congresso Nacional respondeu, posteriormente, propondo uma média de 6,85 projetos de lei exatamente sobre o mesmo assunto da norma que teve sua inconstitucionalidade declarada. Além disso, após decisão do Supremo que declarava a inconstitucionalidade da norma, o Congresso Nacional respondeu apresentando projetos de lei, em média, 16 meses após a

⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Op. cit., p. 94-95.

⁸⁰ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Op. cit., p. 166-167.

⁸¹ ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch: How the courts serve America**. New York and Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 44 (afirmando que uma Corte que afirma repetidas vezes que é o intérprete último da Constituição desencoraja os outros atores políticos a se engajarem na interpretação constitucional).

decisão judicial, sendo que a aprovação e a promulgação da legislação superveniente foi, em média, de 32 meses da data da declaração de inconstitucionalidade⁸².

De qualquer forma, não se pode esquecer que a legitimidade ou a responsividade democráticas não decorre exclusivamente da conformidade da decisão final com a opinião pública. Se assim fosse, chegaríamos à conclusão que, sempre que o Judiciário, no controle de constitucionalidade, tiver que dar uma decisão contra a vontade da maioria, ele estará agindo de forma ilegítima e não responsiva. A questão sobre a legitimidade ou responsividade de determinada instituição política ou de determinado órgão público, todavia, é muito mais complexa. Utilizando como inspiração a doutrina de Robert Lipkin⁸³, podemos dizer que a legitimidade institucional, em um contexto democrático, decorre de três importantes testes: um a respeito da *legitimidade subjetiva*, outro a respeito da *legitimidade procedimental* e outro a respeito da *legitimidade do resultado*. No teste da *legitimidade subjetiva*, a análise será a respeito do grau de responsividade da escolha eleitoral ou pelo menos do controle popular sobre a seleção da autoridade pública que realizará a tomada de decisão política (aquele que realiza a decisão é legítimo?). No teste da *legitimidade procedimental*, o exame recairá sobre o grau de permeabilidade popular no procedimento de tomada de decisão política. Assim sendo, a análise será quanto à possibilidade de o eleitorado comunicar suas preferências e seus interesses às autoridades públicas durante o processo de elaboração da política pública, a fim de exigir que eles decidam por uma determinada política ou revertam determinadas decisões (o processo de elaboração da decisão é legítimo?). Por fim, no teste da *legitimidade de resultado*, a análise recairá sobre a adequação entre a decisão política tomada e a vontade popular majoritária ou, não havendo uma perfeita adequação, sobre o grau de possibilidade de o eleitorado remover a autoridade pública com a performance contestada ou de o próprio eleitorado alterar a decisão da qual não concorde (o resultado final se coaduna com a vontade da maioria?).

Analisando todos esses testes, ainda que o Judiciário possa ter uma parcial legitimidade no resultado, porque, eventualmente, suas decisões estarão em conformidade com a vontade da maioria, a verdade é que ele não possuirá boas notas democráticas em nenhum dos três testes. Quanto ao primeiro teste, como dito anteriormente, em nenhum caso os membros do Judiciário são eleitos diretamente pelo voto popular, o que faz com que a legitimidade judicial fique bastante debilitada.

⁸² POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Op. cit., p. 12.

⁸³ LIPKIN, Robert Justin. *Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution.* **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, p. 1055-1132, 2006, p. 1067-1068.

Quanto ao segundo teste, apesar de alguns autores afirmarem que a presença do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal conferem legitimidade procedimental ao controle judicial⁸⁴, esta afirmação deve ser vista com moderação por duas razões. Primeiro, estes institutos são mais adequados ao controle abstrato perante o Supremo, não sendo aplicáveis de forma ampla em toda e em qualquer revisão constitucional realizada pelos juízes e pelos tribunais. Segundo, uma análise empírica demonstra que a utilização dos institutos não comporta uma ampla participação popular com a representatividade de todos os grupos sociais, sendo inegável que, mesmo com ambos os institutos, o processo judicial apresenta um caráter elitista e segregador, seja por conta do uso de uma linguagem técnica ou pela dificuldade de acesso por parte de pessoas comuns. Por tais razões, também neste teste a legitimidade judicial fica prejudicada.

Quanto ao terceiro teste, deve ser dito antes de tudo que a adequação das decisões judiciais à vontade popular é apenas circunstancial, sendo certo que, por conta de sua função institucional, em diversos casos, o Judiciário poderá atuar contra a vontade da maioria, principalmente quando estiver lidando com a interpretação de direitos fundamentais, considerados como “trunfos” ou “escudos” contra a maioria. Além disso, nestes casos em que a decisão judicial for contra a maioria, a reversão da decisão judicial pode ser bastante difícil. Lembremos que não será possível a reversão da decisão através da remoção da autoridade judicial por conta das garantias da magistratura, sobretudo por conta da vitaliciedade (art. 95, I, CRFB). Por outro lado, a possibilidade de reversão da decisão através de uma ação própria (plebiscito) ou através de meios indiretos (decisão do Parlamento) pode ser extremamente prejudicada se for adotada uma supremacia judicial, em que se confere ao Judiciário a função de intérprete último da Constituição. Com efeito, em se adotando a supremacia judicial, haverá sempre a necessidade de convocação do poder constituinte derivado para reversão da decisão judicial através de Emenda Constitucional, o que, em alguns casos, ante a dificuldade de realização deste procedimento mais dificultoso nas Constituições rígidas, enfraquece ainda mais a legitimidade ou responsividade do Judiciário. Em suma, pelos testes propostos, a conclusão que se chega é de que o Judiciário jamais poderá ser apresentado como um poder com alto grau de legitimidade ou responsividade institucional, ainda que sejam adotadas teorias que tentem dizer o contrário.

Como se não bastasse, em alguns casos, o Judiciário poderá também agir contra a

⁸⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. Op. cit., p. 226.

democracia, mesmo que seu propósito seja a melhor das intenções. Assim, a atuação judicial (i) poderá retirar em definitivo determinados debates importantes do sistema político ordinário; (ii) poderá retirar de forma prematura algum conflito do processo político deliberativo, antes que haja a organização e o desenvolvimento de grupos sociais; (iii) poderá infantilizar a sociedade que não conseguirá, por si só, reivindicar seus pleitos na política ordinária; (iv) poderá também, caso não tenha apoio popular difuso suficiente, ampliar o poder de determinado grupo bloqueador. Claro que, para impedir que haja tais consequências maléficas para a democracia, a Suprema Corte poderá se socorrer através de instrumentos de modulação de sua decisão que irão diminuir os riscos antidemocráticos de seus atos, tal como será visto no próximo tópico. De qualquer modo, não se pode ter a ilusão de que o Judiciário, quando atua na interpretação da Constituição, esteja sempre agindo a favor da democracia, de forma representativa, legítima ou responsiva.

Em última análise, o controle judicial não pode ser considerado por si só contra a democracia, do mesmo modo que as instituições representativas clássicas também não podem ser consideradas sempre democráticas; por outro lado, analisando a história do constitucionalismo, a conclusão também será de que o Judiciário poderá, em algumas hipóteses, violar valores mínimos de justiça compartilhados pela comunidade, enquanto o Legislativo poderá agir a favor desses valores. Por conta dessa falibilidade democrática e possibilidade de violação de direitos mínimos, é recomendável, até para aperfeiçoamento institucional, que nenhuma instituição ou órgão deva ter a possibilidade de decidir sozinho sobre todas as questões relevantes da sociedade política⁸⁵. Em verdade, um arranjo institucional que repartilha a responsabilidade entre diversas instituições, obtendo os benefícios institucionais de cada uma delas, parece ser o melhor arranjo para desenvolvimento e promoção da deliberação e para a proteção dos direitos fundamentais⁸⁶.

Por outro lado, a escolha entre quais instituições serão convocadas e em que medida serão convocadas a realizar um regulamento sobre determinada questão moral ou política será sempre complexa e contingencial, não podendo ser feita unicamente com base em na única variável ou com base em uma única teoria. Assim, uma vez que existe uma variedade de arranjos institucionais que podem satisfazer a exigência participativa da democracia em maior ou menor grau, o arranjo escolhido deverá necessariamente suportar um ônus de justificação, ou seja, deve ser justificado com base em circunstâncias políticas reais plenamente

⁸⁵ CHEMERINSKY, Erwin. **The Vanishing Constitution**. Op. cit., p. 78.

⁸⁶ KOMESAR, Neil. *Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis*. **The University of Chicago Law Review**, vol. 51, p. 366-446, 1984.

verificáveis e demonstradas⁸⁷. O desafio, então, é definir um papel judicial, no nosso sistema constitucional, que estabeleça um projeto normativo de controle judicial que seja adequado à realidade de nossa comunidade e, ao mesmo tempo, possa produzir um significativo incremento para os direitos fundamentais e para a democracia.

3.2.4. Diálogos: a sociedade molda a Corte e a Corte molda a sociedade

Algumas teorias de arranjo institucional são criadas a partir de um critério ideal que, muitas vezes, ignora a complexidade do sistema político e social⁸⁸. Tais teorias até poderiam ser criadas para semideuses ou para anjos, mas nunca para seres humanos. Por outro lado, algumas teorias são formuladas a partir de uma visão meramente descritiva da realidade social e política sem qualquer preocupação em se estabelecer um marco normativo a ser seguido. Tais teorias, por seu turno, perdem utilidade na medida que aceitam a realidade com toda a sua deficiência e incompletude. Como bem apontou Conrado Hübner Mendes, durante muito tempo a doutrina produziu uma apoteose de *última palavra* de interpretação constitucional, com duelos fantasiosos entre o juiz heroico e o legislador perverso ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador de espírito público⁸⁹. Esta visão binária, contudo, não se adequa à realidade e não colabora para o desenvolvimento do arranjo institucional democrático. Um caminho do meio, portanto, a partir de agora será perseguido.

Do ponto de vista descritivo, como visto anteriormente, diversos cientistas sociais que estudaram o comportamento judicial de países que adotam um controle judicial forte demonstraram que a ideia de que o Judiciário daria a “última palavra” a respeito do significado e conteúdo da Constituição é incorreta e improvável. Como colocou Louis Fisher, em algumas questões a Corte não só não tem a palavra final, como não tem palavra alguma⁹⁰. Com efeito, observando diversos casos polêmicos e divergentes, os estudiosos chegaram a conclusão de que, apesar de a decisão do Judiciário ser definitiva e vinculante para as partes

⁸⁷ KAVANAGH, Aileen. *Participation and judicial review, a reply to Jeremy Waldron*. **Law and Philosophy**, vol. 22, p. 451-486, 2003, p. 455.

⁸⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Op. cit., p. 166 (afirmando que “a fim de adaptar-se a contextos fortemente contingentes e explicar sociedades cada vez mais complexas, a democracia requer uma abordagem realista e não essencialista, que se assuma como falível e não se apoie em dogmatismos”).

⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Neither dialogue nor last word – Deliberative separation of powers 3*. **Legisprudence**, vol. 5, n. 1, p. 1-40, 2011, p. 2.

⁹⁰ FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: Interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 233.

do caso, raramente é a “última palavra” em questões constitucionais mais amplas. Assim, a definitividade da decisão judicial, bastante útil para a segurança jurídica em conflitos cotidianos entre particulares, parece não ter a mesma utilidade quando é ampliado o espectro para debates morais altamente relevantes sobre os limites dos direitos fundamentais. Neste último caso, a definitividade ou última palavra somente pode significar uma impossibilidade de rediscussão processual, já que o debate ainda poderá permanecer vivo na comunidade, fazendo, inclusive, com que a Corte reveja sua decisão em momento posterior. Tal circunstância de revisão da decisão da Corte faz, inclusive, com que alguns autores afirmem que a atuação judicial longe de ser a última, é apenas o início do debate deliberativo⁹¹.

Melhor observando as nuances políticas e sociais, bem como as constantes intervenções de cada instituição na interpretação constitucional, pode-se dizer que o processo de elaboração das decisões políticas constitucionais, longe de ser uma linha reta com início e fim, possui uma característica cíclica de constante revisão e alteração dos pressupostos fundantes e das conclusões finais. Observe-se, assim, que, em um primeiro momento, (i) a Corte Constitucional poderá ter a oportunidade de decidir um importante caso de conflito entre normas constitucionais ou, mais especificamente, entre direitos fundamentais. Logo após, (ii) poderá haver uma cobertura da mídia com a consequente conscientização de diversos grupos sociais; (iii) antigos interesses podem ser despertados, assim como novos podem vir a surgir; (iv) debates informais serão feitos em um âmbito privado; (v) críticas institucionais e populares serão formuladas em um âmbito público; (vi) posições contrárias e favoráveis serão expostas em artigos de imprensa comum e em artigos acadêmicos especializados. Assim, cedo ou tarde, (vii) novas indagações serão feitas à Corte que deverá reapreciar aquela questão e (viii) novos debates com novos argumentos poderão ocorrer em audiências públicas realizadas pela Corte ou entre os membros de seu colegiado. Por fim, (ix) uma mudança de entendimento ou de formação da Corte poderá ocasionar a revisão ou o temperamento da decisão anterior e novas críticas podem ser feitas, estabelecendo o início de um novo ciclo. E, em qualquer momento deste processo, (xi) poderá o legislador superar a decisão da corte através da edição de uma nova lei ou de uma Emenda constitucional⁹². Neste contexto de permanente e prolongada deliberação, como já se pôde perceber, a Corte

⁹¹ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. *The Charter dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 105 (afirmando que a revisão judicial é início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores individualistas da Constituição com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade como um todo).

⁹² Este caminho percorrido foi elaborado de forma semelhante em: FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. Op. cit., p. 656.

Constitucional não só participa do debate público a respeito do significado de controversos valores constitucionais, como amplifica e condiciona o modelo de deliberação, apresentando novas nuances e novos argumentos para um debate que pode estar arrefecido ou com algum vício de deliberação. Mais do que teoria e meras afirmações abstratas, uma análise empírica do rumoroso caso da Suprema Corte norte-americana a respeito do aborto, *Roe v. Wade* (1973), pode servir de exemplo.

Bem antes do precedente *Roe v. Wade*, por conta sobretudo de movimentos feministas, já era observada uma grande mobilização social para que a questão do aborto fosse revista pelo legislador norte-americano⁹³. Por outro lado, após *Roe*, houve uma maior mobilização de grupos sociais contra a liberalização do aborto, o que gerou um grande conflito social, denominado por alguns de “*Roe Rage*” (*Raiva de Roe*)⁹⁴. Assim, passou-se a haver um grande apoio popular na superação legislativa da decisão da Suprema Corte até mesmo através de uma Emenda a Constituição, mesmo sendo tal alteração muito dificultosa no constitucionalismo norte-americano. Do mesmo modo, o número de eleitores que votaram em seus candidatos, pensando em uma atitude contra o direito ao aborto reconhecido pela Suprema Corte, sofreu grande expansão. Como consequência, os candidatos eleitos tiveram que responder as vozes de seus eleitores e passaram a apoiar publicamente uma mudança, senão do posicionamento da Suprema Corte, pelo menos da formação de seus membros. Não por outra razão, houve a nomeação de *justices* da Suprema Corte e de juízes federais que, supostamente, eram mais inclinados a reverter a decisão anterior. Assim, as nomeações de Sandra Day O'Connor em 1981, de Antonin Scalia em 1986 e de Anthony Kennedy em 1987, considerando o perfil de cada um deles, poderiam ser decisivas para a revisão da posição da

⁹³ Por conta disso, alguns estudiosos viram *Roe* como uma decisão majoritária (FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009). Alguns viram ele como uma resposta à disfunção legislativa. Mark Graber, por exemplo, apresenta *Roe* como um caso de “deslocamento do conflito”: quando os políticos acham muito oneroso tomar uma posição de um jeito ou de outro, o lugar que mais preferem tomar não é um obstáculo. Segundo ele, “os juízes não podem ser criticados (ou louvados) por derrotar a vontade da legislatura; A vontade do legislador em cada caso era que os juízes assumissem a responsabilidade de decidir qual política deveria ser o direito. Assim sendo, a conclusão é de que os juízes não estariam prejudicando as preferências políticas do legislador ao decidir tal problema, mas apenas estimulando (GRABER, Mark. *The nonmajoritarian difficulty: Legislative deference to the judiciary*. **Studies in American Political Development**, vol. 7, p. 35-73, 1993, p. 55; GRABER, Mark. *Constructing Judicial Review*. **Annual Review of Political Science**, vol. 8, p. 425-451, 2005, p. 447). Por fim, alguns autores ainda viram o precedente tanto como uma decisão majoritária como uma resposta à disfunção legislativa, ainda que de forma implícita (DEVINS, Neal. **Shaping constitutional values: Elected government, the Supreme Court, and the abortion debate**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996, p. 4).

⁹⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007.

Corte⁹⁵. No entanto, apesar da possibilidade de reversão, o que se observou foi uma acomodação de interesses, com alterações pontuais em relação a decisão anterior de *Roe*⁹⁶.

Na academia, de onde costuma emanar uma enorme influência para os membros do Judiciário, a reação adversa também foi intensa, havendo aqueles que afirmaram que *Roe v. Wade* era o “maior exemplo e símbolo da usurpação judicial das prerrogativas democráticas neste século”⁹⁷ enquanto outros, incluindo a atual *justice* Ruth Bader Ginsburg⁹⁸, argumentaram que *Roe* foi rápido demais⁹⁹ e desencadeou uma desnecessária reação contrária (*backlash*) em um momento em que havia uma tendência de reconhecimento coletivo dos direitos do aborto, já que “as instituições majoritárias estavam ouvindo e agindo”¹⁰⁰. De forma semelhante, comparando a legislação sobre o aborto em vinte países ocidentais, Mary Ann Glendon concluiu que, naqueles países em que a liberalização do aborto decorreu de reivindicações e concessões perante o legislativo, houve a construção de reais “compromissos humanos e democráticos”, provando que “uma sociedade dividida pode comprometer o sucesso a política sobre o aborto”¹⁰¹. Em suma, é inegável que o exemplo de *Roe* se encaixa perfeitamente em um caso de diálogo entre o povo e as instituições políticas e entres essas uma com as outras, de modo que o ciclo deliberativo não encontrou paradas ou encerramentos, permanecendo ativo na sociedade norte-americana até os dias atuais.

Estas percepções empíricas revelam que a interpretação constitucional ocorre em diversas formas e é realizada por uma série de atores constitucionais. Além disso, também se pode concluir que o processo de significação e de concretização da Constituição é dinâmico, não tendo um início ou fim delimitado de forma precisa. Podemos precisar quando houve o primeiro conceito de liberdade ou de igualdade? Podemos dizer que a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre o aborto não pôde ser submetida e nenhuma forma de escrutínio

⁹⁵ TRIBE, Laurence. **Abortion: The clash of absolutes**. New York: W. W. Norton & Company, 1990, p. 17-20.

⁹⁶ Para uma análise mais detalhada da evolução jurisprudencial a respeito do aborto nos EUA, vide Capítulo 2, item 4.

⁹⁷ BORK, Robert. **The tempting of America: The political seduction of the law**. New York: Free Press, 1990, p. 116.

⁹⁸ Deve ser esclarecido que Ruth B. Ginsburg não fazia parte da Suprema Corte em 1973 durante a elaboração de *Roe v. Wade*. Em verdade, sua nomeação ocorreu apenas em 05 de agosto de 1993 por meio de indicação do presidente Bill Clinton.

⁹⁹ GINSBURG, Ruth Bader. *Speaking in a judicial voice*. **New York University Law Review**, vol. 67, n. 6, p. 1185-1209, 1992, p. 1200 (afirmando que “[t]he *Roe* decision might have been less of a storm center”).

¹⁰⁰ Idem. *Some oughts on autonomy and equality in relation to *Roe v. Wade**. **North Carolina Law Review**, vol. 63, p. 375-386, 1985, p. 385.

¹⁰¹ GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: The impoverishment of political discourse**. New York: Free Press, 1991.

ou não poderia ser revista pela Corte ou pelo legislador? A decisão das cortes no controle de constitucionalidade, então, é apenas uma posição temporária de interpretação constitucional que poderá mudar de alguma forma a realidade política ou ser também de alguma forma mudada por ela. Tal circunstância, que pode ser assustadora para alguns, deve ser vista com certa naturalidade, uma vez que, em democracias deliberativas, até as decisões aparentemente finais, por conta de um permanente debate, devem ser consideradas como *provisoriamente finais*. Em outras palavras, existe uma vida política após a suposta última palavra, sendo que a existência inevitável de reações posteriores a favor ou contra a decisão judicial é um dado que não deve ser negligenciado, minorado ou mesmo supervalorizado.

Visto que as ideias de “última palavra” e de *supremacia judicial* não podem ser vistas de forma absoluta, resta saber se existem teorias que apresentam modelos mais adequados de arranjo institucional, ou seja, que se adéquem melhor à realidade política e social. Neste ponto, a mais importante alternativa histórica e teórica à “última palavra do Judiciário” ou supremacia judicial é o *departamentalismo*¹⁰², que nega que qualquer intérprete seja supremo na interpretação da Constituição. Em vez disso, segundo os defensores da teoria, cada instituição ou departamento de governo, no exercício de suas funções, tem autoridade igual e suprema para interpretar as normas constitucionais dentro de sua esfera de atuação¹⁰³. De uma forma geral, o departamentalismo vem em duas variantes. Na primeira, cada departamento é o único responsável pela aferição da constitucionalidade de suas ações e das ações de outros departamentos que afetem sua função institucional¹⁰⁴. Neste caso, a interação entre as instituições é praticamente zerada, sendo que diferentes departamentos poderiam produzir conclusões divergentes a respeito da mesma questão, gerando uma desarmonia institucional e uma insegurança a respeito do significado das normas constitucionais. Na segunda, cada departamento poderá agir por conta própria na interpretação da Constituição, mas, diferente da visão anterior, haverá a possibilidade de cada departamento analisar a compatibilidade dos atos dos outros departamentos com os preceitos constitucionais, não importando qual função estejam exercendo¹⁰⁵. Inseridas dentro dessa segunda fórmula de departamentalismo, estão, senão todas, pelo menos a maioria das teorias do *diálogo institucional*, ou melhor, do *diálogo*

¹⁰² O termo “*departamentalismo*” tem origem provável na obra de Edward Corwin (CORWIN, Edward. **Court over constitution**. Princeton: Princeton University Press, 1938).

¹⁰³ WHITTINGTON, Keith. **Extrajudicial constitutional interpretation**. Op. cit., p. 783.

¹⁰⁴ KRAMER, Larry. **The people themselves**. Op. cit., p. 106.

¹⁰⁵ TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. **Michigan Law Review**, vol. 101, p. 2781-2802, 2003, p. 2782.

*constitucional*¹⁰⁶, como veremos a seguir.

De uma maneira geral, as teorias do diálogo enfatizam que o Judiciário não tem (como uma questão empírica) e nem deve ter (como uma questão normativa) o monopólio da interpretação constitucional¹⁰⁷. Em vez disso, ao exercer o poder do controle judicial, os juízes envolvem uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre o significado da Constituição. Em suma, os julgamentos constitucionais são produzidos através de um processo de interpretação e elaboração compartilhada entre o Judiciário, os outros atores políticos e a população como um todo¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. Sob esta perspectiva, segundo Kent Roach o “dilema do ativismo judicial em uma democracia diminui talvez ao ponto de evaporação”¹¹⁰.

Diversas teorias buscaram explicar como ocorreria esse diálogo entre os poderes políticos e os cidadãos em geral, sendo ponto comum a presença de um caráter descritivo mais pronunciado em detrimento de um apelo prescritivo mais forte. No entanto, não se pode

¹⁰⁶ A preferência é pelo termo *diálogos constitucionais*, tendo em vista que o melhor entendimento passa pela ideia e que o diálogo travado sobre o significado da Constituição ocorrerá não só entre as instituições públicas ou entre os órgãos estatais, mas também através das mais variadas relações existentes na sociedade democrática travadas pelos cidadãos, sejam relações públicas ou mesmo privadas.

¹⁰⁷ 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**, vol. 51, n. 202, p. 159-179, 2014, p. 177 (afirmando que o equilíbrio entre os Poderes pode ser alcançado “por um sistema dialógico de interpretação da Constituição, no qual a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade exclusiva do Judiciário nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de constantes diálogos institucionais”).

¹⁰⁸ Como se pode observar, a linha das teorias dialógicas parte da observação de que a construção do significado da Constituição é algo feito por diversas mãos, já que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13). A ideia deita raízes na filosofia constitucional do início do século XX que pregava a ideia de que a realidade, com toda a sua pluralidade de vontades contraditórias, conforma o significado das normas constitucionais (HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 287-293). No entanto, a consolidação da tese foi feita por Peter Häberle na Alemanha com sua “sociedade aberta dos intérpretes” e por Sanford Levinson nos Estados Unidos com o “constitucionalismo protestante”. Mais contemporaneamente a tese tem sido retomada de forma menos abstrata, porém ainda com uma visão predominantemente descritiva, pelo *constitucionalismo democrático* de Robert Post e Reva Siegel (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007) e pelo *constitucionalismo difuso* de Juliana Cesario Alvim Gomes (GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodvim, 2016). A maior crítica a estas teorias de interpretações abertas é no sentido de que elas, sendo exclusivamente (ou quase exclusivamente) descritivas, não estabelecem de forma segura o que a Constituição e suas normas devem significar, produzindo uma *anarquia interpretativa* (ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **On extrajudicial constitutional interpretation**. Op. cit., p. 1379).

¹⁰⁹ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, vol. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006; FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, p. 257-337, 2005, p. 334 (afirmando que “a revisão judicial serve para canalizar e promover o debate societário sobre o significado constitucional”).

¹¹⁰ ROACH, Kent. *Constitutional and common law dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures*. **Canadian Bar Review**, vol. 80, 481-533, 2001, p. 532.

esquecer que alguns autores foram além da mera descrição e propuseram algumas medidas que, apesar de singelas, podem ser bastante produtivas para o incremento da deliberação democrática e para o desenvolvimento institucional dos poderes político sem, contudo, retirar a proteção aos direitos fundamentais previstos na Constituição e sem propor uma hegemonia na interpretação constitucional. Vejamos, primeiramente, algumas das teorias de cunho predominantemente descritivo para depois, no tópico seguinte, analisar quais seriam as propostas normativas de outras teorias para enfrentar questões altamente divergentes do ponto de vista político e moral, dando enfoque para a postura da Corte Constitucional na análise dos desacordos morais razoáveis, dentre eles a questão do aborto. Neste momento, então, dividiremos as teorias dialógicas em três grupos diversos: (i) o grupo das teorias dialógicas que propõe as cortes como mediadores ou catalizadores democráticos; (ii) o grupo das teorias dialógicas que propõe o controle judicial como um segundo olhar reflexivo para a correção de erros e de formulação de melhores escolhas; e (iii) o grupo das teorias dialógicas que propõe a construção coordenada de uma decisão política entre os atores políticos.

As (i) primeiras teorias dialógicas são aquelas que propõem uma atuação da Corte Constitucional como um **mediador ou um catalizador democrático**. Os adeptos deste grupo possuem a compreensão comum de que o Judiciário, primeiro, efetivamente tem seu poder de decisão limitado por questões políticas e, segundo, poderá atuar em favor da democracia, propondo novas pautas de debate. Uma teoria deste tipo é o *constitucionalismo popular mediado* de Barry Friedman¹¹¹. A teoria se baseia nas evidências de que a decisão judicial sobre questões divergentes do ponto de vista político e moral não representa, de forma efetiva, a última palavra, sendo certo que uma das principais forças que controlam as cortes e restringem sua forma de atuação não são os teóricos ou os filósofos, mas a opinião pública. Além disso, ainda que a opinião pública imponha limites políticos e sociais que acomodam a atuação das cortes, Friedman argumenta que as decisões judiciais ainda podem desempenhar uma função importante no sistema constitucional, na medida em que servem para estimular uma discussão mais ampla sobre o significado da Constituição, fazendo com que se mantenha aceso um debate sobre determinada questão ou com que uma nova rodada de debate surja com a apresentação de novos argumentos. Em suma, as decisões do Judiciário fomentariam a democracia deliberativa e o diálogo, seja agindo como um catalisador para discussão em casos particulares ou estimulando outras instituições na utilização de ações deliberativas¹¹².

¹¹¹ FRIEDMAN, Barry. *Mediated popular constitutionalism*. **Michigan Law Review**, vol. 101, p. 2595-2632, 2003, p. 2601-2604.

¹¹² FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Op. cit., p. 334.

Também entram como teoria dialógica deste primeiro grupo as teorias propostas por Conrado Hübner Mendes e David Law, que também enxergam o Judiciário como um catalisador deliberativo. Segundo Hübner, o Judiciário, como uma ferramenta de sofisticação do debate interinstitucional, simboliza um esforço para tornar a democracia um regime que não só aumenta as maiorias das minorias, estrutura a competição política periódica ou seleciona os grupos vencedores, mas também um regime em que é possível discernir argumentos bons de argumentos ruins¹¹³. Assim, o controle judicial poderia ser legítimo naqueles casos em que os juízes se envolvessem em um diálogo, escolhendo adiar, esperar ou, diante de um bom argumento novo, desafiar outro poder, fomentando a deliberação. Em sentido semelhante, Law afirma que o controle judicial pode ser entendido como um mecanismo institucional que incrementa a democracia, já que facilita o controle popular sobre os atos dos outros atores políticos ao transmitir diferentes informações e argumentos acessíveis a todos¹¹⁴. Neste contexto, o Judiciário poderia intervir sempre que entendesse que o debate não foi realizado da melhor forma possível, apresentando novos argumentos (sobretudo aqueles encontrados no *fórum de princípios*) e mediando um diálogo pautado na razão pública. Em casos específicos, inclusive, a decisão judicial poderia quebrar uma acomodação social ou uma inércia do governo em favor de alguma reivindicação social que persegue (e já encontra) algum resguardo constitucional, sem prejuízo de haver uma reanálise do poder omissivo que, por sua vez, poderá imprimir uma nova orientação sobre a matéria.

O (ii) segundo grupo de teorias dialógicas contém aquelas teorias que observam na decisão judicial do controle de constitucionalidade uma oportunidade reflexiva de serem corrigidos erros e de serem formuladas melhores escolhas em um ambiente naturalmente complexo e divergente. Neste grupo, por exemplo estão as **teorias do “segundo olhar”** (*second look*), formuladas por Robert Justin Lipkin e por Guido Calabresi dentre outros. Os partidários destas teorias compreendem o controle judicial de constitucionalidade basicamente como uma oportunidade de reflexão deliberativa destinada a traduzir os valores constitucionais do passado para a realidade constitucional do presente. Segundo Lipkin, o raciocínio prático dos seres humanos inclui as decisões sobre o que valorizar e o que fazer (julgamentos de primeira ordem), e também inclui a reflexão crítica sobre se essas decisões foram devidamente formuladas (julgamentos de segunda ordem). Nesse contexto, o Judiciário, por meio da revisão judicial, nos ajudaria a analisar e alcançar, em determinadas

¹¹³ MENDES, Conrado Hübner. **Neither dialogue nor last word**. Op. cit., p. 40.

¹¹⁴ LAW, David. *A theory of judicial power and judicial review*. **Georgetown Law Journal**, vol. 97, p. 723-801, 2009, p. 732.

circunstâncias, os julgamentos de segunda ordem. Assim, o controle judicial forneceria, não só às instituições políticas, mas também ao próprio povo, a chance de realizar um *segundo olhar* (julgamento de segunda ordem) sobre sua conduta e, conseqüentemente, verificar se essa conduta está efetivamente fundada em valores e princípios constitucionais acolhidos consensualmente por todos¹¹⁵. Já segundo Calabresi, a teoria do segundo olhar seria de grande utilidade naqueles momentos em que a legislatura atuasse com pressa e sem fundamentação adequada ou nos casos em que houvesse a ignorância ou a ocultação dos direitos fundamentais. Em tais circunstâncias, Calabresi defende que o Judiciário poderá “invalidar a lei e forçar o legislador a ter um segundo olhar”. Assim sendo, segundo o autor, usando o fundamento do *segundo olhar*, os juízes poderão aumentar a responsabilidade legislativa, deixando a legislatura eleita com maior legitimidade em dar a palavra final¹¹⁶.

O (iii) terceiro grupo de teorias dialógicas compreende aquelas teorias que propõem a **construção coordenada** das decisões políticas entre os departamentos de Estado, sendo cada um responsável por uma contribuição ou conformação específica desta decisão. Uma teoria deste grupo é *modelo de diálogo de parceria* (*partnership model of dialogue*) proposto Janet Hiebert, que afirma que todos os poderes de Estado podem contribuir de forma distinta para o diálogo constitucional, apresentando insumos diversificados e relevantes para a deliberação. Segundo Hiebert, apesar de o Judiciário e o Legislativo compartilharem de responsabilidade pelo respeito e proteção dos valores constitucionais, cada um deles possui uma “relação distinta” com a interpretação constitucional, já que cada um possui diferentes características e responsabilidades institucionais.

De forma um pouco diferente, alguns autores propuseram uma coordenação voltada para o estabelecimento de limites ou controles recíprocos entre os poderes de Estado. Esses autores partem da premissa de que a inter-relação entre os atores políticos, ao mesmo tempo que otimiza a decisão política ao limitar e moldar a vontade de cada um deles, apresenta um incremento aos princípios constitucionais, sobretudo para os direitos fundamentais. Nessa linha, Neal Devins e Louis Fisher propuseram um *sistema de controles mútuos* (“*system of mutual checks*”) em que o Judiciário e os outros ramos do governo interagem em um caminho dialógico com o objetivo de moldar o significado da Constituição. Segundo Fisher, o controle judicial se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder,

¹¹⁵ LIPKIN, Robert Justin. *What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?* **Widener Law Review**, vol. 14, p. 1-51, 2008, p. 46; LIPKIN, Robert Justin. *Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution.* **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, p. 1055-1132, 2006, p. 1056.

¹¹⁶ BATEUP, Christine. **The dialogic promise.** Op. cit., p. 1129.

sentindo-nos mais seguros com controles mútuos do que com um sistema sem qualquer controle¹¹⁷. Partindo da premissa de que todos os ramos do governo podem chegar a resultados inconstitucionais, os autores afirmam que a melhor forma de arranjo institucional não é aquela em que há uma descentralização completa da autoridade interpretativa, o que poderia gerar anarquia interpretativa, mas aquela em que todos se interagem e moldam de forma recíproca a decisão do outro¹¹⁸. Assim, diferente do que propõe uma corrente do departamentalismo, a principal alternativa à supremacia judicial não seria a interpretação unilateral realizada por cada funcionário do governo de forma independente e sem qualquer comunicação, mais sim uma interação mútua. Em sentido semelhante, Richard Fallon Jr.¹¹⁹ e Frank Cross¹²⁰ argumentaram que o estabelecimento de controles recíprocos com poderes de veto, ainda que torne a ação da legislatura mais dificultosa, seria o melhor arranjo para a proteção dos direitos fundamentais. Em última análise, segundo ambos os autores, considerando que os direitos fundamentais possuem, em geral, uma característica negativa de não intervenção, ao adicionar um controle adicional sobre a ação do governo, haveria um incremento maior para a liberdade individual prevista na Declaração de Direitos.

Por fim, ainda dentre desse terceiro grupo, William Eskridge Jr. e Philip Frickey defenderam que, dentro de um ambiente complexo e interativo, em que cada órgão do governo está cooperando e concorrendo com os outros órgãos para alcançar seus objetivos, cada poder de Estado atuaria estrategicamente, calibrando suas ações em antecipação de como outras instituições responderiam, havendo, assim, uma acomodação e o estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre os poderes¹²¹.

Da análise de todas essas teorias, pode-se chegar a algumas conclusões. Primeiro, as teorias dialógicas são as aquelas que melhor justificaram a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade, tendo logrado compreender e construir uma importante alteração institucional da “dificuldade contramajoritária” para uma “função contramajoritária” das cortes, percebendo que a participação dos juízes na interpretação constitucional antes de

¹¹⁷ FISHER, Louis. **Constitutional dialogues**. Op. cit., p. 279.

¹¹⁸ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *Judicial exclusivity and political instability*. **Virginia Law Review**, vol. 84, p. 83-106, 1998, p. 106.

¹¹⁹ FALLON JR, Richard. **The core of an uneasy case for judicial review**. Op. cit., p. 1695.

¹²⁰ CROSS, Frank. *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*. **Cornell Law Review**, vol. 85, p. 1529-1607, 2000 (argumentando que a revisão judicial pode ser justificada, mesmo que a inserção do Judiciário não tenha “nenhuma vantagem intrínseca na interpretação e execução constitucional”, isso porque “adicionar um controle adicional sobre a ação do governo aumentará a liberdade das ofertas de Carta de Direitos”).

¹²¹ ESKRIDGE Jr, William; FRICKEY, Philip. *The Supreme Court 1993 Term – Foreword: Law as equilibrium*. **Harvard Law Review**, vol. 108, p. 26-108, 1994, p. 28-29.

significar um prejuízo para a democracia, proporciona o fortalecimento dela com o acréscimo de importantes pontos de vista e de importantes reflexões, ampliando e favorecendo uma deliberação democrática. Segundo, apesar de apresentar a melhor justificativa institucional para a atuação judicial, cada uma delas observou o problema da última palavra da interpretação da Constituição por um ângulo estreito, embora a questão seja um complexo e multifacetado caleidoscópio, com diferentes pontos de vista e abordagens adequadas e razoáveis sobre o problema. Terceiro, considerando que grande parte das teorias dialógicas possui um aspecto descritivo muito mais evidente, pode-se fazer forte crítica no sentido de que essas teorias simplesmente aceitam, sem qualquer aspecto crítico ou prescritivo, o que os juízes fazem de fato, permitindo que qualquer conduta seja reputada como legítima. Contra essa última afirmação, Barry Friedman afirmou que, mesmo a teoria mais descritiva das teorias dialógicas (talvez a dele próprio) estabelece uma efetiva limitação aos juízes, apesar de esta limitação ser política e não ideal ou ilusória. Afirma o autor que esta restrição se opera através de limites inerentes do sistema político e não através de uma restrição teórica simplista e frequentemente ignorada pelos juízes¹²². Mas a alegação não nos convence. Se aceitarmos que a realidade (o mundo do ser) possa ela própria estabelecer os seus limites (mundo do dever ser), chegaremos a conclusão um tanto quanto paradoxal de que a realidade nunca extrapolaria os limites estabelecidos por ela própria e que os limites seriam constantemente alterados também por ela própria para se adequarem as suas próprias peculiaridades. Em verdade, cada uma das teorias dialógicas apresentadas são complementares e fornecem pontos relevantes para o modelo de arranjo institucional a ser adotado¹²³, não servindo cada uma delas isoladamente para responder todas as questões morais e institucionais de uma sociedade.

Em questões altamente divergentes do ponto de vista político e moral, as teorias dialógicas apresentam uma enorme contribuição. Melhor do que termos juízes que imponham sua vontade ou sua visão individual de mundo sobre questões altamente divergentes do ponto de vista moral, seria termos juízes que utilizam técnicas dialógicas que incrementam o processo democrático e deixam espaço aberto para atuação de outros atores políticos, bem como para a elaboração novos debates públicos. Como veremos no tópico seguinte, existem algumas técnicas específicas que podem ser utilizadas para estabelecer esta forma de diálogo.

¹²² FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. Op. cit., p. 671-672.

¹²³ MENDES, Conrado Hübner. *Not the last word, but dialogue – Deliberative separation of powers 2*. **Legisprudence**, vol. 3, n. 2, p. 191-246, 2009, p. 191 (afirmando que “[d]ialogue is a fecund and expressive image for politics. It is a sign of equality, mutual respect and reciprocity. It denotes a horizontal, non-hierarchical and autonomy-enhancing relationship”).

Deixamos, então, para analisar no último tópico, dentre outras coisas, aquelas teorias dialógicas que possuem uma dose maior de prescrição no intuito de estabelecer propostas para o controle de constitucionalidade brasileiro na solução de questões altamente divergentes do ponto de vista moral e político, tal como a análise da constitucionalidade e proporcionalidade da criminalização do aborto. A primeira técnica analisada será a aplicação de institutos processuais específicos para prolongar ou adiar a deliberação judicial sobre a matéria (teoria das *virtudes passivas* de Alexander Bickel)¹²⁴. A segunda será a utilização, de forma mais ampliada, de uma postura minimalista na fundamentação das decisões judiciais, evitando uma postura mais ampla e profunda sobre determinados pontos divergentes (teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein)¹²⁵. A terceira será a adoção de técnicas de decisão que evitem a nulidade da norma e, ao invés disso, proponham e recomendem o caminho a ser seguido pelo legislador, permitindo que se processe uma nova etapa de deliberação democrática, tal como no caso da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, muito usada no caso de omissão parcial e que se assemelha com a declaração de incompatibilidade do direito inglês (teorias do controle judicial fraco de Mark Tushnet, Stephen Gardbaum e Jeremy Waldron).

3.3. Um Novo Modelo de Controle Judicial de Constitucionalidade

No tópico anterior, foi observado que, do ponto de vista descritivo, o significado da Constituição é construído por diversas mãos através de uma interação dinâmica e complementar. Certo dizer, portanto, que as pessoas e as instituições representativas influenciam os tribunais, assim os tribunais influenciam as pessoas e as instituições representativas, sendo a jurisdição constitucional um diálogo interativo, no qual todos os lados participam de alguma forma na construção do significado da Constituição. É o momento de tentar estabelecer um projeto normativo que, levando em consideração todos os pontos de vista analisados, estabeleça um modo de agir das cortes que se adéque igualmente à proteção dos direitos fundamentais e à promoção da democracia deliberativa.

Mais recentemente, a doutrina tem percebido um novo modelo de constitucionalismo e de controle judicial de constitucionalidade que se insere de forma intermediária na dicotomia

¹²⁴ Segundo Bickel, o Tribunal deve, muitas vezes, evitar casos controversos por questões processuais (BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. Op. cit.).

¹²⁵ SUNSTEIN, Cass. *The Supreme Court 1995 Term - Foreword: Leaving things undecided*. **Harvard Law Review**, vol. 110, n. 4, p. 06-101, 1996.

tradicional de supremacia judicial e supremacia legislativa¹²⁶. Esse novo modelo estabelece, tal como o da supremacia judicial e diferente da supremacia legislativa, a necessidade de alguma forma, ainda que fraca, de controle judicial de constitucionalidade sob os atos do poder público. Porém, ao contrário da supremacia judicial, estabelece um controle não vinculante e não final sobre as questões constitucionais, permitindo que legisladores ignorem ou revejam determinações judiciais sobre direitos, sem recorrer a alterações formais ao texto constitucional. Conforme Jeffrey Goldsworthy sugere, “este modelo híbrido oferece a possibilidade de um compromisso que combina as melhores características de ambos os modelos tradicionais, conferindo aos tribunais a responsabilidade constitucional para rever a consistência da legislação com direitos protegidos, ao mesmo tempo em que preserva a autoridade das legislaturas para ter a última palavra”¹²⁷.

Como já deve ter ficado claro, em um controle judicial forte de constitucionalidade onde prevalece a supremacia judicial, os tribunais têm autoridade tanto para modificar o efeito ou sentido da legislação para adequá-los ao que entenderem ser a vontade constituinte (interpretação conforme), como para invalidar a legislação que entenderem ser incompatível com a Constituição (decretação de invalidade). A via intermediária ou controle judicial fraco, por outro lado, mantém a possibilidade de as cortes realizarem uma interpretação conforme, combinando uma competência para os tribunais declararem a legislação incompatível com as normas constitucionais (declaração de incompatibilidade), sem a possibilidade de revogar ou invalidar a legislação em caráter definitivo. Em outras palavras, no controle judicial fraco, há alguma forma de mecanismo pelo qual o legislativo poderá rever ou confrontar esta decisão dos tribunais de forma mais simples, que não através de uma emenda constitucional (cláusula de revisão)¹²⁸. No entanto, os sistemas de controle fraco poderão variar quanto à forma de declaração de incompatibilidade, que poderá ser meramente declarativa sem a pronúncia de nulidade ou provisoriamente suspensiva com os efeitos da pronúncia de nulidade protraídos no tempo, e quanto à forma de resposta legislativa, que poderá ser de suspensão da decisão judicial ou de mera manutenção em definitivo da norma impugnada. Claro que a maior ou menor dificuldade de alterar as normas constitucionais afetará do modo decisivo a escolha

¹²⁶ GARDBAUM, Stephen. *The case for the new commonwealth model of constitutionalism*. **German Law Journal**, vol. 14, n. 12, p. 2229-2248, 2013 (afirmando que as novas Cartas de Direitos adotadas no Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido estabeleceram uma “responsabilidade conjunta” e um “diálogo deliberativo entre tribunais e legislaturas”).

¹²⁷ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Homogenizing Constitutions*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 23, n. 3, p. 483-505, 2003, p. 484

¹²⁸ TUSHNET, Mark. **The rise of weak-form judicial review**. Op. cit., p. 322.

entre um controle judicial forte ou fraco. Assim, se houver a possibilidade de alteração da Constituição de forma simples, a reversão das decisões judiciais poderá ser igualmente simples, o que faz com que o controle judicial se aproxime de um controle fraco, isto é, “quanto mais fácil é alterar a Constituição, menor é a distinção entre revisão de forma forte e fraca”¹²⁹.

Comumente referido em termos de “*the new Commonwealth model of constitutionalism*”¹³⁰, “*Parliamentary Bills of Rights*”¹³¹ ou “*Weak-form judicial review*”¹³², este novo modelo decorre da regulamentação relativamente recente dos Direitos Humanos na legislação interna de países de tradição da *common law*, tal como Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e África do Sul. Costuma-se dizer que o Canadá, com sua *Carta de Direitos* de 1981 foi a origem do controle judicial fraco de constitucionalidade. Isso porque a Seção 33.2 da Carta permitiu ao legislador reconstituir a legislação considerada inválida pela Suprema Corte, caso discordasse da interpretação realizada por ela (*legislative override mechanism* ou *notwithstanding clause*).

Segundo uma linha um pouco diversa, mas adotando igualmente um controle fraco, Reino Unido e Nova Zelândia optaram por uma forma de controle que permitiu que os tribunais considerassem determinada interpretação ou mesmo a própria lei incompatível com os direitos fundamentais; no entanto, não constituíram poderes para que os tribunais pudessem afastar a aplicação ou decretar a invalidade da lei. Na Nova Zelândia, apesar de as cortes poderem interpretar as leis em conformidade com a Carta de Direitos de 1990 (*New Zealand Bill of Rights Act*), a Seção 4 da Carta excluiu de forma categórica a possibilidade de o Judiciário afastar a aplicação de uma lei que reputar incompatível com a Carta (“*no court shall hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective*”)¹³³. No Reino Unido, a Carta de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), por sua vez, previu de forma expressa (Seção 3.1) que a legislação deve

¹²⁹ Ibidem, p. 323 (afirmando que “[p]ut differently, strong-form review raises questions about the relation between courts and parliaments only in systems where constitutional amendment is significantly more difficult than is the enactment of ordinary legislation”).

¹³⁰ GARDBAUM, Stephen. **The case for the new commonwealth model of constitutionalism**. Op. cit.

¹³¹ HIEBERT, Janet. *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?* **International Journal of Constitutional Law**, vol. 4, n. 1, p. 1-38, 2006.

¹³² TUSHNET, Mark. **Alternative forms of judicial review**. Op. cit.

¹³³ GARDBAUM, Stephen. *A comparative perspective on reforming the New Zealand Bill of Rights Act*. **Policy Quarterly**, vol. 10, n. 4, p. 33-38, 2014, p. 34 (afirmando que o modelo neozelandês “*is in my overall view performing the best, in that it is hewing most closely to the ‘intermediate’ aims and design structure of the model*”).

ser lida e aplicada de forma compatível com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, devendo o Judiciário realizar, sempre que possível, uma interpretação conforme. Além disso, não sendo possível uma interpretação conforme, por conta dos limites literais do texto normativo, poderá a Corte Constitucional, segundo a própria Carta de Direitos Humanos (Seção 4), emitir uma *declaração de incompatibilidade* que não afete a validade ou a aplicação da disposição legal e também não vincule as partes nos processos em que é feita.

Alguns autores, ainda, apontam a África do Sul como um modelo de controle judicial fraco de constitucionalidade por conta do previsto na Seção 172 da Constituição sul-africana. Segundo o artigo 1.b da Seção 172, ao decidir uma questão constitucional, a Corte Constitucional deverá, a princípio, declarar que qualquer lei ou conduta que seja incompatível com a Constituição é inválida na medida da sua inconsistência; ou poderá fazer outra determinação justa e equitativa, incluindo (i) uma decisão que limite o efeito da declaração de nulidade, estabelecendo um efeito prospectivo; ou (ii) uma decisão que suspenda a declaração de nulidade por determinado período e em algumas condições, para permitir que a autoridade competente corrija o defeito constitucional. No entanto, o modelo sul-africano se distingue dos demais por conta de a declaração de incompatibilidade sem pronúncia de nulidade ficar a cargo do poder discricionário da Corte, não havendo uma ferramenta de revisão legislativa propriamente dita, o que pode fazer com que muitos autores não cataloguem o sistema sul-africano como um modelo fraco de controle judicial.

Apesar de, em alguns contextos ou em determinadas circunstâncias, o controle judicial fraco não oferecer uma resposta rápida e adequada para a proteção dos direitos e princípios previstos na Constituição no caso de arbitrariedades ou abusos legislativos, esta forma de controle pode ser um mecanismo bastante proveitoso para lidar com desacordos razoáveis sobre o conteúdo da Constituição. Nesse sentido, o controle fraco preserva o poder parlamentar na medida do possível ao mesmo tempo em que proporciona modos de intervenção judicial mais consensuais ou dialógicos do que uma pura decretação de invalidade¹³⁴. Lembremos que a supremacia judicial não é uma parte essencial da democracia ou mesmo do controle judicial, não havendo qualquer necessidade para ambos que os juízes tenham o poder do veto absoluto. Pelo contrário, como veremos a seguir, o controle fraco, se devidamente utilizado, poderá conceder um incremento tanto para a democracia como para a

¹³⁴ Também nesse sentido: GARDBAUM, Stephen. *Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies?* **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 53, p. 285-320, 2015, p. 311.

independência judicial¹³⁵.

3.3.1. As vantagens de um controle fraco de constitucionalidade

A primeira grande vantagem do modelo intermediário, mais próximo a uma “declaração” ou “recomendação” do que a uma “desconstituição” ou “imposição”, é a manutenção do controle judicial e da possibilidade de se internalizar a preocupação e o respeito para com os direitos fundamentais no debate legislativo *ex ante* da formulação políticas públicas, reduzindo as violações à Constituição e ampliando a consciência por um sentimento constitucional de respeito aos direitos humanos¹³⁶. Deve-se dizer que essa postura de prévia observação e respeito aos direitos humanos no debate público não só incrementa a deliberação democrática, tal como propõem os autores da democracia deliberativa, como também reduz as possibilidades de arbitrariedades e de violações futuras por parte das instituições políticas.

A segunda vantagem é que este modelo ainda permite que os tribunais possam dar seu entendimento sobre a constitucionalidade da conduta dos legisladores, apresentando os pontos de vista do “fórum dos princípios”, que estarão imbuídos de *racionalidade*, construída através de procedimentos decisórios lógicos e objetivos (por exemplo, através da proporcionalidade), de *imparcialidade*, demonstrada através de razões que sejam aceitas por todos (por exemplo, através das razões públicas), e de *equidade*, erigida através do manejo de valores consensualmente considerados como relevantes pela comunidade (por exemplo, através dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana). Sobre esse ponto, importante lembrar o entendimento de Janet Hiebert no sentido de que todos os poderes de Estado podem contribuir com insumos diversificados e relevantes para a interpretação constitucional. Considerando as características institucionais do Judiciário, sua atuação poderá inserir importantes “argumentos de princípio” e também razões públicas no debate político, construindo, assim, um maior respeito mútuo entre os indivíduos através do discurso dos direitos humanos.

A terceira vantagem é estabelecer um diálogo entre tribunais e legislador, permitindo que haja uma resposta do legislador à decisão judicial com a manutenção do poder decisório do Parlamento. A revisão judicial serviria como uma espécie de *contestação socrática*

¹³⁵ TUSHNET, Mark. **The rise of weak-form judicial review**. Op. cit., p. 326.

¹³⁶ GARDBAUM, Stephen. **The case for the new commonwealth model of constitutionalism**. Op. cit., p. 2248.

(Mattias Kum) com a possibilidade de um *segundo olhar* (Guido Calabresi) ou *juízo de segunda ordem* (Robert Justin Lipkin) em que haverá uma avaliação e reflexão crítica das práticas anteriormente perpetradas¹³⁷. De fato, quando os tribunais reconhecem como legítimas determinadas reivindicações baseadas em direitos fundamentais, eles convidam as autoridades públicas para reavaliar seus atos e refletir se tais reivindicações efetivamente são pautadas em direitos fundamentais, sendo susceptíveis de uma revisão razoável. Segundo Mattias Kum, essa modalidade de contestação socrática é desejável, tanto porque ela tende a melhorar os resultados encontrados como porque estabelece um compromisso central sobre as condições que devem ser atendidas para que uma lei seja considerada legítima¹³⁸. Ao mesmo tempo, a possibilidade de resposta do legislador, faria que fosse criado um *equilíbrio coordenado* (William Eskridge Jr. e Philip Frickey) em que cada instituição contribuiria de forma cooperativa para alcançar seus objetivos. Assim, cada poder de Estado calibraria suas ações em conformidade com a postura e entendimento dos outros poderes, estabelecendo um ponto de equilíbrio da decisão política estatal.

A quarta vantagem é o Judiciário poder adotar uma postura estratégica, mantendo certa estabilidade institucional através da redução do risco de ataques políticos ou populares diretos que, em níveis mais acentuados, minariam a independência judicial ou restringiriam a competência das cortes, impedindo que elas possam interagir com maior empenho no espaço político em questões mais sensíveis sobre direitos fundamentais. Não se pode esquecer, observando o constitucionalismo mundial, que o controle judicial forte desencadeou diversos retrocessos políticos contra o Judiciário que ameaçaram eliminar ou, em alguns casos, efetivamente eliminaram sua independência. Um controle fraco, por exemplo, poderia ter evitado retaliações políticas que resultaram na reconstrução ou mesmo dissolução das Cortes Constitucionais em diversos países como na Rússia em 1993, no Cazaquistão em 1995, na Albânia em 1998, no Zimbábue em 2001 e no Equador em 2004. Como colocou Ran Hirshl, “(c)omo nos mostra a história recente da política constitucional comparada, manifestações recorrentes de intervenção judicial não solicitada na esfera política - em particular decisões indesejáveis sobre questões políticas polêmicas - levaram a significativas retaliações políticas cortando as asas dos tribunais hiperativos”¹³⁹.

¹³⁷ BATEUP, Christine. **The dialogic promise**. Op. cit., p. 1129.

¹³⁸ KUMM, Mattias. *Institutionalizing Socratic contestation. The rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review*. **European Journal of Legal Studies**, vol. 1, n. 2, p. 153-183, 2007, p. 155.

¹³⁹ HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006, p. 747 (“As the recent history of comparative constitutional politics tells

Uma questão que ainda não foi perfeitamente analisada pelo constitucionalismo brasileiro diz respeito à forma com que as teorias do diálogo e este novo modelo fraco de controle judicial podem se interagir para, possivelmente, estabelecer um arranjo institucional constitucionalmente adequado, que seja preocupado com a proteção de direitos e com o desenvolvimento da democracia. Em comunidades que adotam um controle judicial, assim, a dúvida é sobre, dentro do design institucional elaborado pelo poder constituinte, qual deve ser a postura de cada um dos atores políticos na interpretação da Constituição, sobretudo a postura dos juízes quando se depararem com a possibilidade de declarar uma norma editada pelos poderes representativos incompatível com os preceitos constitucionais. Em qualquer hipótese, deve-se partir sempre do pressuposto de que não há, em abstrato, o melhor ou o mais recomendado arranjo institucional. Em verdade, os modelos fraco ou forte de controle judicial estão inseridos dentro da escolha política fundamental de cada comunidade a respeito do arranjo institucional considerado adequado para atender suas expectativas dentro de sua realidade social e política. Sob este ponto de vista, pode-se dizer que diversos fatores presentes no contexto político comunitário poderão recomendar a adoção política por um ou outro modelo, sendo ainda possível que sejam utilizados nuances de cada um deles, criando-se um gradiente quase infinito de possibilidades. Dessa forma, não haverá uma única possibilidade de intervenção judicial no controle de constitucionalidade preestabelecido por este arranjo institucional, assim como também não haverá um roteiro universal de como o juiz deve proceder em todos os casos.

3.3.2. As ferramentas de diálogo: uma proposta para o Brasil

Antes de tudo, deve ser dito que a incorporação de institutos estrangeiros, sobretudo de países que adotam um sistema legal diverso do nosso, como aqueles que seguem a lógica da *common law*, deve ser vista de forma bastante ponderada e crítica. Como bem apontado por Virgílio Afonso da Silva, “propostas messiânicas não costumam gerar nenhum efeito”¹⁴⁰. Assim sendo, não devemos simplesmente importar um modelo pronto sem qualquer critério reflexivo e adaptativo. Por outro lado, a observação e o estudo de modelos diversos do nosso podem ocasionar novas reflexões que poderão ser determinantes para o aperfeiçoamento de

us, recurrent manifestations of unsolicited judicial intervention in the political sphere in general-and unwelcome judgments concerning contentious political issues in particular-have brought about significant political backlashes, targeted at clipping the wings of overactive courts”).

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, p. 197-227, 2009, p. 219.

nosso sistema. A ideia, então, será realizar uma verdadeira “reengenharia constitucional” em que boas propostas de outros sistemas jurídicos podem ser incorporadas ao sistema doméstico, mas desde que haja alguma forma de adaptação ou complementação de suas características originais para perfeita adequação ao sistema de destino¹⁴¹. Não precisamos lembrar, como bem colocou Rodrigo Brandão, que “é preciso ter extremo cuidado no transplante de ideias, pois, assim como órgãos humanos, o seu resultado pode ser a morte do paciente”¹⁴².

Neste contexto de reengenharia constitucional, acreditamos que a aplicação de um controle judicial fraco, se devidamente construído e adaptado em alguns casos, poderá ser extremamente produtivo para ampliar a legitimidade das decisões Supremo Tribunal Federal, assim como permitirá uma atuação deliberativa e transformativa mais efetiva da Corte Constitucional brasileira. Em questões relacionadas com desacordos morais razoáveis como a questão do aborto, em que a ampla participação das instituições populares e dos próprios cidadãos parece ser a melhor forma de implementação da decisão política¹⁴³, a aplicação de um controle judicial fraco poderá, ainda, estabelecer um incremento para a democracia deliberativa e para o fortalecimento de direitos fundamentais. De qualquer modo, ainda necessitamos responder à indagação a respeito da forma em que o controle judicial fraco pode ser implementado no sistema constitucional brasileiro.

Segundo pensamos, maneira mais adequada de ser incorporado um controle judicial fraco de constitucionalidade no Brasil seria através da utilização constante por parte dos juízes de uma reflexão prévia a respeito de como formular a decisão judicial em termos mais dialógicos e mais deliberativos. Nessa reflexão prévia ou metadecisão, os juízes iriam ponderar quais seriam as vantagens e desvantagens institucionais e democráticas em adotar uma postura forte ou fraca, ativista ou deferente, para escolher qual (i) o grau de profundidade da fundamentação que será efetuada na decisão; (ii) o grau de cognição e avaliação das premissas e evidências apresentadas; (iii) o grau de eficácia de suas decisões. Explicaremos melhor o ponto.

A complexidade da vida faz com que toda e qualquer tomada de decisão individual

¹⁴¹ STEPHENSON, Scott. *Constitutional reengineering: Dialogue's migration from Canada to Australia*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 4, p. 870-897, 2013, p. 897.

¹⁴² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. Op. cit., p. 202.

¹⁴³ WHITTINGTON, Keith. **Extrajudicial constitutional interpretation**. Op. cit., p. 846 (afirmando que, “(n)o contexto de desacordo razoável, parece apropriado permitir uma ampla participação na decisão quanto ao conteúdo dos nossos princípios, em vez de remover essa decisão a uma instituição de elite que procurará impor a sua decisão sobre ou contra as pessoas em geral”).

seja precedida, ainda que de forma breve e intuitiva, de uma *decisão de segunda ordem* ou metadecisão sobre como vão ser analisadas e avaliadas as informações, assim como vai ser a tomada de decisão de primeira ordem. Não raras vezes, as pessoas, nesta decisão de segunda ordem, fazem uso da heurística, ou seja, usam estratégias que tentam camuflar determinadas informações ou evidências com o objetivo de tornar a escolha mais fácil e rápida, diminuindo os encargos das decisões de primeira ordem. Em trabalho bastante interessante sobre o tema, Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit preocuparam-se com as estratégias que as pessoas usam para evitar entrar em uma situação de tomada de decisão comum em primeira instância¹⁴⁴. Indo além da proposta dos autores, nosso entendimento é que a decisão de segunda ordem deve ser entendida em termos mais amplos, não compreendendo apenas aquela metadecisão utilizada nos casos de “não decisão”, mas como toda e qualquer decisão prévia a respeito de “se e como” decidir. Enfim, entendemos que um juízo ponderativo prévio para calibrar a decisão em conformidade com o arranjo institucional democrático no qual os juízes estão inseridos pode ser de grande valia se utilizado em três ocasiões.

Primeiro (i), a decisão de segunda ordem ou metadecisão poderá ser extremamente importante em relação às decisões judiciais a respeito do conflito entre direitos fundamentais em que há a inserção de um relevante desacordo moral razoável. Nesses casos, a decisão de segunda ordem poderá ser utilizada para diminuir os riscos de uma decisão ampla e profunda, com a possibilidade de os juízes adotarem uma postura mais respeitosa para com a divergência ao assumirem um *minimalismo judicial* e adotarem uma *argumentação teoricamente incompleta* com o uso de *razões públicas*, diminuindo, assim, as divergências em questões que de alta complexidade moral ou cultural. Por exemplo, no caso da criminalização do aborto e de sua adequação para com os direitos fundamentais, considerando a enorme divergência e a ausência de consensos sobre a questão, o Judiciário poderá, adotando uma postura minimalista, evitar discussões secundárias e altamente divergentes do ponto de vista moral, tal como a fixação do início da vida ou a afirmação da existência de valores absolutos. Essa postura, inclusive, foi adotada pela Suprema Corte norte-americana¹⁴⁵, pelo Tribunal Constitucional da Alemanha¹⁴⁶ e pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁴⁷, que entenderam por bem não estabelecer em definitivo qual seria o momento do início da

¹⁴⁴ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. **Ethics**, vol. 110, n. 1, p. 5-31, 1999.

¹⁴⁵ Suprema Corte dos EUA, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

¹⁴⁶ *BverfGE* 88, 203, *Schwangerschaftsabbruch II*, de 28.05.1993.

¹⁴⁷ Corte EDH, *Vo v. França*, Petição n. 53.924/00, de 08.07.2004.

vida, tendo a grande divergência e a ausência de qualquer consenso sobre a questão.

Também se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal, no caso do aborto de feto anencéfalo, também adotou, em parte, uma postura minimalista, já que restringiu sua análise ao caso de aborto de feto anencéfalo, deixando de analisar outras situações que, já naquele momento, despertavam dúvidas sobre o sopesamento dos direitos fundamentais em conflito. No entanto, diferentemente das outras cortes citadas acima, o Supremo fixou um critério para o que poderia ser considerada a vida intrauterina, adotando uma postura maximalista neste ponto. Nos termos do voto do Ministro relator, Ministro Marco Aurélio, o início da vida deveria guardar, pelo menos do ponto de vista jurídico, paralelismo com o que é considerado o seu fim, conforme consenso da medicina e conforme disposição na lei de transplante de órgãos (art. 3º, Lei 9.434/97). Assim, o Min. Marco Aurélio afirmou que, como o fim da vida ocorreria com a morte cerebral, no caso específico da anencefalia, não haveria propriamente vida intrauterina, já que o feto anencefálico não desfrutaria de nenhuma função superior do sistema nervoso central “responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade”¹⁴⁸.

Alguns autores afirmam que uma forma de evitar a análise de questões divergentes por meio de uma decisão de segunda ordem seria analisar o cabimento de determinadas restrições processuais para que a decisão de primeira ordem não fosse realizada, deixando a questão em aberto para dar oportunidade para que houvesse uma maior deliberação e fossem realizados maiores consensos. Essa fórmula foi denominada por Alexander Bickel de *virtudes passivas*, sendo apresentada por ele como fórmulas ou técnicas judiciais processuais de “não decidir” em casos polêmicos e divergentes do ponto de vista moral ou político. Segundo Bickel, as virtudes passivas permitiriam que os juízes reduzissem seu envolvimento em questões constitucionais polêmicas e sensíveis, a fim de se protegerem de uma possível reação política ou social adversa¹⁴⁹. Um exemplo bastante ilustrativo do constitucionalismo brasileiro de utilização de virtudes passivas pode ser apresentado: o caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Ao apreciar o Mandado de Injunção 943, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, de forma consensual, a omissão legislativa inconstitucional sobre o aviso prévio proporcional. No entanto, considerando a diversidade de parâmetros apresentados pelos ministros da Corte para o deslinde da omissão e a possibilidade de o legislador analisar o tema por conta de projeto de lei em trâmite avançado no Congresso Nacional, o Supremo optou por

¹⁴⁸ STF, Pleno, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30.04.2013.

¹⁴⁹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. Op. cit., p. 28 e 88.

adiar o julgamento do feito, sob a justificativa de que iria desenvolver proposta de implementação adequada do direito em outro momento¹⁵⁰. Apesar da justificativa apresentada, considerando o contexto em que ela foi formulada, era nítido que os ministros da Corte Suprema não se sentiam confortáveis em dar uma decisão que pudesse ser discrepante da futura decisão do legislador e, assim sendo, optaram em “não decidir” e prorrogar a deliberação judicial.

Apesar de a adoção das *virtudes passivas* através de um “não decidir” ser interessante por fomentar o debate e permitir que a decisão final seja formulada pelo legislador, a aplicação de técnicas processuais de não decisão pode ir contra princípios básicos do republicanismo e da tradição judicial de vedação do *non liquet*. Será que podemos aceitar um longo pedido de vista de algum ministro do Supremo Tribunal Federal ou de suspensão de julgamento em questões de grande anseio popular e, sobretudo, quando já houver maioria formada? Afirmar que o Judiciário deve utilizar as *virtudes passivas* em casos divergentes e polêmicos não seria uma contradição com a própria função jurisdicional de resolução de conflitos jurídicos e sociais?¹⁵¹ Em um cenário de *passivismo institucional* do Judiciário e, pior ainda, de todos os poderes estatais, é bem provável que aqueles mais prejudicados sejam os direitos fundamentais dos cidadãos e a força normativa da Constituição¹⁵². Além disso, analisando os diversos casos de aplicação das virtudes passivas, não se pode negar que, em diversas ocasiões, questões procedimentais podem ser (e realmente são) utilizadas de forma não transparente, sem que haja a exposição dos reais motivos da adoção daquele procedimento, permitindo, assim, que a técnica seja utilizada em situações nem um pouco republicanas e que não se coadunam com a imparcialidade judicial.

Considerando os problemas apontados acima, a aplicação das *virtudes passivas* não é vista com bons olhos pela doutrina e pela própria opinião pública. No entanto, Cass Sunstein apresentou uma nova forma de restrição da atuação judicial denominada de *minimalismo judicial*, pautada no que ele chamou de “uso construtivo do silêncio”, que substitui as virtudes passivas de forma bastante proveitosa, devendo ser estudada e seguida. Sunstein defende que, ao decidir casos complexos do ponto de vista moral e político, os juízes devem adotar a estratégia de “dizer não mais do que necessário para justificar a decisão”, devendo “deixar o

¹⁵⁰ STF, Pleno, MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento de 22.06.2011 (Informativo 632 do STF).

¹⁵¹ GARDBAUM, Stephen. **Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies?** Op. cit., p. 309.

¹⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 241.

máximo possível as coisas indecisas” e adotar “acordos incompletamente teorizados”¹⁵³. O minimalismo, segundo ele, teria duas características atraentes. Primeiro, reduziria os encargos da decisão judicial com preocupações ou teorias desnecessárias e indesejáveis. Segundo, mais importante ainda, o minimalismo evitaria em menos escala os erros judiciais, tornando-os menos prejudiciais para a sociedade democrática¹⁵⁴. De qualquer forma, importante dizer que o próprio Sunstein, de maneira bastante adequada, afirma que o minimalismo judicial não é aplicável a todo e qualquer caso, apesar de sua adoção ser uma medida preferencial¹⁵⁵. Reconhece ele que algumas circunstâncias podem favorecer ou recomendar uma decisão maximalista, principalmente se houver a confiança dos juízes no acerto da decisão¹⁵⁶. A análise entre uma decisão minimalista ou maximalista, então, segundo ele, não deverá ser feita em abstrato, mas dependerá do contexto do caso concreto com uma análise comparativa da competência institucional¹⁵⁷.

Embora Sunstein não descreva o minimalismo judicial como uma teoria do diálogo constitucional, a natureza dialógica e de reforço da democracia foi observada e apoiada por vários estudiosos¹⁵⁸. Além disso, o minimalismo apresenta um real incremento em relação às virtudes passivas de Bickel. Com efeito, Sunstein atenua algumas das propostas de Bickel, estabelecendo uma forma mais razoável de atuação judicial. Enquanto para Bickel o tribunal dever “não decidir”, usando ferramentas processuais discricionárias e de difícil controle, para Sunstein, o tribunal deve decidir da forma mais modesta possível, sendo que tal estratégia já estaria incluída dentro do poder de invalidar ou legitimar leis com base em normas constitucionais. No caso do aborto, em que há uma divergência profunda e persistente, a corte

¹⁵³ Não se pode esquecer que, em muitas situações na vida, pessoas razoáveis e igualmente determinadas a fazer o bem podem concordar com determinado ponto de vista, mas discordar a respeito de outras circunstâncias mais específicas ou profundas sobre o mesmo ponto. Assim, podemos concordar a respeito da existência de um importante valor, como o da dignidade humana, mas não concordarmos quanto a sua aplicação em determinados casos (cf. SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 21).

¹⁵⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1999; SUNSTEIN, Cass. *The Supreme Court 1995 Term - Foreword: Leaving things undecided*. **Harvard Law Review**, vol. 110, p. 4-101, 1996.

¹⁵⁵ Idem. **One case at a time**. Op. cit., p. 5-6 (afirmando que “*courts should usually attempt to issue rulings that leave things undecided and that, if possible, are catalytic rather than preclusive. They should indulge presumption if favor of minimalism*”).

¹⁵⁶ Ibidem, p. 57.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 262 (afirmando que a escolha pela aplicação pelo “*minimalismo cannot be decided in the abstract; everything depends on context, prominently including assessments of comparative institutional competence*”).

¹⁵⁸ HEISE, Michael. *Preliminary thoughts on the virtues of passive dialogue*. **Akron Law Review**, vol. 34, n. 1, p. 73-106, 2000, p. 77-79; WEXLER, Jay. *Defending the middle way: intermediate scrutiny as judicial minimalism*. **George Washington Law Review**, vol. 66, p. 298, 1998, p. 309.

deverá limitar seus fundamentos teóricos e, mais do que isso, deve ser econômica com uma eventual liberação da prática, devendo avançar, se for o caso, a passos moderados. Seria o caso, por exemplo, de a corte evitar a discussão sobre o momento do início da vida, tendo em vista a ausência de consensos sobre este ponto, sendo um desacordo tão persistente que se mostra razoável presumir a sua existência pelos próximos séculos ou milênios.

No Capítulo anterior, afirmamos que a razão pública, como instrumento do respeito mútuo e da reciprocidade, corresponde a uma condição deliberativa e democrática em um contexto de pluralismo político, devendo o Judiciário, como órgão estatal cujas ações são voltadas para a pluralidade, elaborar suas decisões em argumentos que todos possam compreender e aceitar. Indo além, pode-se dizer que, em um contexto de pluralismo e de constantes desacordos morais razoáveis, a adoção de uma postura pautada em uma “*economia de discordância*”¹⁵⁹ com o uso, sobretudo, de razões públicas amplamente aceitáveis, além de promover o valor do respeito mútuo, pode ampliar o consenso com a fixação de acordos incompletos e provisórios, deixando algumas questões não resolvidas em aberto na sociedade e fazendo com que os cidadãos possam continuar a trabalhar juntos para chegar a um senso comum mais estreito no futuro. Em última análise, o minimalismo judicial e o uso de razões públicas possuem um elo em comum, já que o juiz, ao buscar argumentos de razões públicas, estará se afastando de determinadas concepções específicas e sendo econômico em sua fundamentação, adotando apenas aquilo considerado minimamente aceitável em um contexto democrático e pluralista.

Segundo (ii), a decisão de segunda ordem também poderá ser utilizada para fixar um procedimento de interpretação das normas constitucionais e para graduar a cognição das evidências e das premissas apresentadas nesse procedimento, possibilitando, conseqüentemente, uma menor ou maior deferência os atos dos outros poderes, principalmente em questões de alta complexidade institucional ou moral. Nesse sentido, em uma decisão de segunda ordem, as cortes poderão optar, por exemplo, por um método de interpretação que seja mais consensual, ou por um método que seja mais transparente, ou por um método que seja mais objetivo e simples ou mesmo por um método que tenha etapas racionais e lógicas. Segundo observaremos no Capítulo 5, acreditamos (e justificaremos) que a opção pelo uso da proporcionalidade, ainda que existam divergências na doutrina, pode contribuir não só para ampliar a margem de consensos, já que (a) permite o uso mais flagrante de razões públicas em um terreno mais tolerante e de baixa divergência moral, mas também

¹⁵⁹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Op. cit., p. 181 e ss.

(b) servirá de instrumento de legitimidade, uma vez que o método possui uma ampla aceitação, visto pela maioria como instrumento adequado de interpretação e de resolução de conflitos de normas constitucionais.

Apesar das críticas, (a) acreditamos que a proporcionalidade mostra-se como um procedimento que exige do intérprete uma estruturação de raciocínio de forma articulada e clara para o entendimento de todos, encorajando uma argumentação acessível, ainda que os indivíduos não tenham pleno conhecimento jurídico sobre a questão¹⁶⁰ ou ainda que haja uma grande divergência sobre os valores culturais e morais envolvidos. A proporcionalidade, assim, tem a capacidade de transformar um debate sobre “valores culturais e morais controversos” em um debate sobre “fatos e pesos”, mudando o grau do desacordo de “alto nível” para “baixo nível”¹⁶¹ e tornando mais fácil a sua acomodação em um ambiente marcado pelo pluralismo e pela divergência¹⁶². Como bem colocou Marcelo Neves, “o consenso em relação aos procedimentos possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-a suportável na sociedade complexa de hoje”¹⁶³.

Além disso, (b) a proporcionalidade, por ter uma ampla aceitação na jurisprudência e na doutrina, pode ser considerada uma *linguagem comum*, isto é, um instrumento consensualmente aceito como adequado e válido para a interpretação constitucional, o que teria a vantagem de gerar previsibilidade e segurança em um campo de natural indeterminação. Essa circunstância, inclusive, seria uma forma de dar maior legitimidade às decisões judiciais, já que todas as instituições e todos os cidadãos poderiam ser convidados a participar de sua formulação e de seu controle. E mais do que isso, a proporcionalidade pode ser um elemento que permitirá o diálogo honesto e respeitoso entre as instituições políticas, criando uma linguagem através da qual as instituições poderão se comunicar e até tentar persuadir o outro. A proporcionalidade seria, assim, a *língua franca* que promove o diálogo entre diversas ideologias, culturas, doutrinas abrangentes, instituições e poderes de Estado. De qualquer forma, importante dizer que não é comum considerar a proporcionalidade como um instrumento de diálogo, sendo normalmente apontada ela como instrumento de supremacia e

¹⁶⁰ KUMM, Matthias. *The idea of socratic constestations in the right to justification: the point of rights-based proportionality*. **Law and Ethics of Human Rights**, n. 4, p. 141-157, 2010, p. 150.

¹⁶¹ SUNSTEIN, Cass. *Political conflict and legal agreement*. **Tanner Lectures in Human Values**, vol. 17, p. 137-249, 1996, p. 143.

¹⁶² BEATTY, David. **The ultimate rule of law**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 16.

¹⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 144.

ativismo judicial; no entanto, por conta do exposto, concordamos com autores, como Conrado Hübner Mendes, que a catalogam como instrumento de fortalecimento da interação e de diálogo entre as instituições¹⁶⁴. Assim sendo, a proporcionalidade será o método interpretativo escolhido para analisar conflitos normativos entre direitos fundamentais que possuem uma grande dose de indeterminação e abstração, sendo esse o procedimento a ser utilizado, no Capítulo 6, para análise da criminalização do aborto.

Além de fixar um procedimento de interpretação das normas constitucionais, a decisão de segunda ordem pode ser utilizada também para determinar a escolha da graduação da cognição das evidências e das premissas apresentadas na justificação do ato conformador ou restritivo das normas constitucionais. Como será visto no Capítulo 5, o controle de proporcionalidade poderá ser dividido em três tipos com base na cognição que será feita sobre a razoabilidade ou credibilidade das premissas e das evidências apresentadas, devendo o juiz optar por uma delas antes de aferir se a legislação é considerada arbitrária ou abusiva. A proposta será no sentido de que, dentro da proporcionalidade como método interpretativo dos direitos fundamentais, pode ser acrescida a análise da razoabilidade, vista como aferição da credibilidade da justificação, de forma gradiente, ou seja, com base em uma cognição e avaliação mais ou menos rigorosa das evidências e das premissas apresentadas. Nessa linha, serão estabelecidas, neste trabalho, três formas de graus de controle de proporcionalidade: controle severo, controle probabilístico e controle satisfatório. A proporcionalidade graduada, então, poderá servir como um instrumento de deferência ao mesmo tempo que também poderá ser produtiva para a fixação de uma interpretação constitucional também voltada para as instituições (“quem”) e não somente sobre o significado das normas (“o que”). Por exemplo, como demonstraremos no Capítulo 6, sobre o caso do aborto, em que há uma profunda divergência e uma grande complexidade moral, as cortes deverão realizar o controle de proporcionalidade em suas três etapas através de uma visão um pouco mais superficial, afastada de uma cognição mais profunda sobre as evidências e as premissas apresentadas, isso em respeito ao desacordo moral razoável presente, mas, por outro lado, o controle também não poderá ser o mais deferente possível, devendo ser escolhido o caminho intermediário, já que estão envolvidos relevantes direitos fundamentais em seu núcleo mais profundo.

Terceiro (*iii*), a decisão de segunda ordem também poderá ser utilizada para recomendar que os juízes, sobretudo a Corte Constitucional, estabeleçam uma forma de implementação dos efeitos de sua decisão no controle de constitucionalidade que não seja

¹⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2**. Op. cit.

impositiva ou mandatória, mas que seja apenas indicativa e não vinculante.

Como se sabe, é da tradição de nosso constitucionalismo a adoção da tese da *nulidade dos atos inconstitucionais*, ou seja, os atos que forem incompatíveis com a Constituição são inválidos, aplicando-se a sanção mais grave da nulidade com a retirada completa dos efeitos passados, presentes e futuros do ato inconstitucional. A lógica, apresentada por Alexander Hamilton e firmada por John Marshall em *Marbury v. Madison* de 1803, vem sido repetida pelos os autores como uma obviedade: aplicar um ato inconstitucional é violar a supremacia da Constituição, sendo que aceitar a produção de efeitos por este ato inconstitucional é aceitar a negativa de vigência da Constituição¹⁶⁵.

No entanto, a tese da nulidade, apesar de guardar uma lógica irrepreensível, peca em propor que o Judiciário seja aquela instituição que teria a natural competência para reconhecer a invalidade do ato inconstitucional e decretar sua nulidade. Em verdade, entender que um ato inconstitucional é inválido, não significa dizer que o Judiciário deverá, em todos os casos, decretar de forma automático a nulidade do ato com efeitos retroativos em todos os casos. Tanto não é assim que o nosso sistema jurídico pátrio permite que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal possa restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado pela Corte (art. 27, Lei 9.868/99).

Claro que definir o que venha a ser caso de “excepcional interesse social” não é tarefa das mais fáceis; todavia, acreditamos que dentro do conceito devem estar inseridos aqueles casos em que houver uma grande divergência moral razoável a respeito do conteúdo ou da aplicação de valores altamente relevantes tais como o direito de liberdade e o direito à vida. Por exemplo, ao se deparar com o caso do aborto, poderá a Corte chegar a conclusão de que a criminalização não é uma medida proporcional aos fins constitucionais mesmo em se adotando uma cognição das premissas e das evidências de forma mais superficial, mas, mesmo assim, entender por bem não reconhecer a invalidade automática da norma penal criminalizadora (*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia ou decretação de nulidade*) ou deixar que os efeitos da decretação da nulidade surjam apenas em um momento futuro (*declaração de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro ou prospectivos*), após o exaurimento de determinado prazo ou após uma reanálise da questão pela Corte, possibilitando, assim, que haja uma apreciação prévia da matéria pelo Legislativo e haja um

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38.

aprofundamento do debate público sobre o tema.

Os dois modelos de decisão judicial mencionados acima podem instrumentalizar bem uma postura deferente e dialógica própria do modelo fraco de controle judicial, merecendo uma análise um pouco mais detida. Na primeira hipótese de declaração de inconstitucionalidade, poderá o tribunal declarar a incompatibilidade da legislação com a Constituição sem, contudo, decretar a invalidade da norma (*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade*). Essa solução foi estabelecida, por exemplo, no Reino Unido com sua adesão ao regime de direitos humanos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o que fez com que houvesse uma exigência de conciliação da tradicional supremacia parlamentar com a lógica de supremacia dos direitos humanos. Assim, em 1998, foi editada a Carta de Direitos Humanos (*Human Rights Act*) que, dentre outras coisas, permitiu, pela primeira vez no direito inglês, alguma forma de controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo. Primeiro, a lei previu de forma expressa (Seção 3.1) que a legislação deveria ser lida e aplicada de forma compatível com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, devendo o Judiciário realizar, sempre que possível, uma interpretação conforme. Além disso, não sendo possível que a realização de uma interpretação conforme, por conta dos limites literais do texto normativo, houve a autorização (Seção 4) para que pudesse haver uma *declaração de incompatibilidade* judicial, apesar de não haver uma autorização para que esta decisão determinasse a invalidade da disposição legal.

Bem feita a adaptação e utilizando como fundamento legal o art. 27 da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, nos mesmos moldes do constitucionalismo inglês, poderá formular uma decisão de segunda ordem e sopesar a possibilidade de se implementar este tipo de decisão que reconhece a inconstitucionalidade eventual de determinada lei ou ato normativo, sem, todavia, reconhecer a invalidade da norma com a tradicional decretação de nulidade com efeitos retrospectivos. No caso brasileiro, aliás, a aplicação desse tipo de decisão não seria algo novo, sendo muito comum em casos de omissão inconstitucional parcial, tendo em vista que, nesses casos, a pronúncia da nulidade teria o efeito de gerar uma situação mais grave com a consequente omissão completa e total do que a manutenção da norma parcialmente omissa e inconstitucional¹⁶⁶. Assim foi, por exemplo, conforme o

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1259 (indo além e afirmando que a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou sem a pronúncia da nulidade não expressa algo novo no Direito Constitucional brasileiro, já que desde 1946, com a representação interventiva, o Supremo Tribunal Federal deveria limitar-se a constatar e declarar a incompatibilidade de um ato com os princípios sensíveis)

Supremo decidiu a questão da insuficiência do valor do salário mínimo para atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros familiares na conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.458¹⁶⁷.

A proposta de o Judiciário atuar, por vezes, como uma instituição consultora foi defendida pela teoria denominada de “*entrega de conselhos*” (*advice-giving*), adotada dentre outros por Neal Kumar Katyal¹⁶⁸, que sugeriu que as cortes poderiam usar, no controle judicial, uma série de técnicas de interpretação e de tomada de decisão, a fim de recomendar cursos de ação específicos aos outros poderes e aconselhá-los sobre formas de evitar condutas inconstitucionais¹⁶⁹. Em geral, o aconselhamento ocorre quando os juízes recomendam, mas não exigem ou decretam, um determinado curso de ação baseado em uma regra ou princípio constitucional, não obstante a doutrina também apresentar outras formas de aconselhamento. A proposta de Katyal, por exemplo, era mais ampla que a defendida neste trabalho. Para o autor a entrega de conselhos poderia ocorrer até mesmo com a aplicação do modelo forte de controle judicial, podendo o Judiciário, ao invalidar determinada norma, recomendar uma postura a ser adotada pelo Legislativo a fim de evitar futuros atos inconstitucionais¹⁷⁰. No entanto, ainda que a teoria da entrega de conselhos possa ter sua utilidade dialógica mesmo nos casos de aplicação do controle judicial forte, acreditamos que sua aplicação possui maior utilidade no caso do controle judicial fraco. Nessa circunstância, poderá o Judiciário atuar como um órgão opinativo e não vinculante naqueles casos em que há a necessidade de uma maior deliberação ou reflexão das outras instituições ou dos membros do povo antes de uma decisão definitiva, tal como deve ocorrer nos casos em que há a presença do desafiante desacordo moral razoável.

No segundo modelo de decisão judicial dialógica ponderada na decisão de segunda ordem, o tribunal poderá declarar a incompatibilidade da legislação com a Constituição e, ao

¹⁶⁷ STF, Pleno, ADI 1.458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 20.09.1996, p. 34531.

¹⁶⁸ KATYAL, Neal Kumar. *Judge as advicegivers*. **Stanford Law Review**, vol. 50, p. 1709-1824, 1999, p. 1824 (“*The three branches of government were designed to work in harmony. By creating the conditions for productive conversation between the political branches and the judiciary, advicegiving can aid our governments in the task of serving their master-the American people. Instead of alternating between hostility and deference, courts should self-consciously set out to work in partnership with other branches and other governments. Doing so will enhance democratic decisionmaking, popular accountability, federalism, and judicial candor*”).

¹⁶⁹ BATEUP, Christine. **The dialogic promise**. Op. cit., p. 1123-1124.

¹⁷⁰ É possível ser vislumbrada três maneiras nas quais os juízes poderiam utilizar técnicas de “entrega de conselhos”. Primeiro, as cortes podem não só declarar a inconstitucionalidade e decretar a nulidade da legislação, mas também fornecer alguma forma de aconselhamento ou recomendação às instituições políticas para que possam seguir os fins que estão previstos na Constituição na opinião da corte. Segundo, as cortes podem declarar a constitucionalidade sem a nulidade da legislação, encorajando os atores políticos a revisar, em um momento futuro, as normas estabelecidas. Terceiro, poderão as cortes declarar a inconstitucionalidade de alguma omissão do legislador e recomendar que a futura norma siga determinados caminhos ou princípios.

mesmo tempo, decretar a invalidade da norma, mas, considerando as peculiaridades do caso, poderá estabelecer também um limite temporal de não eficácia da decisão com a suspensão da decretação de nulidade por um período específico ou até que haja uma nova apreciação do tribunal sobre a questão (*declaração de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro ou com efeitos prospectivos*). Apesar de ser apontada como uma modalidade de decisão do modelo fraco de controle judicial, essa forma de decisão tem sido utilizada mesmo pelas cortes constitucionais de países que adotam um controle judicial forte. Dois casos merecem referência, sendo que ambos estão relacionados com a mesma questão divergente (um desacordo moral, apesar de não ser propriamente um desacordo razoável) a respeito do casamento de pessoas do mesmo sexo.

O primeiro exemplo ocorreu na África do Sul. No caso *Fourie* (2005), a Corte Constitucional sul-africana¹⁷¹, liderada pelo voto do *justice* Albie Sachs, determinou que o Parlamento teria um ano para promulgar uma nova legislação sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo para remediar a inconstitucionalidade por violação do direito à igualdade observada na lei sobre o casamento de 1961 (*Marriage Act*) que não previa essa possibilidade. No último dia do prazo, o Parlamento promulgou a *Civil Union Act*, atendendo à decisão da Corte. O segundo exemplo de uma decisão de suspensão da eficácia ou de fixação de prazo de ineficácia com o propósito de fomentar o debate entre as instituições pode ser encontrado na Colômbia. Em 2011, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu que, pelo princípio da igualdade, deveria haver, na legislação sobre o casamento, o mesmo tratamento às relações entre pessoas do mesmo sexo que aquela conferida às relações entre homem e mulher. Naquela ocasião, no entanto, a Corte entendeu por postergar os efeitos da decisão para o futuro, concedendo o prazo de dois anos para o Parlamento editar uma lei que reconhecesse a igualdade no casamento¹⁷². Apesar da manifestação da Corte Constitucional, o Parlamento não se manifestou no prazo concedido, gerando uma dúvida se a decisão da Corte deveria valer a partir do esgotamento do prazo. Assim, mais recentemente, em abril de 2016, a Corte Constitucional, reanalisando a questão, reconheceu em definitivo o direito fundamental de duas pessoas do mesmo sexo se casarem, acrescentando que a atual definição de casamento no Direito Civil aplica-se da mesma forma a casais do mesmo sexo¹⁷³.

No caso brasileiro, a aplicação deste tipo de decisão também não seria algo novo,

¹⁷¹ Corte Constitucional da África do Sul, *Minister of Home Affairs v. Fourie*, ZACC 19, SA 524 (CC), julgado de 01.12.2005.

¹⁷² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-577/11, de 26.07.2011.

¹⁷³ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença SU214/16, de 28.04.2016.

sendo que sua utilização vem ocorrendo em casos de omissão inconstitucional parcial, apesar de ainda não ter sido utilizado para questões moralmente divergentes como ocorreu na África do Sul e na Colômbia. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 2010, fixou prazo de dois anos para a correção legislativa de omissão parcial a respeito da repartição de recursos do Fundo de Participação dos Estados, sendo que, após o decurso do prazo concedido (31.12.2012), o ato legislativo viciado perderia vigência. Analisando a constitucionalidade da Lei Complementar 62/89, que fixava critérios para a rateio do referido Fundo, o Supremo Tribunal entendeu que o art. 2º, I e II, §§1º, 2º e 3º e o Anexo Único da Lei Complementar, passados vinte anos de sua edição, não atenderiam satisfatoriamente à exigência constante do art. 161, II, da CRFB¹⁷⁴. Apesar de haver transcorrido o decurso do prazo fixado pela Corte, a resposta do legislador não tardou, tendo sido editada em julho de 2013 a Lei Complementar 142/2013 que dispôs sobre novos critérios para a repartição do Fundo entre os Estados-membros.

A proposta neste trabalho, então, é ampliar a utilização dessas duas modalidades de decisão judicial para além dos casos de omissão parcial como tem decidido o Supremo Tribunal Federal e introduzi-las de forma bastante ampla na jurisdição constitucional brasileira, possibilitando que o Supremo, analisando o caso concreto, possa aplicar uma ou outra modalidade de decisão sempre que entender que o contexto fático, político ou moral não recomenda a imposição unilateral da vontade da Corte. Assim, por exemplo, em casos de claro desacordo moral razoável como no caso aborto, ainda que uma determinação do controle judicial não esteja vedada, é extremamente recomendável que o Judiciário adote uma postura de cautela, intervindo com moderação e prudência. A Corte, então, atuaria (não devemos ter medo de dizer) como um conselheiro ou como um consultor que poderia manifestar sua opinião de um “fórum de princípios”, especializado e imparcial, dando recomendações ou conselhos para as instituições políticas ou para o próprio povo que, por sua vez, poderiam deliberar e refletir a respeito da eventual mudança de postura e, com base nos novos argumentos ofertados, alterar a escolha política até então em vigor.

Enfim, observamos três hipóteses em que uma decisão de segunda ordem poderá contribuir para uma postura insigne e admirável do Judiciário que muitos poderão dizer ser uma postura judicial “fraca” de forma pejorativa. Não se trata, porém, de um controle fraco que deve ser considerado maléfico ou nocivo *prima facie*. Pelo contrário, as novas e

¹⁷⁴ STF, Pleno, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010; STF, Pleno, ADI 1.987, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010; STF, Pleno, ADI 2.727, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010; STF, Pleno, ADI 3.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010.

instigantes opções que podem ser apresentadas ao Judiciário em uma decisão de segunda ordem permitem que ele atue em coordenação com os outros poderes na implementação dos fins e valores constitucionais, estabelecendo um proveitoso diálogo com os diversos atores políticos da comunidade. No entanto, uma questão que permanece ainda sem resposta diz respeito ao momento em que o minimalismo, o teste fraco da proporcionalidade, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou a declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos devem ser aplicados pelas Cortes Constitucionais e quando um controle judicial forte pautado na supremacia judicial deve ser a opção mais indicada em um contexto de desacordo moral na interpretação de direitos fundamentais. Em outras palavras, quando os juízes devem usar regras centradas na deferência e no diálogo e quando os juízes devem usar regras substantivas para derrubar a legislação?

As respostas para tais indagações irão depender do arranjo institucional e do contexto político em que o Judiciário estiver inserido, podendo haver vários fatores que irão influenciar na postura escolhida pela corte. De qualquer maneira, pode-se sistematizar tais fatores em três. Portanto, a decisão de segunda ordem deve ser sempre elaborada com base (i) no contexto político vivenciado, (ii) nas expectativas depositadas nas diversas instituições estatais e (iii) nas atribuições inerentes a cada dessas instituições¹⁷⁵. Como observamos linhas atrás, existem modelos diversos de controle judicial, sendo que, em abstrato, determinados países podem utilizar de um controle mais forte e outros podem utilizar um controle mais fraco. Assim, a doutrina, quando analisa o controle judicial em determinada comunidade política, costuma classificá-lo de forma binária (supremacia judicial e supremacia legislativa) ou trinária (supremacia judicial, supremacia legislativa e controle judicial fraco ou intermediário)¹⁷⁶. Esta classificação, todavia, é fixada em abstrato, analisando a Constituição e a legislação em vigor, sem qualquer verificação da postura das Cortes Constitucionais nos casos em que lhe são submetidos. Sobre estas classificações duas observações devem ser feitas. Primeiro, as classificações abstratas são insuficientes para representar a realidade do arranjo institucional de determinada comunidade. Será possível, assim, que a Constituição de determinado Estado preveja expressamente a supremacia judicial, mas a postura da Corte Constitucional pode ser tão deferente que, por décadas, não haverá uma sequer declaração de inconstitucionalidade da Corte. Em outras hipóteses, o acesso à jurisdição constitucional

¹⁷⁵ Em sentido semelhante, v. SCHLINK, Bernhard. **Proportionality in constitutional law**. Op. cit., p. 299.

¹⁷⁶ Jeremy Waldron e Mark Tushnet, por exemplo, defendem uma postura “fraca” da revisão judicial, tal como instituído no Reino Unido, sem empreender uma mudança circunstancial ou casuística (WALDRON, Jeremy. **Judges as moral reasoners**. Op. cit., p. 24; TUSHNET, Mark. **The rise of weak-form judicial review**. Op. cit.).

poderá ser tão dificultoso que a Corte Constitucional ficará quase impossibilitada de realizar um controle de constitucionalidade mais rigoroso, mesmo sendo adotado, em tese, uma supremacia judicial.

Segundo, as múltiplas possibilidades de regramento dos arranjos institucionais fazem com que, em determinados casos, um sistema constitucional possa conviver tanto com elementos de um modelo como de outro, o que demonstra a insuficiência de uma classificação binária ou trinária. Em verdade, a diversidade de esquemas e de procedimentos não permite a fixação de rótulos, já que haverá sempre uma ampla margem de estruturação com graus diversos de controle judicial¹⁷⁷. A África do Sul, apontada por muitos autores como modelo de supremacia judicial, pode ser vista também como um exemplo de controle judicial fraco ou intermediário por conta do já mencionado artigo 1.b da Seção 172, que autoriza a Corte Constitucional a emitir (i) uma decisão que limite o efeito da declaração de nulidade, estabelecendo um efeito prospectivo; ou (ii) uma decisão que suspenda a declaração de nulidade por determinado período e, em algumas condições, para permitir que a autoridade competente corrija o defeito. Por essa mesma lógica, então, também no Brasil haveria razoável dúvida a respeito do modelo adotado, tendo em vista do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99, que permite a mesma limitação de efeitos. No entanto, não temos dúvida em afirmar que o arranjo do controle judicial no Brasil é o da supremacia judicial, não só por conta da competência do Supremo Tribunal Federal estabelecida na Constituição, mas, sobretudo, por causa da percepção que a comunidade e que a própria Corte Constitucional têm a respeito dos efeitos da decisão judicial no controle de constitucionalidade.

Terceiro, a opção por um modelo forte ou fraco não parece ser algo que deva ficar a cargo exclusivamente do legislador, podendo a Corte Constitucional, mesmo quando autorizada a realizar um controle forte, graduar sua atuação através de técnicas e estratégias, de forma prévia, ao elaborar uma decisão de segunda ordem. Lembremos que a revisão judicial é uma “questão de design institucional”, que depende do contexto político vivenciado, sendo que eventuais propensões patológicas particulares podem ser decisivas para a adoção de um ou outro modelo. Quem deve, então, distribuir as competências das instituições políticas? A resposta mais óbvia é, primeiramente, “a Constituição”. Afinal, é exatamente ela quem irá realizar essa repartição de competências. Ocorre que, na grande maioria dos casos, a Constituição não prevê de forma clara e detalhada o modo e o grau com que o controle judicial pode ser exercido, sendo que, em alguns casos, como na Constituição norte-

¹⁷⁷ FALLON JR., Richard. **The core of an uneasy case for judicial review**. Op. cit., p. 1733.

americana, ela sequer faz menção expressa esta forma de controle.

A questão central, assim, será saber a quem pertence o poder de estabelecer o design institucional do controle de constitucionalidade na ausência de manifestação do poder constituinte originário. Segundo pensamos, o melhor entendimento é no sentido de que, na ausência de regramento constitucional específico, o modelo de controle de constitucionalidade será determinado não apenas por uma instância hegemônica, mas pelas diversas e variadas interações institucionais que irão ocorrer na cultura política de determinada comunidade, bem como pelas expectativas populares depositadas em cada um dos poderes, resultando, assim, em um equilíbrio institucional e político. Dessa forma, considerando o contexto político de cada comunidade, o design do controle de constitucionalidade poderá ser construído de modo predominante por algum dos três Poderes ou, como é mais provável, haverá uma construção coordenada e equilibrada do controle, sem predomínio ou hegemonia institucional.

Como afirmado acima, do ponto de vista descritivo, o controle judicial poderá ser mais ou menos rigoroso a depender do contexto político em que ele estiver inserido, sendo certo que sempre haverá limites políticos e sociais que irão delimitar sua função judicial, exigindo que juízes e tribunais teorizem previamente as condições de sua decisão e de sua eficácia¹⁷⁸. Dizer que a realidade molda o comportamento dos juízes é uma afirmação correta, mas não se pode esquecer que os juízes também devem ter a pretensão de moldar a realidade. Em um contexto de flagrante violações dos direitos fundamentais pelo Poder Público e com grande apoio popular difuso no Judiciário, afirmar que a postura do Poder Judiciário deve ser apenas de deferência é o mesmo que deixar de usar uma importante arma de combate imediato à ineficácia à violação dos direitos fundamentais¹⁷⁹. Em um contexto de amplo apoio institucional difuso no Judiciário, será ele próprio quem terá maiores condições de influir na própria competência e remodelar o desenho institucional do Estado, delimitando o grau de sua intervenção nas competências constitucionais dos outros poderes, tendo sob justificativa a proteção da Constituição e a promoção dos direitos humanos.

¹⁷⁸ POST, Robert. *Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between Law and Politics*. **California Law Review**, vol. 98, p. 1319-1350, 2010, p. 1322; SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and institutions*. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003 (afirmando que uma compreensão das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos deve permitir que diversas pessoas, com diferentes pontos de vista sobre a interpretação ideal, concordem sobre o que a interpretação real deve implicar).

¹⁷⁹ ROACH, Kent. *Dialogic judicial review and its critics*. **Supreme Court Law Review**, vol. 23, 49-104, 2004, p. 51 (afirmando que “*dialogue theory is not a theory of judicial review that will tell judges how to decide hard cases. Judges do not dialogue with legislatures. They decide cases according to their view of the law. Dialogue theorists should addressing their arguments as much to the public and legislators as to the judges*”).

Por outro lado, em um contexto de plena normalidade constitucional e de perfeito funcionamento da democracia deliberativa, mesmo que o Judiciário possua um grande apoio popular difuso, a postura adequada das cortes, do ponto de vista democrático, deve ser sempre de busca pelo diálogo com outras instituições e de fomento da deliberação. E essa postura é ainda mais recomendada nos casos em que o Judiciário estiver diante um desacordo moral razoável, onde não há uma única resposta correta para a interpretação constitucional e para a resolução do caso. De qualquer forma, a participação do Judiciário, ainda que em uma menor medida ou através de um controle mais fraco, poderá ser extremamente produtiva para o debate democrático, já que insere a opinião do “fórum de princípios”, promovendo uma maior reflexão e preocupação com direitos fundamentais.

Não podemos deixar de mencionar antes de encerrarmos o capítulo que estudos sobre aborto na Europa e nos EUA indicam que uma política baseada em direitos é a mais adequada e mais justa para lidar com questões relacionadas sobre o aborto, sendo certo que essa política poderá decorrer de uma (i) *imposição judicial*, quando os processos legislativos não tratam com respeito determinados grupos, prejudicando de forma flagrante direitos dos grupos desfavorecidos, como as mulheres, ou poderão partir de (ii) *soluções legislativas* que também serão baseadas em direitos, quando houver uma deliberação pública pautada no respeito mútuo e na consciência de resguardo aos direitos fundamentais¹⁸⁰. No entanto, um caminho intermediário pode ser trilhado quando não houver uma violação tão flagrante de direitos fundamentais e também quando não houver um vício deliberativo tão pronunciado, com a possibilidade de o Judiciário sugerir ou recomendar um debate pautado em direitos e no respeito mútuo, podendo o Legislativo realizar, conseqüentemente, uma maior reflexão e uma nova deliberação sobre o tema. Nesse cenário, as instituições políticas e o próprio povo podem chegar a uma conclusão diferente a respeito da política pública sobre o aborto, passando a entender que a postura estatal de criminalização ampla deve ser revista e seguir rumo diverso, com a adoção de uma política mais humanizada e que observe a dignidade da pessoa humana¹⁸¹. Esse caminho dialógico, ao invés de desproteger direitos fundamentais, incrementa a conscientização por esses direitos não só entre advogados, promotores e juízes,

¹⁸⁰ RIMALT, Noya. *When rights don't talk. abortion law and the politics of compromise*. **Yale Journal of Law and Feminism**, vol. 28, p. 328-379, 2017 (afirmando que quando “direitos não falam”, ou seja, não há uma efetiva preocupação com os direitos fundamentais no debate público, nem a igualdade de gênero nem a justiça de gênero podem ser totalmente realizadas na comunidade).

¹⁸¹ GARDBAUM, Stephen. **The case for the new commonwealth model of constitutionalism**. Op. cit., p. 2247 (afirmando que, no contexto de discordância razoável sobre os direitos, a dispersão e não a concentração de responsabilidade provavelmente afetará o conteúdo dos direitos reconhecidos, dando maior proteção a eles).

mas também entre todos os cidadãos, fortalecendo ainda mais a deliberação democrática e a democracia de direitos.

3.4. Conclusão

Neste Capítulo, tivemos a oportunidade de observar a interação que o Judiciário possui com a democracia e propor uma postura deliberativa para as cortes, principalmente naqueles casos em que a interpretação constitucional envolver alguma forma de desacordo moral razoável. Assim, foram vistos os percalços de legitimidade que a dificuldade contramajoritária inegavelmente pode representar para o controle judicial de constitucionalidade, sendo proposta uma solução pautada nas teorias dialógicas adotadas em conjunto, já que cada uma delas fornece uma visão bastante proveitosa do fenômeno institucional e político em uma sociedade democrática e pluralista.

Partindo do pressuposto de que, do ponto de vista descritivo, o Judiciário não será jamais o “poder mais poderoso”, sendo que a interação e o diálogo entre as instituições estabelecem um equilíbrio institucional adequado para o contexto político vivenciado, propusemos uma nova abordagem do controle judicial pautada no diálogo e na deferência, mas sem a retirada por completo de um controle judicial mais forte na proteção de direitos fundamentais, tudo a depender do caso concreto. Nesse sentido, foi afirmada a necessidade de os juízes e os tribunais realizarem uma metadecisão ou decisão de segunda ordem a respeito de questões institucionais para a construção de uma decisão de primeira ordem adequada ao contexto político e social. Nesta metadecisão, conforme defendemos, seriam analisados (i) o grau de profundidade da fundamentação que será efetuada na decisão de primeira ordem; (ii) o grau de cognição e avaliação das premissas e evidências apresentadas; e (iii) o grau de eficácia da decisão final.

Em síntese, seja do ponto de vista descritivo ou prescritivo, acreditamos que uma postura de predomínio do diálogo e da deferência, ao mesmo tempo que não estabelece os juízes como defensores platônicos infalíveis¹⁸², assegura o equilíbrio entre os poderes estatais¹⁸³, possibilita que haja um incremento para o discurso pautado em direitos e permite

¹⁸² ROACH, Kent. **Dialogic judicial review and its critics**. Op.cit. p. 104.

¹⁸³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 471 (afirmando que “a doutrina da autocontenção convida os julgadores a abster-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui plena justificativa e compromete o equilíbrio entre os poderes estatais”).

que haja o fortalecimento da democrática com o fomento das condições de deliberação¹⁸⁴. No entanto, se estabelecemos neste Capítulo um certo plano de análise para a decisão de segunda ordem, ainda deixamos em aberto a forma como deve ocorrer a decisão de primeira ordem em um cenário de conflitos razoáveis entre valores entrincheirados na Constituição como direitos mínimos, essenciais ou fundamentais. Reservamos esta análise para o próximo Capítulo, onde será proposta a utilização da proporcionalidade como método de resolução dos conflitos entre normas fundamentais.

¹⁸⁴ Sobre as condições de deliberação, fazemos remissão ao Capítulo 2, item 5.

4. RECONSTRUINDO UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Introdução

Algumas pessoas acreditam que a própria ideia de interpretação exige que os juízes adotem um método único e particular para interpretar a Constituição. Durante muito tempo, a preocupação da doutrina majoritária tem sido buscar o melhor método interpretativo que consiga extrair o “real sentido”, “a melhor interpretação”, a “*mens legis*” ou o “espírito da lei” daquele conjunto de signos linguísticos presentes no texto normativo constitucional¹. Ideias mais sofisticadas propuseram, recentemente, uma interpretação jurídica exclusivamente pautada na linguagem, sob a justificativa de que seria essa a forma de se estabelecer as relações intersubjetivas da sociedade. Tudo seria linguagem para essa corrente. O grande problema com todas essas visões é que, na realidade, a interpretação das normas constitucionais será sempre compatível com uma variedade de abordagens diferentes, sendo que nenhuma delas será vinculante ou obrigatória, tal como se houvesse algum direito natural em se adotar determinada interpretação. Como bem pontuou Alexander Aleinikoff, a Constituição é um documento complexo, sendo que uma teoria unitária de interpretação constitucional pode ser elegante, mas é provável que seja uma abordagem claramente irreal². Assim sendo, qualquer abordagem sobre o sentido ou a interpretação da Constituição deve ser defendida com o argumento de que a sua adoção tornaria a ordem constitucional melhor por uma questão de justiça ou por uma questão de harmonia social, mas não por conta de uma essencialidade ou inafastabilidade³. Observando todo esse contexto acima, a *nova hermenêutica* vem se preocupando em uma abordagem ampla de interpretação constitucional, tentando conciliar diversos pontos de vista, seja (i) analisando os significados e a estrutura das palavras utilizadas no texto normativo, (ii) perquirindo a influência real da cultura, das práticas sociais

¹ A ideia de que existiria um conteúdo inerente ou imanente em cada norma jurídica a ser descoberto pelo intérprete era muito comum na hermenêutica clássica (v. SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 9). Apesar de ainda encontrar forte guarida no direito brasileiro, a doutrina mais moderna afasta a ideia de que a interpretação seja algo meramente cognitivo, tendo a pretensão de “descobrir” algo dado e acabado (nesse sentido v. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 73).

² ALEINIKOFF, Alexander. *Constitutional law in the Age of Balancing*. **Yale Law Journal**, vol. 96, n. 5, p. 943-1005, 1987, p. 1001-1002.

³ Em sentido semelhante, v. SUNSTEIN, Cass. **There is nothing that interpretation just is**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2489088>. Acesso em 30 nov. 2017.

e da moralidade no conteúdo das normas jurídicas; ou (iii) pesquisando as diversas interações que as instituições políticas podem realizar entre si e com a sociedade.

Considerando a pluralidade hermenêutica, a atividade de interpretação constitucional passa a ser algo complexo, dependendo de diversas circunstâncias variantes. Questões práticas que, antes, eram tratadas como algo artificialmente simples, são postas a prova e passam a demandar uma reflexão maior do intérprete, que não deverá se contentar com aquilo que ele particularmente acredita ser a única ou a melhor interpretação da Constituição. Assim, questões que aparentavam ser evidentes, mostram-se muito mais desafiadoras. Novas indagações são feitas e as respostas simples e pacíficas deixam de existir. Como dizer de boa-fé, por exemplo, que as respostas a todas as seguintes perguntas são claramente encontradas na Constituição: O prefeito municipal pode impedir a prática do arremesso de anão em *pubs* localizados em sua cidade? Uma lei pode permitir que o Estado abata aviões que invadam seu espaço aéreo? Um terrorista pode ser torturado pelo exército para revelar atos de terror que põem em risco milhares de pessoas? Um particular tem o direito de fotografar uma celebridade em seu ambiente privado ou saindo de uma clínica de reabilitação? O Judiciário pode impedir uma prática cultural consolidada em uma comunidade como a “farra do boi” ou “vaquejada”? A resposta para cada uma dessas indagações não pode ser encontrada em uma bola de cristal ou reveladas por um oráculo. Não existe, assim, um caminho racional universal que leve em qualquer tempo e local àquela única resposta correta. Em verdade, todas essas indagações exigem uma acentuada reflexão jurídica, moral e política por parte do intérprete constitucional. Jurídica porque envolvem a aplicação e interpretação de normas vinculantes denominadas de direitos fundamentais, tal como liberdade, privacidade e vida, ou princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana e segurança nacional. Moral porque também envolvem conflitos morais que demandam a realização de escolhas e balanceamento de valores compartilhados pela comunidade. Político porque estão relacionadas com o papel da coletividade e do Estado na solução do conflito, necessitando haver uma indagação prévia a respeito da participação de cada instituição pública para a contribuição na decisão final sobre a questão.

Neste capítulo, haverá a oportunidade de analisarmos a estrutura dos direitos fundamentais, sobretudo, através de seu aspecto normativo, mas sem esquecer que eles também representam a pauta moral da coletividade. Assim sendo, no primeiro tópico, (i) será o momento de se averiguar a formação jurídica dos direitos fundamentais na comunidade política e o caminho jurídico percorrido entre a norma moral até sua estruturação em norma jurídica fundamental. Já no segundo tópico, (ii) analisando as duas principais teorias a

respeito da tensão entre direitos fundamentais, a preocupação será em indagar a respeito da forma como os direitos fundamentais se interagem um com os outros, considerando a premissa básica que todos eles devem conviver de forma harmônica. No tópico seguinte, (iii) haverá a escolha de um procedimento interpretativo para a delimitação e sopesamento dos diferentes direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional, sendo elaborada, então, uma defesa da proporcionalidade como este método interpretativo. Por fim, no último tópico, (iv) será o momento no qual haverá a tentativa de se reconstruir um método de interpretação dos direitos fundamentais que se coadune com diversos princípios institucionais previstos na Constituição tais como a separação de poderes e a democracia representativa. Ou seja, será o momento de se estabelecer um controle dinâmico e graduado da proporcionalidade através da análise mais ou menos criteriosa da cognição sobre as premissas e as evidências apresentadas na justificação do ato interventivo ou regulador dos direitos fundamentais.

4.2. A Natureza e a Estrutura das Normas sobre Direitos Fundamentais

4.2.1. O constitucionalismo e a construção de valores jurídicos

É característica do constitucionalismo moderno a presença de um rol de direitos essenciais da pessoa humana na Constituição⁴. É a partir do constitucionalismo moderno e das revoluções do século XVIII que diversos valores morais relevantes para a comunidade política se consolidam em normas jurídicas superiores. Valores morais que já desfrutariam do ponto de vista social e moral de uma supremacia substantiva, pois representavam importantes valores consensualmente construídos ao longo da história da comunidade, passam a ter uma supremacia formal-jurídica, uma vez que positivados na lei hierarquicamente superior do Estado. Com essa confluência de valores morais em normas constitucionais, a moral passa, então, a ser também jurídica⁵ e o Direito passa a ser não só um conjunto de normas

⁴ Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), existem 206 Estados soberanos catalogados e 193 Estados membros da ONU. Dentre esses, 190 Estados possuem constituições escritas, enquanto que pelo menos 183 Estados possuem um rol de direitos fundamentais (dados extraídos de <http://www.un.org> e <https://www.constituteproject.org>). Ressalte-se que o número de constituições escritas e de cartas de direitos fundamentais deu um grande salto nas últimas quatro décadas, sobretudo, por conta do processo de democratização de diversos regimes políticos. Como apontaram Alec Stone Sweet e Jud Mathews, o “*novo constitucionalismo*” seria, então, baseado na percepção de que direitos e a proteção de direitos são pilares básicos da legitimidade democrática do Estado (SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *Proportionality, balancing and global constitutionalism*. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 47, p. 68-149, 2008).

⁵ Existe uma grande divergência na doutrina a respeito da distinção entre a Moral e o Direito. Por um lado, destaca-se a *teoria do mínimo ético* ou *dos círculos concêntricos* que afirma que o Direito é uma parte ou um

obrigatórias e vinculantes, mas o mundo moral em que vivemos, com toda a sua complexidade inerente⁶.

Diferentemente do que possa parecer, este processo de constitucionalização dos valores morais não ocorre em minutos, horas, dias ou meses. Em verdade, a constitucionalização dos valores morais mais essenciais de uma comunidade se opera de forma gradual no seio da sociedade política, sendo certa a afirmação de que representam verdadeiros valores históricos. Em outras palavras, apesar de a inserção formal desses valores na Constituição ocorrer em um momento ou em um contexto histórico específico (pelo menos nas constituições escritas e dogmáticas), tais valores defluem da edificação histórica, gradual e progressiva da moralidade de um povo. A ideia de que os valores morais são construídos na sociedade antes mesmo de terem sua positivação na Constituição é, inclusive, a razão de termos valores constitucionais sem positivação expressa, apesar de haver o reconhecimento consolidado de *status* de norma constitucional. Um exemplo desse fenômeno é o direito de privacidade não previsto expressamente na Constituição norte-americana, mas reconhecido desde o caso *Griswold v. Connecticut* (1965) da Suprema Corte como direito fundamental decorrente, principalmente, da cláusula do devido processo legal prevista na 14^a Emenda da Constituição norte-americana⁷. Outro exemplo, dessa vez do direito brasileiro, é o valor

ramo da Moral. A teoria foi defendida no passado, dentre outros, por Jeremy Bentham e Georg Jellinek (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43). No direito contemporâneo, a teoria do mínimo ético não possuía grande prestígio até ser defendida por um grupo notável de autores que buscaram reaproximar Direito e Moral, sendo o maior nome desse grupo o norte-americano Ronald Dworkin. Segundo este renomado autor, o Direito seria um ramo da moralidade política, sendo esta, por sua vez, um ramo da moral geral (DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2011, p. 405). Esta reaproximação do Direito com a Moral vem após um momento de significativo predomínio do positivismo jurídico kelseniano, em que os dois campos eram vistos de forma apartada. Essa mudança de perspectiva, segundo alguns autores, seria uma volta aos valores, uma “virada kantiana” (*kantische Wende*) pós-positivista (TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 249). Lembremos que a reaproximação entre Direito e Moral é apontada como uma das características mais marcantes do pós-positivismo, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura compreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249).

⁶ COVER, Robert. *The Supreme Court 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. **Harvard Law Review**, vol. 97, n. 4, p. 04-68, 1983 (afirmando que habitamos um universo normativo, sendo que o direito não é somente um sistema de normas, mas um *nomos*, ou seja, o mundo em que vivemos e travamos nossa narrativa de vida).

⁷ Em *Griswold v. Connecticut* (1965), a Suprema Corte norte-americana afirmou que uma lei que proibia o uso e a distribuição de contraceptivos era inconstitucional. Nesse precedente, o *justice* William O. Douglas afirmou que o direito de privacidade, apesar de não ser expresso, deveria ser retirado das “penumbras” e “emanações” de outras normas constitucionais. Este precedente, inclusive, serviu para fundamentar importantes casos da Suprema Corte como *Roe v. Wade* (1973), sobre o direito à realização do aborto, *Lawrence v. Texas* (2003), sobre o direito de ter relações homoafetivas, e *Obergefell v. Hodges* (2015), sobre o direito de se casar com pessoas do mesmo sexo.

instrumental não expresso da proporcionalidade que, desde o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855⁸, vem sendo aplicado rotineiramente pelo Supremo Tribunal Federal como norma interpretativa de caráter constitucional, mesmo não havendo previsão expressa na Constituição brasileira⁹.

4.2.2. O pluralismo político e a Constituição Viva

O processo de escolha política de quais valores morais devem figurar como normas jurídicas superiores na Constituição, por sua vez, não é algo simples em uma comunidade pluralista e democrática, sendo que, naturalmente, disputas sociais, políticas e ideológicas irão ocorrer nesse processo, permitindo que, eventualmente, normas constitucionais contemplem valores opostos ou colidentes. Além da divergência inerente, esse pluralismo político apresenta uma ainda maior complexidade filosófica quando reconhecemos que a Constituição é formada por um conjunto de normas que possuem a pretensão de definitividade ou perpetuidade. Expliquemos melhor.

A rigor, as Constituições não são feitas para valerem por um determinado período ou durante um determinado contexto. As Constituições são feitas para disciplinar a vida política de determinada comunidade em caráter permanente, sendo forte a ideia de que suas normas devem ser respeitadas por várias e várias gerações. Entretanto, a comunidade de hoje não é a mesma de amanhã, assim como a de ontem não é a mesma de hoje. Na mesma linha, os valores comunitários não são perpétuos, sendo que ao longo da história comunitária outros valores são acrescentados e outros tantos são transformados ou modificados. Como compatibilizar a rigidez e perpetuidade do constitucionalismo com esta circunstância? Como aceitar um eventual “governo dos mortos sobre os vivos”¹⁰?

⁸ STF, Pleno, ADI 855 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.1993.

⁹ O mesmo ocorre no direito alemão, em que o Tribunal Constitucional Federal reconheceu o caráter constitucional da proporcionalidade mesmo sem previsão expressa. Neste caso, prevalece no direito alemão que o fundamento jurídico para a proporcionalidade seria a cláusula do Estado de Direito. No direito brasileiro, no entanto, existe divergência na doutrina a respeito do fundamento constitucional da proporcionalidade. O Supremo Tribunal Federal, forte na ideia de que a proporcionalidade possui sinonímia com a razoabilidade do direito anglo-saxão, apresenta, de forma bastante consolidada, o fundamento da proporcionalidade na cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, LIV, da CRFB.

¹⁰ A expressão “governo dos mortos sobre os vivos” é atribuída a Thomas Jefferson, que, de fato, acreditava que não poderia haver uma vinculação constitucional a gerações futuras, propondo, então, uma revisão constante da Constituição (v. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-10-ABRIL-2007-RODRIGO%20BRANDAO.pdf>. Acesso em 20 jun. 2017; SARMENTO, Daniel. *A ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. **Revista de Direito do Estado**, n. 2, pp. 83-118, 2006, nota de rodapé 58; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A**

Pode-se dizer que as respostas para tais indagações são encontradas na interpretação constitucional, sobretudo na postura a ser adotada por um intérprete *sensível* (com as emoções e os sentimentos coletivos), *razoável* (com as possibilidades apresentadas), *responsivo* (com a vontade dos membros do povo) e *responsável* (na tentativa de buscar a decisão mais adequada para o caso). Como bem colocou o autor alemão Hermann Heller, ainda sob a influência da Constituição de Weimar, as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma dinâmica, conforme o contexto social for sendo modificado¹¹. Assim, no plano da hermenêutica constitucional, é possível dizer que é através das alterações de sentido do texto normativo (*mutações constitucionais*)¹² que a Constituição se acomoda com os anseios sociais e com as alterações dos valores comunitários, sendo que o intérprete constitucional deve ter sempre a sensibilidade de extrair da moralidade comunitária as possíveis e razoáveis alterações do sentido do texto normativo com o propósito de manter a Constituição viva e perpétua¹³. Assim sendo, se há décadas atrás não seria possível extrair do rol dos direitos fundamentais um direito fundamental ao aborto voluntário; atualmente, considerando novas circunstâncias e considerando uma interpretação evolutiva da Constituição, mostra-se perfeitamente possível extrair das normas constitucionais não só um dever de proteção do Estado em relação ao feto, mas também um direito à interrupção da gravidez em determinadas

constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66-68). A maior manifestação de Jefferson nesse sentido é encontrada em uma carta de 06 de setembro de 1789 direcionada a James Madison. Nesta carta, Jefferson afirma que “*a Terra pertence em usufruto aos vivos; e os mortos não possuem poderes ou direitos sobre ela*” (JEFFERSON, Thomas. *To James Madison, September 6, 1789*. In: FORD, Paul Leicester [ed.]. **The works of Thomas Jefferson in twelve volumes**. Vol. 6. New York and London: G.P. Putnam’s Sons, 1904, p. 04).

¹¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Op. cit., p. 295 e ss.

¹² Segundo Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional “consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Op. cit., p. 125).

¹³ No direito norte-americano, é muito comum a utilização da expressão “Constituição Viva” (*Living Constitution*) para designar a ideia de que a Constituição é um organismo dinâmico que pode mudar de sentido sem a necessidade de alterações formais através de emendas à constituição. Costuma-se apontar Woodrow Wilson como o primeiro autor a estabelecer ideia de “*Living Constitution*” em sua dissertação de doutorado em ciência política apresentada poucos anos antes de assumir a presidência dos Estados Unidos (v. WILSON, Woodrow. **Constitutional government in the United States**. New York: Columbia University Press, 1908). O desenvolvimento da ideia na jurisprudência da Suprema Corte, no entanto, foi estabelecido nos anos seguintes de forma pioneira por Oliver Wendell Holmes e Louis Brandeis, este último indicado pelo próprio Wilson ao cargo de *justice* da Suprema Corte (ACKERMAN, Bruce. *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. **Harvard Law Review**, vol. 120, n. 7, 2007, p. 1793 e ss). A crítica que costuma recair sobre a interpretação viva da Constituição está relacionada com a possibilidade de um pernicioso *ativismo judicial* ao se permitir uma ampla alteração do sentido da Constituição sem a participação do titular do poder constituinte e do legislador constituinte reformador. A improcedência da crítica é evidenciada no fato de que toda e qualquer interpretação constitucional necessita extrair algum significado ou conteúdo da Constituição, que, por sua vez, jamais poderão ser petrificados em décadas ou séculos passados.

circunstâncias, momento em que, na ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, a liberdade da mulher preponderará em relação ao dever de proteção estatal em relação ao feto.

4.2.3. Direitos fundamentais: normas morais na substância

Considerando a inserção de valores morais e políticos na Constituição, o Direito precisa, então, lidar com as normas constitucionais não apenas como signos linguísticos lógicos que precisam de uma sistematização exata e precisa, mas como narrativas da moralidade política de um povo em um determinado contexto sociopolítico. Entender que ao virarem normas jurídicas estes valores tornam-se algo totalmente diferente e dissociados de sua origem parece totalmente inapropriado. Não obstante, ainda é forte a ideia de que as normas jurídicas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas sem qualquer análise de questões morais e com a utilização dos métodos hermenêuticos clássicos¹⁴. A ideia de que os juízes devem basear suas decisões unicamente no texto normativo da lei sem realizar qualquer consideração a respeito da política, da moralidade ou mesmo dos efeitos pragmáticos da decisão está associada intimamente com o *formalismo jurídico*¹⁵ e seu conceito quase matemático de interpretação das leis¹⁶. Não se pode negar que formalismo traz, certamente,

¹⁴ Ernst Forsthoff é o grande nome dessa corrente doutrinária do direito constitucional que recusa a dar às normas constitucionais uma natureza axiológica tal como ocorre com os valores e, como consequência, entende que não haveria distinção na interpretação constitucional para a interpretação legal. Para Forsthoff, equiparar as normas constitucionais a valores retiraria certeza jurídica do processo de interpretação da Constituição, levando a um casuismo irracional (FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial**. Trad. Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 258-260).

¹⁵ Essa visão sobre o formalismo é encontrada em SOLUM, Lawrence. *Pluralism and public legal reason*. **William and Mary Bill of Rights Journal**, vol. 15, p. 7-23, 2006. Em verdade, existem várias formas de compreender o formalismo jurídico, como já afirmamos anteriormente (cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1991, p. 13-40). A mais comum delas, e que é mencionada acima, é no sentido de *interpretação formal do direito* ou *formalismo interpretativo*, que prega a adoção de posturas mais formais na interpretação jurídica. Basicamente esse tipo de formalismo jurídico, dando preferência por métodos formais como a interpretação textual, lógica e sistemática, propõe uma lógica dedutivista e silogística de interpretação, que concebe a decisão judicial como resultado da subsunção do caso concreto em relação à descrição abstrata prevista no texto normativo, defendendo a ideia de que os textos normativos possuíam sentidos fixos e universais, verificáveis de modo objetivo para todos os casos, longe de qualquer ato criativo por parte intérprete. Apesar de atualmente não gozar de grande prestígio, o formalismo ainda possui grandes adeptos na academia. O grande nome do formalismo contemporâneo, sem dúvida, pode ser atribuído a Frederick Schauer. Segundo ele, o formalismo deveria ser repensado por apresentar uma linguagem que pode ser usada para restringir o excesso de poder em um processo de elaboração de decisões (v. SCHAUER, Frederick. *Formalism: legal, constitutional, judicial*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory [eds.]. **The Oxford handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008). Na doutrina brasileira, no meio de diversas críticas, Noel Struchiner apresentou uma defesa da “dignidade do formalismo” que merece leitura e reflexão (STRUCHINER, Noel. *Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico*. In: SARMENTO, Daniel [coord.]. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-482).

¹⁶ Cf. POSNER, Richard. *Legal formalism, legal realism, and the interpretation of statutes and the constitution*. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 37, n. 2, p. 179-212, 1986.

um ponto positivo ao apresentar uma forma de razão pública pautada na legalidade e na obediência a um ato de uma autoridade estatal. Utilizando como padrão hermenêutico uma relevante razão que todos possam aceitar (aplicação e obediência de norma imperativa e vinculante), o formalismo tem o mérito de excluir razões divergentes do ponto de vista moral ou político com a aplicação de razões que são acessíveis a pessoas de doutrinas abrangentes diversas, constituindo inegavelmente uma forma de inserção de razões públicas no discurso judicial. Além disso, não se pode esquecer que o formalismo é a postura adotada por quase todos os juízes naqueles “casos fáceis”, em que há certo consenso a respeito da aplicação da norma jurídica, o que representa, em última análise, a grande parcela dos casos submetidos ao Judiciário.

Por outro lado, o formalismo não apresenta a melhor postura interpretativa e compreensiva da aplicação de todas as normas constitucionais ao se preocupar apenas com o texto normativo, isto é, apenas com a “ponta do iceberg”¹⁷. Observe-se que, mesmo que os juízes sejam unicamente formalistas, em algum momento eles irão se deparar com uma escolha que não poderá ser tomada unicamente através da pura e simples subsunção mecanicista¹⁸, principalmente naqueles casos em que há uma zona de penumbra¹⁹ ou um desacordo judicial ou institucional²⁰ a respeito do conteúdo e aplicação da norma jurídica. Há, assim, o grande problema de o formalismo não conseguir passar pelo *teste de possibilidade* em alguns casos. Primeiro, do ponto de vista psicológico, o formalismo sofreu duro golpe do *realismo jurídico*: se o formalismo jurídico requer que os juízes se comportem contrário aos seus anseios e compreensões particulares, então o formalismo não é humanamente possível, já

¹⁷ A expressão é de MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

¹⁸ KENNEDY, Duncan. *Legal formality*. **Journal of Legal Studies**, vol. 2, n. 2, p. 351-355, 1973 (reconhecendo e ressaltando o método mecanicista do formalismo); BIX, Brian. **Jurisprudence: Theory and context**. 4ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 183 (afirmando que o formalismo é “um movimento quase mecânico, quase silogístico, das premissas básicas a uma conclusão inegável”).

¹⁹ Em seu clássico “O Conceito do Direito”, Herbert Hart, grande nome do positivismo jurídico anglo-saxão, defendeu a tese que as normas gerais e abstratas não são aplicadas de modo simples em determinados casos concretos, mas podem possuir uma ampla margem de penumbra a respeito da adequada aplicação e interpretação (HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137 e ss).

²⁰ Se um texto normativo é mais ou menos abstrato ou mais ou menos indeterminado é de pouca importância para estabelecer um caso como difícil ou fácil, segundo pensamos. Textos claros podem gerar desacordos quanto à interpretação e à aplicação, assim como textos truncados ou indeterminados podem gerar consensos que não importam em grandes discussões teóricas ou práticas. O ponto determinante, portanto, para se caracterizar um caso como difícil parece realmente ser a falta de acordo ou consenso a respeito do que uma norma representa para o caso concreto. Em outras palavras, a complexidade e a dificuldade de interpretação ou aplicação da norma não está na norma em si (objeto), mas naqueles que devem sofrer a incidência dela (sujeitos). Em sentido semelhante, v. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26.

que dificilmente poderíamos ter a pretensão de que os juízes sempre sejam contra quem eles realmente são²¹. Segundo, do ponto de vista metodológico, o formalismo sofre duro golpe da *abertura semântica das normas*: se o formalismo jurídico requer que os juízes se comportem em estrita conformidade com as normas legais, é necessário delimitar de forma prévia e segura o conteúdo de diversas normas abstratas e indeterminadas sem se estabelecer um estreitamento artificial de seus significados²².

Na linha do que até agora argumentamos e antes de tratar sobre a estrutura das normas sobre direitos fundamentais, não podemos deixar de mencionar duas importantes teses a respeito dos direitos fundamentais como valores morais sobranceiros tal como apresentamos acima, uma formulada no âmbito jurisprudencial e outra no âmbito doutrinário. A primeira é a conhecida tese do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no sentido de que a declaração de direitos prevista na Constituição alemã conteria não só um rol de direitos subjetivos, mas representaria uma *ordem objetiva de valores*, ou seja, um conjunto de valores compartilhados pela comunidade que se irradiaria para todo o ordenamento jurídico²³. Com base nesse entendimento, reconheceu o Tribunal Constitucional Alemão que, além da

²¹ A ideia de que os juízes são influenciados por seus anseios ideológicos e políticos no momento da elaboração da decisão judicial foi analisada por diversos estudos empíricos, principalmente no direito norte-americano (v. SEGAL, Jeffrey *et al.* *Ideological values the votes of US Supreme Court justices revisited*. **The Journal of Politics**, vol. 57, n. 3, p. 812-823, 1995; BRENNAN, Thomas; EPSTEIN, Lee; STAUDT, Nancy. *The political economy of judging*. **Minnesota Law Review**, vol. 93, p. 1503-1534, 2009). No Brasil, o estudo comportamental dos juízes começa a ganhar atenção da doutrina nos últimos anos (v. PERRONE, Patrícia. *Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel [coord.]. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, p. 273-310, 2015; ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. **Universitas JUS**, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição ao caso brasileiro*. **Direito e Praxis**, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013).

²² TUSHNET, Mark. *Anti-formalism in recent constitutional theory*. **Michigan Law Review**, vol. 83, n. 6, p. 1502-1544, 1985, p. 1506.

²³ A consagração jurisprudencial da tese da *ordem objetiva de valores*, desenvolvida na doutrina alemã inicialmente por Günther Dürig, ocorreu com o pós-II Guerra Mundial através de um famoso precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão, o Caso *Lüth* de 1958 (*BVerfGE* 7, 198, de 15.01.1958), apesar de a ideia estar presente também em julgados anteriores, como no Caso *Elfes* (*BVerfGE* 6, 32, de 16.01.57). Na Alemanha pós-guerra, Veit Harlan, cineasta que teve participação na propaganda antissemita, mas foi absolvido pelos tribunais alemães por conta de sua subordinação hierárquica ao ministério da propaganda nazista, preparava-se para lançar o filme "*Amada Imortal*" (*Unsterbliche Geliebte*). Erich Lüth, crítico de cinema e presidente do clube de imprensa de Hamburgo, tenta boicotar o filme de Harlan por conta de sua participação no regime nazista. Após uma ação de Harlan e de seus parceiros comerciais, Lüth é condenado pelo juízo estadual de Hamburgo a paralisar o boicote, sob pena de cominação de prestação pecuniária com base no Código Civil alemão. Lüth promove, então, *reclamação constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando ofensa ao seu direito fundamental de liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, julga procedente a reclamação e afirma que os direitos fundamentais previstos na Constituição alemã, por serem considerados uma *ordem objetiva de valores*, deveriam ser utilizados para interpretar todo o ordenamento jurídico, inclusive o Código Civil, bem como deveriam ser aplicados entre terceiros ou particulares, dando origem também à denominada *teoria horizontal dos direitos fundamentais* (*Drittwirkung*).

dimensão subjetiva, os direitos fundamentais também possuiriam uma importante dimensão objetiva com a previsão de fins ou valores a serem perseguidos por toda a sociedade. Como consequência, deveriam os juízes utilizar necessariamente os direitos fundamentais como pautas valorativas para interpretação das normas não jusfundamentais referentes tanto ao direito público como ao direito privado.

A segunda é a famosa tese de Ronald Dworkin no sentido de que o intérprete constitucional deve realizar uma *leitura moral* da Constituição, de maneira a interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais considerando, sobretudo, que eles possuem um “substrato de princípios morais de decência e justiça”. Segundo o renomado autor, juízes e advogados, apesar de não reconhecerem expressamente em suas decisões ou petições, sabem, de forma instintiva, que a Constituição, sobretudo o rol de direitos fundamentais, expressa exigências morais abstratas que só podem ser concretizadas através de juízos morais específicos²⁴. Dworkin propõe, então, que haja um efetivo reconhecimento dessa circunstância e que a moralidade passe a figurar no próprio âmago da interpretação das normas constitucionais.

As duas teses apresentadas acima, mais pela evidência do que pela originalidade, fazem abrir os olhos para a inegável circunstância de que grande parte das normas constitucionais (talvez todas elas²⁵) possui um substrato material relevante, já que, subjacente a elas, existem valores ou princípios morais e políticos que dão fundamento e retidão ao ordenamento jurídico. Válida, portanto, a afirmação de que os direitos fundamentais representam também normas da moralidade política, sendo que a interpretação constitucional não pode se resignar com uma interpretação que ignore a essência dos direitos fundamentais e aceite, sem maiores problemas, a ideia de que as normas constitucionais não possuem qualquer relação com os valores compartilhados pela sociedade. Como consequência metodológica, o intérprete constitucional, ao extrair o conteúdo dos direitos fundamentais, não irá utilizar apenas juízos técnicos ou formais, mas também irá formular juízos morais a respeito da justiça e da correção das escolhas ou decisões possíveis.

No entanto, não se pode esquecer que a positivação constitucional de valores compartilhados não é acompanhada de nenhum roteiro para a aplicação ou concretização

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: The moral reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 2-3.

²⁵ Veja-se que até mesmo a singela regra prevista no art. 14, §3º, VI, *a*, da CRFB, que estabelece a idade mínima de trinta e cinco anos para a elegibilidade do Presidente da República, contém em si um substrato moral no sentido de que a função de presidente deve ser exercida por pessoas maduras. Por outro lado, mesmo uma norma de organização que determina que a competência para emitir moeda cabe à União (art. 21, VII, CRFB) contém a ideia de que o ente político mais amplo deve ficar a cargo de uma função de interesse nacional.

dessas normas abstratas. O caminho mostra-se ainda mais sinuoso se reconhecermos que o caráter altamente abstrato e indeterminado de tais normas faz com que, muitas vezes, haja a necessidade de harmonização e acomodação com outros valores divergentes, de modo que sejam afastados eventuais conflitos reais ou aparentes entre eles. Dúvidas surgem, então, em como aplicar e concretizar tais valores em um cenário de pluralismo e de necessária acomodação. Como, por exemplo, aplicar o direito de se expressar livremente com o direito de não ter sua intimidade exposta ao público? Como podemos aceitar que o direito de propriedade possa conviver com restrições urbanísticas voltadas para um suposto interesse público difuso? Como o direito à liberdade da mulher pode harmonizar com o direito à vida do feto? Uma tentativa de dar algumas respostas a tais indagações encontraremos nos próximos tópicos, onde será feita uma análise da estrutura das normas constitucionais, principalmente, aquelas normas mais abstratas e que possuem algum intrínseco valor moral, os denominados *princípios jurídicos*, além de se propor um método de aplicação e/ou extração de conteúdo que possa dar uma resposta mais segura e transparente para tais desacordos.

4.2.4. Ainda princípios e regras²⁶

Vimos no tópico anterior que as normas sobre direitos fundamentais, do ponto de vista substantivo, devem ser vistas como efetivas normas morais, já que representam confrontações jurídicas de valores compartilhados por determinada comunidade. Chegou o momento de se saber se haveria alguma distinção das normas constitucionais sob o ponto de vista estrutural, bem como saber se, de alguma forma, a estrutura dessas normas poderia afetar o modo como elas são interpretadas ou aplicadas.

²⁶ A doutrina atual sobre os princípios jurídicos é ampla e exaustiva: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 255-295; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios*. In: Idem. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, vol. 1, p. 607-630, 2003.

Com base na simples leitura do texto normativo da Constituição e na percepção intuitiva dos conceitos estabelecidos por ela, podemos encontrar duas situações diversas. Em alguns momentos, as normas elaboradas possuirão uma descrição fática mais minuciosa e, como consequência, sua aplicação prática através de um processo mecânico e lógico (subsunção) será restrita e de fácil realização. Enquanto que, em outros casos, as normas elaboradas possuirão uma descrição mais aberta e mais indeterminada, tendo uma aplicação prática de difícil aferição, já que dependerá da delimitação e acomodação também de outras normas, valores ou interesses igualmente amplos e abertos²⁷.

Nos casos em que a norma-tipo possui uma descrição minuciosa de fácil adequação no mundo dos fatos, diz-se que os direitos fundamentais são considerados como *regras jurídicas*, sendo que também se afirma que seu âmbito de proteção (âmbito normativo, âmbito de incidência ou domínio normativo²⁸) seria mais restrito ou estreito. É difícil achar algum direito fundamental que tenha essa estrutura na Constituição brasileira, porém, é possível apresentar como exemplo o inciso XI do art. 5º da CRFB que estabelece que “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”. Esse dispositivo estabelece o direito/garantia de inviolabilidade de domicílio e, ao mesmo tempo, enumera de forma descritiva determinadas hipóteses em que o direito não estará presente, delimitando, assim, de forma clara e estreita seu âmbito de proteção. Tal estruturação da norma nos leva a crer que se trata de verdadeira regra jurídica, em que o direito fundamental foi delimitado de forma mais específica.

²⁷ Virgílio Afonso da Silva distingue as teorias que pressupõem um suporte fático mais restrito das teorias que pressupõem um suporte fático mais amplo dos direitos fundamentais, afirmando sua preferência para o segundo grupo (SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. **Revista de Direito do Estado**, vol. 4, p. 23-51, 2006, p. 31-32). Da mesma forma, também entendemos que é possível distinguir um suporte mais ou menos amplo dos direitos fundamentais. Contudo, diferente do autor, entendemos que a escolha não é somente teórica, mas circunstancial, ou seja, o suporte mais ou menos amplo dependerá da norma que está sendo analisada no caso concreto.

²⁸ O termo âmbito de proteção da norma, muito utilizado pela doutrina alemã, representa a parcela da realidade em que incide a proteção normativa do direito fundamental (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antonio de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Na doutrina brasileira, também encontramos tais lições em: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 288). Geralmente, o termo é utilizado por aqueles autores que advogam um procedimento de aplicação das normas constitucionais de apenas uma etapa, em que se verificariam as qualificações intrínsecas de incidência, apresentando uma justificação interna para sua aplicação (teoria interna). No entanto, como veremos mais a frente, mesmo adotando um procedimento de duas etapas com uma justificativa fora das qualificações intrínsecas (teoria externa) é possível se falar em âmbito de proteção do direito fundamental, que será determinado na primeira etapa procedimental.

É verdade que, como há uma grande euforia com os princípios jurídicos, muitos autores, geralmente apontando a indeterminação semântica de alguns conceitos utilizados no dispositivo, como a palavra “casa”²⁹, vislumbram ali um princípio e não uma regra, havendo outros, ainda, que veem ali tanto uma regra como um princípio. Tal atitude é, inclusive, repetida em quase todas as normas referentes aos direitos fundamentais. Isso ocorre porque um dispositivo constitucional ou um enunciado normativo pode conter, ao mesmo tempo, uma regra específica e um princípio mais abstrato. De qualquer forma, considerar o dispositivo mencionado unicamente como princípio terá o grave infortúnio de se permitir a relativização indiscriminada da norma através de algum método hermenêutico subjetivo e discricionário.

Que fique claro: entendemos ser plenamente possível que um direito fundamental tenha ao mesmo tempo um comando definitivo, ao estabelecer uma solução definitiva para determinada questão, e também um comando *prima facie*, ao dar a possibilidade de deveres de prevalência e de observância de seus fins para a interpretação e aplicação de outras normas constitucionais ou infraconstitucionais. Aliás, o direito de inviolabilidade de domicílio previsto no inciso XI do art. 5º da CRFB seria um bom exemplo de direito fundamental com dois comandos diversos, pois há nele tanto o dever de o Estado respeitar o domicílio individual em todas as hipóteses de não exceção previstas no dispositivo (comando definitivo), bem como o dever de a interpretação de outras normas constitucionais ser calibrada em consideração com a existência de um ambiente privado de proteção privilegiada (comando *prima facie*). O equívoco seria retirar do direito fundamental mencionado o seu comando definitivo ou dar maior abstração e indeterminação ao direito de forma artificial, sob a alegação de que haveria ali unicamente um princípio constitucional a ser relativizado com outros valores e interesses. Por outro lado, interpretar o direito fundamental unicamente como uma regra jurídica pode gerar alguns problemas práticos de aplicação da norma.

Observe-se que, caso se entenda que o dispositivo contém apenas uma regra jurídica fixadora de um comando definitivo perfeitamente delimitável, a relativização da norma passa a ser mais complexa e perigosa, suscitando indagações sobre (i) a possibilidade de um

²⁹ Segundo o Supremo Tribunal Federal, o conceito de casa previsto no art. 5º, XI, da CRFB teria sentido bastante abrangente a ponto de abarcar *escritórios profissionais* (STF, Segunda Turma, HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.06.2006) ou *estabelecimentos empresariais*, desde que constituam um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público (STF, Segunda Turma, HC 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.03.2015). Apesar de ser jurisprudência consolidada da Suprema Corte, esta visão deve ser vista com muita parcimônia, já que não se pode equiparar por completo o local em que o indivíduo acolhe como sendo seu repouso familiar com aquele em que o indivíduo exerce uma atividade econômica. Haverá, por óbvio, um grau de relevância diferente entre os dois casos.

princípio constitucional ser sopesado com uma regra constitucional ou o valor subjacente a esta regra (*ponderação de segundo grau*)³⁰; ou sobre (ii) a possibilidade de um princípio constitucional criar uma *regra de exceção* não prevista expressamente no texto normativo, mas construída pela jurisprudência em casos antecedentes³¹⁻³².

Nada obstante, na grande maioria dos casos, os direitos fundamentais apresentam-se formulados com um maior grau de abstração do âmbito de proteção e com uma maior indeterminação semântica, permitindo-se, assim, uma aplicação mais dúctil e indefinida no mundo dos fatos. Como afirmado por Robert Alexy, em geral, os direitos fundamentais são estabelecidos na Constituição com “estilo taquigráfico”, através de “conceitos maleáveis”, muitas vezes chamadas de “fórmulas vazias”³³. Havendo essa característica, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não possuirá limites claros ou restritos. Nesse caso, costuma-se dizer que os direitos fundamentais se apresentam através de *princípios jurídicos*. Como exemplo, pode ser citado o *caput* do art. 6º da Constituição que estabelece de forma sucinta e aberta que “*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a*

³⁰ Esta última possibilidade teria origem em uma nota de rodapé formulada por Alexy em seu “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Segundo o autor, um princípio poderia estabelecer uma exceção ou restrição a uma regra se houvesse uma relevância maior sobre o princípio que materialmente sustenta a regra (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 90, nota 24). Segue linha semelhante, defendendo a possibilidade de ponderação entre regras e princípios, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Op. cit., p. 54; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 201 e ss; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 384-385. A ponderação de regras, contudo, teria a dificuldade de retirar uma solução clara e segura para determinada questão, fixando razões definitivas ou categóricas. Um exemplo merece ser dado para se entender a importância das regras como razões definitivas. A regra prevista no §1º do art. 14 da CRFB estabelece a idade mínima para o alistamento eleitoral, sendo que subjacente a essa regra existe a ideia de que apenas pessoas maduras podem votar. Assim sendo, considerando a possibilidade de ponderação ou sopesamento de regras, poder-se-ia indagar se pessoas com menos de 16 anos maduras poderiam ser autorizadas a votar e se pessoas maiores de 18 imaturas poderiam ser impedidas de votar. A relativização das regras nessas circunstâncias parece atender um princípio subjacente a elas, mas será prudente haver a ponderação no caso? (Indagação semelhante é encontrada em PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: Fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 56).

³¹ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55.

³² Sem aprofundar esse complexo debate, mas fazendo uso da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, a maioria do Supremo Tribunal Federal afirmou, em sede de inquérito policial, que seria possível o ingresso de policiais *durante a noite* em escritório de advocacia para instalação de escuta ambiental, mesmo não estando esta exceção prevista expressamente no texto normativo do art. 5º, XI, da CRFB. No caso concreto em análise, segundo o Supremo, a instalação de escuta ambiental não poderia ser realizada com publicidade ampla, sob pena de intuitiva frustração da medida, o que ocorreria caso fosse praticada durante o dia (*princípio ou teste da necessidade*). Por outro lado, disse o Supremo que a intervenção ao direito fundamental não seria significativa, já que não se poderia dizer que houve grave violação à privacidade com o ingresso de policiais em escritório vazio, não sendo razoável a equiparação com um domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem (*princípio ou teste da proporcionalidade em sentido estrito*) (STF, Pleno, Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, 20.11.2008, Informativo 529 do STF).

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 26.

moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Aqui, a técnica pura e simples da subsunção, muito utilizada pela lógica do formalismo jurídico interpretativo, não se mostra suficiente para a aplicação e extração do conteúdo do direito fundamental. A moderna doutrina, então, afirma que, nos casos de aplicação desse tipo de norma, o intérprete deve, ao mesmo tempo em que busca dar ampla eficácia ao texto normativo, conciliar e harmonizar o conteúdo do direito com outros direitos ou interesses eventualmente envolvidos através de um processo interpretativo racional e transparente.

4.2.4.1. A contribuição de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Falamos sobre a existência de dois tipos de normas jurídicas, as regras e os princípios, e apresentamos breves distinções bastante genéricas entre elas, o que pode ter gerado no leitor alguma dúvida quanto ao critério que distingue de forma segura os dois conceitos. Ocorre que um único critério não se mostra suficiente para dar uma resposta definitiva para a questão e, até por conta disso, observamos grande divergência doutrinária a respeito de qual seria o critério último da distinção entre princípios e regras³⁴. Possuem razão Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto quando afirmam que “não existe, a rigor, um único critério ‘certo’ para distinguir os princípios das regras, sendo a questão de natureza eminentemente convencional”³⁵. Assim sendo, não haverá, aqui, a pretensão de estabelecer um critério definitivo ou um novo critério sobre este intrincado problema. Contudo, devemos apresentar ao leitor qual seria o caminho percorrido pela doutrina majoritária sobre a distinção entre os dois tipos de normas para que haja uma perfeita compreensão das premissas e conclusões estabelecidas nos próximos tópicos.

Apesar das divergências, não se pode deixar de dizer que, atualmente, há uma preferência na doutrina por uma distinção entre regras e princípios voltada para a forma de aplicação da norma no caso concreto ou a respeito do relacionamento com outras normas, o

³⁴ Como bem apontou Humberto Ávila, o termo princípio pode ser referir a vários fenômenos, existindo diversos critérios para sua definição, o que explica porque há tanta divergência a respeito de sua definição (ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 215, p. 151-179, p. 1999, p. 154).

³⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Direito constitucional**. Op. cit., p. 384.

que é denominado de *distinção forte* entre princípios e regras³⁶. Com efeito, preocupada com a concretização das normas jurídicas, a doutrina mais moderna procura fazer uma distinção entre regra e princípio não somente pautada no *critério da generalidade* ou *abstração* (menor ou maior grau de abstração³⁷), no *critério da indeterminação* (termos mais ou menos determinados) ou no *critério do conteúdo* (descritivo ou finalístico, mais ou menos próximo da moral), mas, sobretudo, no *critério da forma de aplicação*, denominado por alguns autores também como *critério estrutural*. Neste contexto, devem sempre ser lembrados os admiráveis trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujos ensinamentos veremos de forma bastante sucinta.

Para o norte-americano Ronald Dworkin, o *modo de aplicação* das regras jurídicas ocorreria através do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), já que, na análise da compatibilidade/adequação do fato concreto com o texto normativo, o intérprete chegaria a conclusão de que a regra, como comando definitivo, ou é aplicável por inteira à situação fática, ou não possuiria qualquer aplicabilidade, não apresentando qualquer contribuição para o caso³⁸. Por outro lado, ainda segundo Dworkin, os princípios, diferentemente das regras, não conteriam uma aplicação direta e completa do modo “tudo ou nada”. Sem realizar qualquer defesa do método da ponderação³⁹, Dworkin observa que, por conterem

³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 99. Para uma análise crítica desses critérios de distinção v. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Op. cit.; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Op. cit.

³⁷ Esse critério remonta às lições de Josef Esser (ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1961, p. 52 e ss). Apesar de não ser propriamente incorreto, o critério vem sendo tratado com certo desprezo pela doutrina, tendo em vista que, em algumas hipóteses, tem-se dado um caráter tão abstrato e genérico aos princípios que se retira sua própria normatividade e seu caráter deontológico. Norberto Bobbio, em exemplo a esse exagero, apesar de denominar os princípios como normas, afirma que são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995, p. 158).

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24 (afirmando que “[r]ules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, the either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”).

³⁹ A observação é importante, pois, considerando que a distinção feita por Ronald Dworkin é bastante semelhante àquela formulada por Robert Alexy, é comum a incorreta afirmação de que Dworkin também seria um defensor do método da ponderação. Em verdade, a ideia de que a teoria dos princípios levaria necessariamente à adoção da proporcionalidade e da ponderação é uma peculiaridade encontrada na teoria de Alexy (v. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 116-117; Idem. *Constitutional rights and proportionality*. **Revus**, vol. 22, p. 51-65, 2014), mas não possui reverberação em todos os autores que seguem a teoria dos princípios (cf. MÖLLER Kai. *Balancing and the structure of constitutional rights*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 5, n. 3, p. 453-468, 2007; JACKSON, Vicki. *Constitutional law in an age of proportionality*. **Yale Law Journal**, vol. 124, n. 8, p. 3094-3196, 2015, p. 3124-3125). Em verdade, Dworkin rejeitava um processo de interpretação binário com a análise de eventuais restrições externas ao direito fundamental tal como defendeu Alexy. Defensor da ideia de *direitos como “trunfos”*, Dworkin entendia que somente poderíamos falar em efetivo direito após uma análise completa dos pesos dos princípios

fundamentos ou finalidades a serem alcançados, os princípios podem (ou melhor, devem) ser aplicados de forma gradual, observando-se a *dimensão de peso ou importância* no caso concreto⁴⁰.

Ainda quanto à aplicação, outro autor importante para a distinção entre regras e princípios é o alemão Robert Alexy, que defende a tese de que os princípios jurídicos seriam *mandados ou mandamentos de otimização*, já que devem ser aplicados na maior medida do possível a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto⁴¹. Partindo da premissa de que os princípios deveriam ser aplicados na maior medida do possível, Alexy reputou como natural a possibilidade de dois direitos fundamentais poderem incidir sobre uma mesma situação fática, o que geraria uma real colisão entre normas jurídicas. Assim, apesar de um princípio expor um comando *prima facie*, este direito, a depender das circunstâncias do caso concreto, poderia ceder ou ser limitado para atender aos fins de outro princípio, já que não estabeleceria um comando definitivo para o caso. Para resolver a situação de conflito, Alexy afirmou que deveria haver, no caso concreto, uma delimitação recíproca de conteúdo entre os princípios envolvidos, considerando a *dimensão de peso* de cada um deles, sendo que essa delimitação ocorreria através da *proporcionalidade em sentido estrito*, também

envolvidos em uma determinada circunstância e após a consequente decisão a respeito da prevalência ou prioridade do princípio. Pode-se dizer, portanto, que Dworkin, diferente de Alexy, é adepto da *teoria da especificação*, que propõe que cada direito é delimitado por um conjunto de qualificações intrínsecas que definem seu espaço ou âmbito de aplicação através de uma justificativa meramente interna ou “intramuros”. Não se deve esquecer que, segundo ele, a ideia de trunfos parte da premissa de que os direitos permitem que os seus titulares atuem de determinada forma, mesmo que algum interesse coletivo esteja em sentido contrário (cf. DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy [ed.]. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167). De qualquer forma, importante dizer que, apesar de bastante consolidada a ideia de a teoria dos direitos como trunfos ser incompatível com a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Comparing the incommensurable: Constitutional principles, balancing, and rational decision*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 31, p. 273–301, 2011; TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: An assault on human rights?* **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 3, p. 468-493, 2009, p. 475), alguns autores tentam conciliar os dois entendimentos, propondo um “*soft trumping*” (cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 28-29; COSTA-NETO, João. *Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable?* **Revista de Direito GV**, v. 11, n. 1, p. 159-187, 2015) ou construindo “direitos fundamentais como trunfos contra a maioria afectados por uma reserva geral imanescentes de ponderação” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 15). A conciliação não é absurda, principalmente se for adotada em complementação com a *teoria dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais*, tal como vem ocorrendo com a doutrina e a jurisprudência brasileiras predominantes.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Op. cit., p. 26 (afirmando que “[p]rinciples have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each”).

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 90.

denominada de *ponderação, sopesamento* ou *balanceamento (balancing)*⁴², terceira e última etapa de análise do princípio da proporcionalidade. Diferentemente dos princípios jurídicos, segundo Alexy, as regras jurídicas seriam aplicadas de modo absoluto através da subsunção, já que elas já conteriam de forma completa e adequada a determinação do âmbito fático e jurídico do direito, representando, assim, comandos definitivos ou comandos de definição para o caso concreto. Ademais, havendo eventual conflito entre regras, seriam utilizadas as *clássicas soluções de antinomias jurídicas*, sendo que uma das regras em conflito seria considerada inválida (por conta da hierarquia ou cronologia, por exemplo) ou seria criada uma cláusula de exceção (por conta da especialidade, por exemplo)⁴³.

4.2.4.2. Mais princípios do que regras?⁴⁴

⁴² Alguns autores fazem distinção entre *proporcionalidade em sentido estrito*, que teria origem no direito administrativo alemão, e *balanceamento (balancing)*, que teria origem no movimento antiformalista do direito norte-americano liderado na jurisprudência da Suprema Corte por Oliver Wendell Homes Jr. (cf. COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *American balancing and German proportionality: The historical origins. International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 2, p. 263-286, 2010). De forma mais ampla e abstrata, tanto a proporcionalidade como o balanceamento podem ser vistos como a aplicação das ideias relacionadas à justiça, equidade e moderação na interpretação jurídica. Contudo, o termo proporcionalidade em sentido estrito possui também um sentido mais específico de método de interpretação construído em um formato sistematizado e analítico, o que, de alguma forma, o diferencia do “*balancing*” norte-americano (uma análise minuciosa dos dois fenômenos é encontrada em BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: The origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013). No entanto, por questões terminológicas, não se pode deixar de dizer que diversos autores utilizam o termo “*balancing*” também para se referir à proporcionalidade em sentido estrito do direito alemão, o que gera ainda maior confusão conceitual (por todos, v. SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality, balancing and global constitutionalism**. Op. cit.). Notando a divergência, Kai Möller fez distinção entre dois tipos de ponderação ou balanceamento (*balancing*). O primeiro tipo seria a *ponderação de interesses (interest balancing)* que seria a última etapa da proporcionalidade como método do direito alemão, enquanto o segundo seria a *ponderação de razões (balancing as reasoning)* em que todas as questões envolvidas no caso são analisadas e sopesadas de forma semelhante ao fenômeno observado nos Estados Unidos (MÖLLER, Kai. *Proportionality: Challenging the critics. International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 3, p. 709-731, 2012, p. 715; em sentido semelhante, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 264). Da mesma forma, mas acrescentando um terceiro sentido, Mark Tushnet, em trabalho recente, fez distinção entre três significados da palavra “*balancing*”: (i) como etapa final da proporcionalidade; (ii) como a análise mais ampla possível do caso concreto, levando em consideração todas as questões aplicáveis (*all-thing-considered case-specific balancing*); por fim, considerando a lógica da *common law* e do *stare decisis*, (iii) como análise abrangente de questões relevantes e específicas para o caso, em consonância com categorias já analisadas e delimitadas em outros casos (*categorical balancing*). (TUSHNET, Mark. *Three essays on proportionality doctrine. Harvard Public Law Working Paper*, n. 16, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2818860>. Acesso em 20 jun. 2017).

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 91.

⁴⁴ A referência é a Luis Pietro Sanchís que tentou caracterizar o neoconstitucionalismo como aquele Estado Constitucional de Direito em que haveria “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção” (SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 117). Para uma abordagem crítica à visão neoconstitucionalista de Sanchís, v. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: NOVELINO, Marcelo (org.), **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da constituição**. Salvador: Juspodvdm, 2009.

Antes de encerramos a análise da natureza e da estrutura das normas constitucionais, merece ser dito que, em um cenário pós-positivista, existe uma grande euforia com os princípios jurídicos, sendo marcante, neste contexto, a célebre frase de Paulo Bonavides no sentido de que seriam os princípios o “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁴⁵. Mais recentemente, contudo, passou a ganhar força uma corrente doutrinária reversa, que formula diversas críticas à utilização indiscriminada e destemperada de princípios jurídicos nas decisões judiciais⁴⁶. No âmbito da jurisdição constitucional, uma das principais críticas recai sobre a possibilidade de uma ampla e irrestrita discricionariedade interpretativa por conta de agentes que não teriam a pecha da legitimidade democrática, havendo o risco real de se instaurar uma ilegítima *juristocracia*⁴⁷.

Refletindo a partir das críticas, é importante dizer que, de fato, a euforia deve ser vista com certa prudência, de modo a não transformar o sistema jurídico em um *sistema de princípios* e ampliar de forma ilimitada e irracional o poder discricionário dos juízes. Não obstante, somos levados a discordar em um ponto relevante daqueles que negam qualquer aplicação dos princípios nas decisões judiciais. Ao que tudo parece, a utilização de princípios constitucionais é algo inerente ao processo de interpretação constitucional, tendo em vista que a Constituição, que goza inteiramente de *força normativa*⁴⁸, é formada em grande medida por este tipo de norma jurídica. Assim sendo, o caminho mais adequado a ser perseguido não é tentar findar com a utilização dos princípios, já que isto seria o mesmo que ignorar a realidade ou, na pior da hipótese, negar normatividade a grande parte dos preceitos constitucionais. Da mesma forma, também não parece adequado que apenas fiquemos a lamentar a irracionalidade e o subjetivismo dos princípios⁴⁹. Em verdade, o mais adequado seria buscar

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Op. cit., p. 264.

⁴⁶ Criticando essa utilização destemperada de princípios jurídicos, Daniel Sarmiento afirma que “é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção” (SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**. Op. cit., p. 60-61). De forma ainda mais crítica, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio é preguiça?* In: **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-229.

⁴⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁴⁹ Em sentido semelhante, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da (org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 241; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 722; SANCHÍS, Luís Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 152.

uma forma de diminuir ou restringir eventuais efeitos negativos de sua ampla aplicação, tal como insegurança jurídica e arbitrariedade judicial⁵⁰, estabelecendo *deveres hermenêuticos* com a construção de métodos e princípios de interpretação racionais e transparentes.

Devemos repetir: não seria razoável haver um retrocesso dogmático a ponto de se retirar a normatividade dos princípios ou transformá-los em normas meramente não autoaplicáveis, diretivas ou programáticas, uma vez que a necessidade de se trabalhar com tais normas mais abstratas atende, sobretudo, duas exigências do direito e da sociedade contemporâneos: (i) a exigência de *justiça* e (ii) exigência de acomodação do *pluralismo*.

A primeira exigência está associada à necessidade de dar ao ordenamento jurídico certa dose de *justiça*. Neste ponto, mostra-se importante lembrar que, com o afastamento de um *positivismo ideológico*⁵¹ e da aproximação do Direito com a Moral no pós-Segunda Guerra Mundial, foi possível o florescimento do entendimento de que o ordenamento jurídico não prescinde de abertura da ideia de justiça ou da observância de valores morais⁵². Nesse

⁵⁰ Apesar de reconhecermos que os efeitos negativos apontados são intensificados pelo uso abusivo dos princípios, não se pode dizer que a utilização de princípios é a única causa para a irracionalidade e o subjetivismo. Como bem colocou Virgílio Afonso da Silva, não parece apropriado “supor que a jurisprudência brasileira anterior à ‘descoberta’ da teoria dos princípios era um exemplo de consistência, coerência, objetividade e racionalidade, características que teriam sido então destruídas pelo fascínio pelos princípios” (SILVA, Virgílio Afonso da. *O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização*. **Revista de Direito UnB**, v. 2, n. 1, p. 96-118, 2016, p. 108).

⁵¹ Ao positivismo jurídico é comumente atribuída uma triste responsabilização pelas atrocidades perpetradas pelo partido nazista alemão durante o contexto da Segunda Guerra Mundial. Hans Kelsen, ícone do positivismo jurídico no direito romano-germânico, já foi rotulado, inclusive, de nazista, apesar de ter família formada por judeus e ter sido perseguido pelo regime a ponto de ter de buscar refúgio nos Estados Unidos. Talvez os principais responsáveis por tal pensamento sejam os depoimentos realizados durante os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, uma vez que os réus, em sua maioria, justificaram suas ações com base na lei positiva: “fiz apenas o que a lei e o ordenamento jurídico determinavam” (a interessante história do julgamento de Adolf Eichmann, membro do partido nazista, retrata bem esse ponto de vista, merecendo leitura a narrativa encontrada em ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999). Por duas razões, contudo, este entendimento não pode ser considerado verdadeiro. Primeiro, o positivismo jurídico não era a filosofia jurídica e política que predominava na Alemanha antes da ascensão do nazismo. Pelo contrário, a ideologia que tomava conta dos juízes à época era de nítido afastamento do formalismo presente no *Pandectismo* e na *Jurisprudência dos Conceitos* e com a aproximação com a *Escola livre do Direito* e a *Jurisprudência dos Interesses* (v. BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights**. Op. cit., p. 31). Por outro lado, a ideologia política predominante, utilizada, inclusive, para a ascensão do partido nazista era de proteção de um sistema unitário de valores nacionalistas através de uma filosofia nitidamente antipositivista (v. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000). Além disso, a ideia de que o direito positivo deveria ser obedecido pela população e aplicada pelos juízes qualquer que fosse o conteúdo de suas normas e independentemente de qualquer reflexão moral, apesar de ser uma ideia muito utilizada pelos partidários do nazismo durante a sua derrocada, não era uma tese que encontrava previsão e defesa nos principais autores positivistas (cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36-50). Por tais razões, a preferência é denominar a ideia moralmente acrílica de respeito ao direito positivo não como positivismo jurídico em sentido estrito, mas como *positivismo ideológico* (Norberto Bobbio) ou um *pseudopositivismo* (Alf Ross).

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história**. Op. cit., p. 146-158.

contexto de valorização da moralidade, os princípios jurídicos passam a ser, então, de enorme importância, já que são considerados como a *porta de entrada* de valores e de justiça no sistema jurídico⁵³.

A segunda exigência está associada com o *pluralismo político*. Em uma sociedade democrática, é natural que haja conflitos morais, éticos e ideológicos. Com a finalidade de acomodar grupos e conseguir certa unidade na busca pelo bem comum, neste contexto pluralista, a Constituição detém um papel importante de integração e de inspiração. Contudo, esse papel somente será possível se as normas morais contidas em seu texto tiverem uma abstração elevada e não forem minuciosas, de modo que seus preceitos possam acomodar todas as ideologias divergentes da sociedade. Desse modo, os princípios permitirão que haja uma coesão cultural e social maior em torno da ideia mais abstrata da Constituição. Nas belas palavras de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, “o sucesso da ordem constitucional depende em boa parte da sua capacidade de conquistar corações e mentes do cidadão comum, e é muito mais fácil fazê-lo a partir de princípios abstratos, que remetem a um horizonte de utopia socialmente compartilhada, do que com apoio em regras precisas”⁵⁴.

Em suma, o contexto atual é, como vimos, de grande valorização dos princípios e dos valores morais, sendo que o melhor caminho a ser trilhado não é de negar normatividade aos princípios jurídicos como ocorria em um passado não muito distante, mas de tentar dar objetividade e racionalidade à aplicação de tais normas jurídicas através de uma adequada estruturação das espécies normativas e através da elaboração e aplicação de métodos de interpretação mais racionais e transparentes.

4.3. Teorias a Respeito da Tensão Entre Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem vir através de regras jurídicas ou princípios jurídicos. Apesar disso, na maioria dos casos, os direitos fundamentais apresentam-se formulados através de princípios jurídicos, possuindo, conseqüentemente, um maior grau de abstração e um âmbito normativo dúctil e indeterminado. Assim sendo, ocorrerá necessariamente de os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais entrarem em atrito uns com os outros, necessitando, eventualmente, que seja formulada uma delimitação de conteúdo recíproca no plano legislativo (através da edição de atos normativos genéricos ou específicos) ou no plano

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Op. cit., p. 186-187.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Direito constitucional**. Op. cit., p. 386.

jurisdicional (através da solução de casos concretos). Assim sendo, considerando a abrangência do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mostra-se essencial, até para a conformação de diversos outros valores e interesses, que esses direitos possam sofrer acomodações formuladas pelo legislador ou pelos tribunais.

4.3.1. Teoria interna ou teoria da especificação dos direitos fundamentais

Para determinar o modo como será feita a extração de conteúdo e a acomodação dos direitos fundamentais, duas grandes correntes doutrinárias se formaram. A primeira corrente, denominada de *teoria interna* ou *teoria de especificação*, propõe um processo de delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais de uma só etapa, onde será estabelecida uma justificação interna para a fixação dos limites do âmbito de proteção, ou seja, uma justificação baseada nas qualificações inerentes ao próprio direito. Em síntese, o conteúdo do direito seria fixado por meio de um processo interno ao direito, não havendo influências externas, restrições ou conflitos entre normas, mas apenas delimitações de âmbitos de proteção diversos e não intercambiáveis.

Como consequência lógica de se entender que os limites dos direitos são imanes a eles próprios, haverá a exclusão da possibilidade de fatores externos estabelecerem uma restrição extra sobre eles. Entender o contrário, segundo os adeptos da teoria interna, enfraqueceria, inclusive, a força normativa dos direitos fundamentais ao banalizarem as violações aos direitos fundamentais com a ampla possibilidade de restrição e relativização de direitos. Dessa maneira, os adeptos da teoria interna afirmam que não haveria propriamente conflito entre direitos fundamentais, mas apenas momentos de incidência de um direito e de não incidência do outro direito aparentemente colidente⁵⁵. Para exemplificar este ponto de vista, Friedrich Müller utiliza o direito de liberdade artística previsto na Constituição Alemã. Segundo o autor, embora a Constituição proteja a liberdade artística, ela não protege ações como “pintura em um cruzamento entre ruas movimentadas” ou “improvisações de trombone durante a noite na rua”, não havendo como dizer que o direito fundamental incidiria no caso a ponto de haver a necessidade de uma restrição ou relativização⁵⁶. Ou seja, o suporte fático ou o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não deveriam ser ampliados demasiadamente

⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 294-295.

⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 59-60 *apud* SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Op. cit., p. 31-32.

a ponto de se afirmar que toda e qualquer conduta estaria de alguma forma protegida pelos direitos fundamentais. Com este raciocínio da teoria interna, evitar-se-iam, conforme apontou Rodrigo Brandão, “pseudocolisões e todos os prejuízos delas decorrentes à segurança jurídica, ao princípio democrático, à força normativa dos direitos fundamentais e à excessiva ampliação das competências das Cortes Constitucionais”⁵⁷.

Apesar da louvável tentativa de fortalecer os direitos fundamentais, as críticas formuladas à teoria interna são grandes, sendo que nos limitaremos a apresentar as três mais contundentes. A (i) primeira crítica é no sentido de que os direitos totalmente delimitados e especificados seriam incognoscíveis e intangíveis, uma vez que seria humanamente impossível estabelecer todas as margens dos direitos e analisar todas as qualificações que os definiriam. Se existissem juízes semideuses talvez pudéssemos aceitar a possibilidade de perfeita delimitação ou especificação dos direitos fundamentais. Mas esses juízes, assim como as “bruxas e os unicórnios”⁵⁸, não existem.

Geralmente, os adeptos da teoria interna tentam justificar a tese apresentando exemplos óbvios de aplicação de determinado direito ou de impossibilidade de restrição⁵⁹. Por exemplo, é muito comum a afirmação de que o direito de não ser torturado ou o direito de não ser escravizado são direitos que possuem delimitação precisa, não havendo possibilidade de restrições externas ao direito, sob pena de enfraquecimento demasiado de tais direitos. Ocorre que a afirmação de que tais direitos são “óbvios” ou “categóricos” não pode levar à conclusão de que não é possível a restrição de nenhum direito fundamental em nenhuma hipótese. Fora os poucos exemplos de “direitos fáceis”, cuja estrutura seria aproximada de uma regra jurídica, existem diversos direitos cuja estrutura não pode ser considerada de simples ou categórica interpretação, o que, de fato, afasta qualquer tentativa de buscar de forma artificial uma interpretação rápida e sem qualquer reflexão de todos os direitos fundamentais. Pode-se, inclusive, dizer que o maior argumento que afasta a teoria interna é que mesmo as respostas categóricas foram submetidas a algum procedimento mental de valoração e de sopesamento para se chegar à conclusão final, ainda que o procedimento tenha sido feito de forma simples, rápida e oculta. Além disso, a própria existência de respostas categóricas pode ser submetida a

⁵⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Emendas Constitucionais e restrições aos direitos fundamentais*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 246, p. 288-317, 2007, p. 293.

⁵⁸ A expressão foi utilizada por Alasdair MacIntyre, mas em outro contexto, quando se referia a direitos inatos do homem: “*there are no such rights, and belief in them is one whith belief in witches and in unicorns*” (MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: A study in moral theory**. 3ª ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007, p. 69).

⁵⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 175.

debates e divergências, seja do ponto de vista descritivo, seja do ponto de vista prescritivo. Do ponto de vista descritivo, pode-se indagar: Será possível falar em resposta categórica mesmo sabendo que o que é categórico hoje pode não ser amanhã? O mundo real comporta respostas categóricas imutáveis? Do ponto de vista prescritivo, pode-se indagar: as respostas categóricas não impediriam uma reflexão e um desenvolvimento moral? Afinal, a união amorosa ou casamento de pessoas do mesmo sexo já não foram categoricamente afastadas como válidas e corretas? Na mesma linha, a impossibilidade da realização do aborto voluntário de forma ampla não seria caso semelhante?

A (ii) segunda crítica decorre do fato de a teoria ocultar as premissas e as razões utilizadas no processo de concretização do direito. Ainda que haja a negativa por parte de alguns, necessariamente o intérprete deverá percorrer um caminho mental pautado por diferentes razões e justificativas para se chegar a conclusão de que determinada conduta está contida ou não no âmbito de proteção de determinado direito. A teoria interna, assim, retira qualquer explicação de como ocorreria este processo mental, ocultando as razões e os argumentos relevantes para a conclusão final. Em outras palavras, se do ponto de vista estrutural a teoria interna possui um discurso muito sedutor por conter uma camuflada simplicidade, do ponto de vista metodológico a teoria não goza de grandes vantagens, já que não oferece um procedimento satisfatório e transparente para a delimitação e extração de conteúdo dos direitos fundamentais.

A (iii) terceira crítica, talvez a mais forte, está relacionada com a impossibilidade de a teoria conseguir explicar o “resíduo moral” de um “direito derrotado” ou de um “direito não aplicado”. Em diversas situações, a decisão final dos juízes será em seguir o equilíbrio ou o justo meio, elaborando uma norma para o caso concreto que tente satisfazer mais de um princípio ou interesse envolvidos. Como afirma a mais moderna doutrina, é característica dos princípios jurídicos uma aplicação através da dimensão de peso e de forma gradual. Apesar disso, em alguns casos, a aplicação também dos princípios ocorrerá através de exclusão completa da aplicação de outros princípios (modo *tudo-ou-nada*) de forma bastante semelhante com o que ocorre com as regras. Porém, não em poucos casos, por conta de uma tentativa de acomodação e harmonização, o princípio não prevalente poderá ser aplicado de forma secundária, impondo deveres ou condições a serem observadas pelas partes envolvidas. É muito comum, portanto, que o Judiciário, na acomodação dos direitos fundamentais aplicáveis ao caso concreto, crie a norma aplicável ao caso através do princípio prevalente, bem como através, ainda que em um grau menor, do princípio que foi utilizado como razão contraposta. Por exemplo, no debate a respeito de o aborto estar contido no direito

fundamental de liberdade, o juiz poderá reconhecer que existe um direito de a mulher realizar a interrupção voluntária da gravidez por conta da sua autonomia (“direito vencedor”), mas estabelecer diversas condicionantes, como a limitação temporal (realização apenas até a décima segunda semana, por exemplo) ou a limitação circunstancial (obrigatoriedade assistência psicossocial prévia, por exemplo), tendo sempre como fundamento a proteção da vida do ser humano em formação (“direito derrotado”)⁶⁰. Segundo doutrina especializada, estas imposições construídas pelo juiz seriam *resíduos morais* ou *obrigações residuais* daquele direito que não prevaleceu no caso concreto, mas que também foi utilizado na decisão final⁶¹.

4.3.2. Teoria externa dos direitos fundamentais

A ideia predominante no constitucionalismo contemporâneo, entretanto, não é no sentido de que a extração de conteúdo dos direitos fundamentais ocorre através de uma simples análise das qualificações intrínsecas dos direitos fundamentais. Com efeito, existe forte tendência na jurisprudência das cortes constitucionais e das cortes internacionais sobre direitos humanos, apesar da divergência doutrinária, em adotar uma justificação não apenas interna para a delimitação dos direitos fundamentais, mas também uma justificação pautada por elementos externos, com a adoção, assim, da denominada *teoria externa dos direitos fundamentais*.

Por conta desta necessidade de justificação externa para a delimitação de conteúdo dos direitos fundamentais, adotaram a doutrina e a jurisprudência um procedimento hermenêutico de duas etapas. A primeira etapa seria voltada para a análise e avaliação da incidência do direito no caso concreto, ainda que em termos bastante superficiais e abrangentes. A indagação, nessa linha, seria saber se o fato *A* encontrar-se-ia justificado de forma legítima por alguma norma do ordenamento jurídico (direito ou interesse *X*), bem como saber se, considerando os contornos mais amplos do direito fundamental paradigma (direito *Y*), o fato *A* teria imposto alguma intervenção ou violação no âmbito de proteção desse direito *Y*. Nesse primeiro momento, portanto, seria a ocasião de estabelecer, ainda que de forma bem rudimentar e incipiente, o âmbito de proteção do direito fundamental tal como ocorreria com a teoria interna. No entanto, diferentemente desta teoria, aqui o ponto de partida teria como

⁶⁰ Esta foi, inclusive, a postura feita pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no precedente *Aborto II* (*BverfGE* 88, 203, Caso *Schwangerschaftsabbruch II*, de 28.05.1993).

⁶¹ THOMSON, Judith Jarvis. **The realm of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 82 e ss.

pressuposto a ideia de que o âmbito de proteção é bastante abrangente e indeterminado, podendo sofrer, como consequência, restrições e conflitos de outros direitos ou interesses para a concordância prática entre eles. Por exemplo, nesta primeira etapa, considerando o âmbito de proteção do direito à vida, dever-se-ia indagar, primeiro, a respeito de eventual *autorização legislativa* para a interrupção voluntária da gravidez (fato *A*) estar protegida pelo ordenamento jurídico (direito ou interesse *X* - direito de liberdade) e representar uma intervenção ou violação do direito à vida do feto (direito *Y*). Na mesma linha, considerando o amplo âmbito de proteção do direito de liberdade (direito *Y*), dever-se-ia indagar se a *vedação legislativa* da interrupção da gestação (fato *A*) estaria justificada de forma legítima no ordenamento jurídico (direito ou interesse *X* - direito à vida) e se representaria uma intervenção ou violação do direito de liberdade da mulher grávida (direito *Y*).

Na segunda etapa de concretização do direito fundamental, por outro lado, seria analisada se a intervenção ou restrição ao direito fundamental seria legítima e justificável, considerando os imperativos constitucionais afetados e as circunstâncias fáticas encontradas no caso⁶². Apesar de os autores agregarem elementos diversos nesta etapa, segundo o entendimento predominante, seriam analisados, basicamente, o grau de intervenção ao direito paradigma, bem como a relevância dos objetivos da intervenção⁶³. Assim, a principal indagação, nesta linha, seria saber se a intervenção do fato *A* ao direito fundamental *Y* seria elevada ou não, considerando a estruturação de seu conteúdo dada pela comunidade e pela jurisprudência nos casos anteriores, bem como saber se a satisfação dos fins justificadores da intervenção (direito ou interesse *X*) são relevantes e compatíveis com a intervenção no direito fundamental *Y*. Em suma, na primeira etapa, o objetivo do intérprete seria identificar o âmbito de proteção do direito; enquanto na segunda, seria valorar as intervenções externas, decorrentes da necessidade de conciliação com outros direitos e interesses relevantes.

Feitas essas considerações, duas questões a respeito dos limites e da estrutura dos direitos fundamentais podem ficar obscuras. A primeira seria a respeito da *relatividade dos direitos fundamentais* e a outra a respeito da *hierarquia das normas constitucionais*. Vejamos cada uma delas de forma um pouco mais detida.

Pode-se dizer que um direito é absoluto se for inadmissível infringi-lo em qualquer circunstância jurídica ou moral⁶⁴. Nesse sentido, é muito comum encontrar nos manuais a

⁶² PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism**. Op. cit., p. 2.

⁶³ GARDBAUM, Stephen. **The structure and scope of constitutional rights**. Op. cit., p. 388.

⁶⁴ FREDERICK, Danny. *Pro-tanto versus absolute rights*. **Philosophical Forum**, vol. 45, n. 4, p. 375-394, 2014, p. 375.

afirmação de que os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, uma vez que todos os direitos poderão ceder, em algum momento, diante de algum conflito com outra norma igualmente importante. Adotando-se a teoria da especificação dos direitos fundamentais, no entanto, o entendimento tende a ser exatamente o contrário, uma vez que, para esta teoria, todo e qualquer direito seria absoluto dentro de seu espaço delimitado de incidência, não sendo propriamente correta a distinção entre direitos relativos e direitos absolutos⁶⁵. Por exemplo, ao invés de se dizer que o direito à vida pode ser relativizado ou restringido por conta de circunstâncias concretas como a legítima defesa ou o estado de necessidade, os autores defensores desta teoria afirmam que haveria um “direito absoluto de não ter sua vida sacrificada sem que sejam dadas boas razões”⁶⁶. A dificuldade seria estabelecer, *a priori*, quais seriam todas essas “boas razões”, ou seja, quais seriam todas as exceções de não aplicação do preceito primário (vedação da interrupção da vida), de modo que os limites do direito permaneceriam indeterminados até que houvesse um mapeamento amplo e casuístico do âmbito de proteção do direito com a especificação de todas as hipóteses de aplicação e não aplicação da norma.

De qualquer maneira, mesmo sem adotar a teoria interna, parcela da doutrina afirma que alguns valores ou direitos teriam (ou ao menos deveriam ter) o *status* de absolutos. Poucos direitos costumam ser citados como exemplo, sendo mais comum a atribuição da dignidade humana com este *status*⁶⁷. Contudo, não podemos concordar com tal atribuição, mesmo reconhecendo a relevância da dignidade humana para o direito e para a moral. Primeiro, apesar de correr o risco do isolamento doutrinário, temos dificuldade em ver na dignidade um efetivo e específico direito fundamental, dentre outras razões porque todos os interesses (ou posições) supostamente protegidos pela dignidade seriam facilmente enquadrados no âmbito de proteção de um direito fundamental específico, não havendo necessidade de ser invocado este valor altamente abstrato e indeterminado⁶⁸. Segundo, ainda

⁶⁵ SHAFER-LANDAU, Russ. *Specifying absolute rights*. **Arizona Law Review**, vol. 37, p. 209-224, 1995.

⁶⁶ KUMM, Mattias. *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on “A Theory of constitutional rights”*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 2, n. 3, p. 574-596, 2004, p. 592.

⁶⁷ A ideia de ser a dignidade humana um direito absoluto é muito forte no constitucionalismo alemão, principalmente por conta do disposto na Lei Fundamental alemã que trata a dignidade como um “valor intangível” (art. 1º, 1). Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão já se manifestou no sentido de ser a dignidade humana um valor absoluto além de afirmar que “o Estado não pode, por meio de nenhuma medida, nem mesmo pela lei, ferir a dignidade humana” (*BVerfGE* 27, 1, *Mikrozensus*, de 16.07.1969; no mesmo sentido v. *BVerfGE* 30, 173, *Mephisto*, de 24.02.1971).

⁶⁸ Como bem colocou o Christopher McCrudden, a dignidade humana, no âmbito dos direitos humanos, não foi estabelecida em diversos preâmbulos de tratados internacionais para ser um direito humano específico ou para ter um conteúdo estrito, mas para estabelecer uma fundamentação moral consensual em um ambiente em que

que se diga que a dignidade é um direito fundamental, é ponto consensual que até mesmo a dignidade de um indivíduo poderá ser afastada se a justificativa for a proteção da dignidade de outro indivíduo, o que inegavelmente afasta o suposto caráter absoluto da dignidade⁶⁹. De qualquer maneira, entendendo a dignidade como valor intrínseco do ser humano, bem como vetor interpretativo dos direitos fundamentais, mostra-se correta a afirmação de que a dignidade humana deve ser observada em todos os casos de acomodação de direitos fundamentais como um parâmetro substantivo e, somente por essa razão, poderá ser considerada como um valor instrumental absoluto⁷⁰⁻⁷¹.

Outros autores, como Norberto Bobbio, apontam o *direito de não ser torturado* e o *direito de não ser escravizado* como casos de direitos absolutos⁷². Quanto ao primeiro, apesar de a Corte Europeia de Direitos Humanos já ter reconhecido seu caráter absoluto⁷³, não existe unanimidade quanto à impossibilidade de relativização em todo caso concreto, sendo que alguns autores (ainda que poucos) defendem a legitimidade de tortura em casos extremos⁷⁴⁻⁷⁵.

nem sempre questões filosóficas ou morais são pacíficas (MCCRUIDEN, Christopher. *Human dignity in human rights interpretation*. **The European Journal of International Law**, vol. 19, n. 4, p. 655-724, 2008). A corrente predominante, contudo, apresenta uma distinção bipartite da natureza da dignidade, estabelecendo a dignidade como valor e também como direito, afirmando que ela não só é o fundamento moral dos direitos humanos expressos como também dela decorrem importantes direitos não explícitos (BARAK, Aharon. **Human dignity: The constitutional value and the constitutional right**. Trans. Daniel Kyro. Cambridge: Cambridge University Press, 2015; SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e do direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

⁶⁹ Nesse sentido, v. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 64.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (fazendo uma distinção entre a *relativização jurídica*, que seria possível e inevitável, e a impossibilidade de relativização da dignidade como valor intrínseco).

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **A dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98 (afirmando que, mesmo entendendo que a dignidade humana não é um valor absoluto, não se pode ignorar que “pela sua estatura moral e relevância ímpar em nosso sistema constitucional, deve assumir um peso abstrato muito elevado na ponderação de interesse”).

⁷² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20. Do mesmo modo, acrescentando ainda a dignidade humana como direito absoluto, v. BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional rights and their limitations**. Trans. Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 27-29.

⁷³ CEDH, *Ilascu and others v. Moldova and Russia*, Petição n. 48787/99, de 08.07.2004.

⁷⁴ Sobre a discussão do caráter absoluto ou relativo do direito de não ser torturado, v. BRUGGER, Winfried. *May government ever use torture? Two responses from German law*. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 48, n. 4, p. 661-678, 2000; GEWIRTH, Alan. *Are there any absolute rights?* In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 91-109; LUBAN, David. *Liberalism, torture and the ticking bomb*. **Virginia Law Review**, vol. 91, p. 1425-1461, 2005; MAVRONICOLA, Natasa. *What is an ‘absolute right’? Deciphering absoluteness in the context of article 3 of the European Convention on Human Rights*. **Human Rights Law Review**, vol. 12, n. 4, p. 723-758, 2012; PERRY, Michael. **The idea of human rights: four inquiries**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 87-106; WALDRON, Jeremy. *Torture and positive law: jurisprudence for the White House*. **Columbia Law Review**, vol. 105, p. 1681-1750, 2005.

Talvez o *direito de não ser escravizado*, previsto expressamente no art. 4º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), seja o mais próximo que tenhamos de um direito absoluto, mesmo que se adote a teoria externa, já que não se aponta qualquer hipótese razoável em que se discuta sobre a legitimidade de relativização ou restrição do direito. Seria, portando, um exemplo único de “*direito de uma só etapa*”, verdadeiro “*trunfo de ás*”.

Também é muito comum na doutrina a afirmação de que não haveria qualquer hierarquia jurídica entre os direitos fundamentais previstos na Constituição. A afirmação pode parecer um pouco contraditória, já que essa mesma parcela da doutrina também costuma afirmar que determinados princípios constitucionais gozam de um peso em abstrato diferenciado, ostentando certa prevalência em relação a outros princípios. No entanto, as teses se tornam compatíveis a partir do momento em que se afirma que a prevalência não é absoluta ou definitiva, mas relativa ou *prima face*. Apesar de ser possível se falar em pesos abstratos diferentes, em verdade, considerando que todos os direitos fundamentais gozam do mesmo *status* de norma constitucional, a hierarquização entre eles somente poderia ocorrer no plano meramente axiológico ou hermenêutico, não guardando relação semelhante no plano estritamente normativo⁷⁶. Neste sentido, segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, as hierarquias valorativas “devem operar exclusivamente como critério de determinação do peso abstrato do direito a ser ponderado, de modo que corresponda apenas à exigência de cargas de argumentação e justificação mais intensas”⁷⁷. Assim sendo, apesar de ostentarem o mesmo *status* jurídico de norma constitucional, o direito à vida e o direito de propriedade, por exemplo, poderiam ter (e realmente têm) pesos axiológicos diversos, sendo que, em eventual

⁷⁵ Muitas vezes, há uma deturpação do significado de “tortura”, estabelecendo uma restrição artificial do âmbito de proteção do direito simplesmente para sustentar a tese. Por exemplo, na década de 90, Israel autorizou expressamente a utilização de “força psicológica e física moderada” em interrogatórios de suspeitos de terrorismo sob o argumento que não se tratava propriamente de tortura. Vale notar que a Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 (a qual Israel é signatária) afirma, em seu artigo 1º, que “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão. Em decisão de 1999, a Suprema Corte de Israel, sob a presidência de Aharon Barak, vedou qualquer forma de tortura, tendo como base os tratados internacionais de direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana (Suprema Corte de Israel, *Public Committee Against Torture v. State of Israel*, HCJ 5100/94, IsrSC 53 [4], 817, 1999).

⁷⁶ No direito constitucional alemão, contudo, Krüger e Giese defenderam a tese da hierarquia jurídica entre normas constitucionais, aceitando, como consequência, a declaração de invalidade de uma norma constitucional por conta de uma incompatibilidade com outra norma constitucional mais relevante (cf. BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 54-58).

⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 243. Em sentido semelhante, v. SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Op. cit., p. 38.

conflito, o primeiro teria uma prevalência *prima facie* em relação ao segundo⁷⁸. Mais uma vez é preciso dizer que este entendimento somente se coaduna com a teoria externa, já que, adotando a teoria interna, não haveria qualquer possibilidade de prevalência de um direito sobre o outro, tendo em vista que cada um ocuparia o seu próprio espaço de incidência, não havendo margem para intervenções externas e, portanto, prevalências entre direitos.

Em termos conclusivos, as duas teorias sobre a tensão e conformação dos direitos fundamentais, apesar de largamente debatidas no campo teórico, podem possuir poucas consequências práticas se houver, em ambos os casos, uma postura responsável e transparente do intérprete na busca pela determinação a melhor decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais⁷⁹. Isso porque, adotando-se uma teoria ou outra, por conta de uma exigência de racionalidade e de justificação, mostra-se essencial que o intérprete constitucional elabore um método adequado na fixação da norma aplicável ao caso, pouco importando se o caminho a ser seguido será uma rodovia ou uma ferrovia. Como bem pontuou Alexander Aleinikoff, a Constituição é um documento complexo, sendo que uma teoria unitária de interpretação constitucional pode ser elegante, mas é provável que seja uma abordagem claramente irreal⁸⁰.

De qualquer maneira, não obstante a obtenção de resultados semelhantes, também é possível dizer que uma das teorias pode apresentar maiores vantagens ou utilidades em comparação com a outra. Por essa razão, acreditamos que a teoria externa, ao apresentar a possibilidade de justificações externas ao direito fundamental, possui a vantagem prática de promover com maior ímpeto a adoção de uma argumentação transparente e racionalmente estruturada e, por isso, passaremos a adotá-la como forma de delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais.

⁷⁸ Esta postura de dar prevalência em abstrato a determinado direito fundamental foi adotada por diversas vezes pela Suprema Corte norte-americana principalmente em relação ao direito de liberdade de expressão, considerada como uma liberdade preferencial (“*preferred freedom*”). Na mesma linha, o STF também já adotou a tese em relação a alguns direitos fundamentais. No julgamento da ADI 4.815, por exemplo, dando prevalência ao direito de liberdade de expressão, o STF deu interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil e declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Nesse julgado, alguns ministros entenderam que a liberdade de expressão deveria ter um *status* de prevalência por ser pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais, tais como os direitos políticos relacionados com o regime democrático (STF, Pleno, ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.06.2015, DJe 01.02.2016). Neste precedente, inclusive, o Min. Luís Roberto Barroso ressaltou que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial, o que “não significa uma hierarquização dos direitos fundamentais. Mas significa que a sua superação transfere o ônus argumentativo para o outro lado”.

⁷⁹ Em sentido semelhante, Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que, “na maior parte das vezes, o resultado final a que se chega adotando um ou outro modelo não é diferente” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., 167).

⁸⁰ ALEINIKOFF, Alexander. **Constitutional law in the Age of Balancing**. Op. cit., p. 1001-1002.

4.4. O Princípio da Proporcionalidade na Interpretação Constitucional

Na segunda etapa de construção do conteúdo dos direitos fundamentais, ganha destaque o *princípio* ou *postulado*⁸¹ da *proporcionalidade*, usado de forma predominante na doutrina e na jurisprudência para resolver disputas entre (i) dois direitos fundamentais ou (ii) um direito fundamental e um interesse legítimo da coletividade. O princípio possui origem no Direito Administrativo alemão do século XIX, utilizado na tentativa de contenção do excesso ou abuso do poder do Estado. No final da década de 50 do século passado, porém, a proporcionalidade também passou a ser utilizada no controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público a fim de evitar um eventual excesso do legislador na regulação de direitos fundamentais⁸². De forma surpreendente, apesar de contar com pouco mais de meio século de aplicação no campo do controle de constitucionalidade, o princípio da proporcionalidade se espalhou rapidamente para diversas partes do mundo, sendo utilizado amplamente pelas Cortes Constitucionais de diversos países e por diversas Cortes Internacionais de proteção dos Direitos Humanos⁸³. E não foi impedimento para sua

⁸¹ A proporcionalidade como postulado normativo é adotada, dentre outros, por Humberto Ávila. Segundo o autor, os postulados normativos seriam normas de segundo grau, ou seja, “normas sobre a aplicação de outras normas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Op. cit., p. 134; no mesmo sentido, v. NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 337). Na jurisprudência do STF, a preferência é pela utilização da proporcionalidade como *princípio* (STF, Pleno, ADI 4.467 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 30.09.2010, DJe 01.06.2011), sendo que, na formação atual da Corte, o Ministro Celso de Mello é a exceção na utilização da proporcionalidade como *postulado* (STF, Segunda Turma, ARE 915.424 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20.10.2015, DJe 30.11.2015). Há ainda aqueles que entendem que a proporcionalidade teria natureza de regra jurídica, aplicável sob a lógica dworkiana de *tudo-ou-nada* (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 117, nota 84; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 323; SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Op. cit., p. 25). Neste trabalho, a proporcionalidade será tratada como método hermenêutico que contém diversos comandos definitivos, o que pode conferir a ela o caráter de “conjunto de regras”, mas, considerando o largo uso da proporcionalidade como princípio jurídico, seguiremos a convenção e manteremos o uso da expressão “princípio da proporcionalidade”. Ressalte-se que esta também é a postura dos autores Jane Reis Gonçalves Pereira e Virgílio Afonso da Silva, mencionados anteriormente.

⁸² Apesar de o Tribunal Constitucional Federal alemão ser apontado como a origem da aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, a verdade é que encontramos precedente do Tribunal Constitucional da Suíça de 1926 no sentido de que determinada legislação sobre a prestação de serviços médicos infringiria o direito de livre iniciativa e livre comércio mais do que o necessário para a proteção do bem jurídico que pretendia (*Bundesgericht* [Tribunal Federal], 52 I 222, de 24.09.1926).

⁸³ A propagação da proporcionalidade ocorreu em quase todos os países da Europa Continental, bem como no Canadá, Israel, África do Sul, Índia, Nova Zelândia, Austrália, Coreia do Sul, Europa Oriental, América Latina e tribunais internacionais como o Tribunal de Justiça Europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (cf. BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional rights and their limitations**. Op. cit., p. 178-202; COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and the culture of justification*. **American Journal of Comparative Law**, vol. 59, n. 2, p. 463-490, 2011; PONOMARENKO, Iryna. *The unbearable lightness of balancing: Towards a theoretical framework for the doctrinal complexity in proportionality analysis in constitutional adjudication*. **UBC Law Review**, vol. 49, n. 3, p. 1103-1164, 2016, p. 1111; SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality, balancing and global constitutionalism**. Op.

utilização o fato de poucas Constituições possuírem alguma previsão de aplicação do princípio na interpretação constitucional⁸⁴. Pode-se dizer, assim, que o princípio da proporcionalidade é “o princípio dos princípios”⁸⁵, uma das “características mais marcantes dos direitos fundamentais no constitucionalismo global”⁸⁶, um “critério universal de constitucionalidade”⁸⁷ ou “o mais bem-sucedido transplante jurídico da segunda metade do século vinte”⁸⁸.

Segundo a doutrina e a jurisprudência predominantes, o princípio da proporcionalidade possui três etapas⁸⁹ de análise: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii)

cit., p. 69). Os Estados Unidos representam, talvez, a principal exceção da aplicação do princípio da proporcionalidade como método de interpretação tal como proposto pelo constitucionalismo alemão. Isso por conta de uma certa aversão à incorporação de jurisprudência ou conceitos estrangeiros na linha do que se denominou de “*American Exceptionalism*” (JACKSON, Vicki. **Constitutional law in an age of proportionality**. Op. cit., p. 3159 e ss; WEINRIB, Lorraine. *The postwar paradigm and american exceptionalism*. In: CHOUDHRY, Sujit [ed.]. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 84-111). No entanto, é notável que, apesar de minoritário, o *justice* Stephen Breyer, o maior defensor da proporcionalidade na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, venha utilizando-a em seus votos, como ocorreu em *Sorrell v. IMS* (2011) e *Reed v. Gilbert* (2015). Em voto dissidente no caso *District of Columbia v. Heller* (2008), Breyer ressaltou de forma precisa que, apesar de a maioria dos ministros da Suprema Corte recusar o princípio, suas ideias já teriam sido aplicadas em diversos precedentes (COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *The hidden foreign law debate in Heller: The proportionality approach in American constitutional law*. **San Diego Law Review**, vol. 46, p. 367, 2009). Possui ampla razão Breyer no ponto. É notório que a jurisprudência da Suprema Corte se utiliza de conceitos e procedimentos semelhantes à proporcionalidade, ainda que de forma casuística e não sistematizada. Com efeito, a Suprema Corte já afirmou que determinada norma interventiva irá prevalecer somente no caso de a medida sob revisão promover um “interesse convincente” (*compelling interest*). Por outro lado, a Corte também já afirmou, em diversos precedentes, que a lei interventiva deve ser “estritamente adequada” (*narrowly tailored*) para os fins públicos a que se destina. Toda essa análise costuma vir, ainda, junto com uma graduação (controle gradativo ou em camadas – teste da racionalidade, teste intermediário e teste do escrutínio estrito) a respeito da presunção de constitucionalidade dos atos do poder público, tendo como parâmetro a relevância do fim a ser protegido ou promovido. Segundo Bernhard Schlink, toda esta análise da Suprema Corte seria um teste de proporcionalidade mais ou menos minucioso (cf. SCHLINK, Bernhard. *Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here?* **Duke Journal of Comparative and International Law**, vol. 22, n. 2, p. 291-302, 2012, p. 297; em sentido semelhante, v. SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *All things in proportion? American rights doctrine and the problem of balancing*. **Emory Law Journal**, vol. 60, n. 4, p. 101-180, 2011).

⁸⁴ Algumas Constituições fazem menção expressa ao princípio da proporcionalidade, mas sem vincular à restrição dos direitos fundamentais ou à interpretação das normas constitucionais (Angola, art. 198; Bolívia, art. 323; Cabo Verde, art. 266; Equador, art. 116; Estônia, art. 60; Geórgia, art. 4º; Honduras, art. 351; Itália, art. 118; Moçambique, art. 283; Portugal, art. 266). Em verdade, pouquíssimos países possuem uma Constituição que prevê a aplicação do referido princípio na interpretação constitucional (África do Sul, seção 36; Canadá, seção A, art. 1; Grécia, art. 25; Peru, art. 200; República Dominicana, art. 74; Suíça, art. 36; Tunísia, art. 49; Turquia, art. 13).

⁸⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 79.

⁸⁶ SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality, balancing and global constitutionalism**. Op. cit., p. 68-69.

⁸⁷ BEATTY, David. **The ultimate rule of law**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 162.

⁸⁸ KUMM, Mattias. **Constitutional rights as principles**. Op. cit., p. 595.

⁸⁹ A análise da proporcionalidade com um quarto elemento, referente à análise da *legitimidade dos fins*, foi adotada pela Suprema Corte do Canadá, em 1982, no precedente *R v. Oaks* (para uma comparação da proporcionalidade alemã para a canadense v. GRIMM, Dieter. *Proportionality in Canadian and German*

proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Na Alemanha⁹⁰, assim como no Canadá⁹¹, as etapas da proporcionalidade são analisadas de forma destacada, tendo uma aplicação mais formal e sistemática. Outros países como a África do Sul⁹², assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos⁹³, adotam uma postura menos analítica sem especificar as etapas ou os componentes do princípio, aproximando-o de uma abstrata razoabilidade. No Brasil, apesar de haver precedentes antigos que invalidaram atos normativos por conta de seus abusos ou excessos⁹⁴, o Supremo Tribunal Federal apenas fez uso explícito do princípio da proporcionalidade em 1993, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855, embora não tivesse, naquela ocasião, utilizado de forma sistemática as três etapas mencionadas, o que ocorreu em julgados posteriores⁹⁵.

Em rápida síntese, na primeira etapa da proporcionalidade, denominada de teste ou princípio da adequação (*suitability*), o intérprete irá analisar a aptidão ou a congruência de os meios adotados pelo legislador para atingir os fins apresentados. A etapa intermediária da proporcionalidade é denominada de teste ou princípio da necessidade (*necessity*), sendo que, aqui, deve o intérprete analisar se o meio utilizado pelo legislador para atingir o fim pretendido é o menos gravoso para os direitos e os interesses envolvidos. O último teste do princípio da proporcionalidade, chamado de proporcionalidade em sentido estrito

constitutional jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, vol. 57, p. 383-397, 2007). Alguns autores, em uma posição intermediária, acrescentam a legitimidade dos fins não como uma etapa autônoma da proporcionalidade, mas como um exame dentro do teste da adequação (cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 324-327; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Direito constitucional**. Op. cit., p. 470). Merece registro, ainda, que, apesar de originariamente ter adotado a divisão trinária, Robert Alexy, em artigo rebatendo seus críticos, fez uma pequena alteração em sua doutrina ao acrescentar o quarto elemento ao princípio da proporcionalidade (ALEXY, Robert. *Thirteen Replies*. In: PAVLAKOS, George [org.]. **Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland: Hart Pub, 2007, p. 341).

⁹⁰ A divisão trinária foi prevista pela primeira vez no caso “Julgamento das Farmácias” (*Apothekenurteil*) de 1958 do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE* 3, 377, *Apothekenurteil*, de 11.06.1958). No entanto, a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), foi utilizada pela primeira vez no já mencionado caso *Lüth*. Nesta ocasião, a Corte utilizou a ponderação mais para aferir a validade de uma decisão judicial de um tribunal inferior em conformidade com as possibilidades restritivas dos direitos fundamentais. Mais tarde, em 1965, no caso *Wenker*, o Tribunal Constitucional afirmou que o princípio da proporcionalidade ostentava *status* constitucional (*BVerfGE* 19, 342, *Wenker*, de 15.12.1965)

⁹¹ Suprema Corte do Canadá, *R v. Oakes*, 1SCR 103, 1982.

⁹² Suprema Corte da África do Sul, *State v. Makwanyane and another*, 995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC).

⁹³ Cf. GERARDS, Janneke. *How to improve the necessity test of the European court of human rights*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 2, p. 466-490, 2013.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67-72; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Direito Constitucional**, Op. cit., p. 467.

⁹⁵ STF, Pleno, ADI 855 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 01.07.1993, DJ 01.10.1993.

(*proportionality in narrow sense*) ou ponderação (*balancing*), será utilizado para determinar qual dos direitos ou interesses em jogo terá prevalência nas circunstâncias concretas do caso. Para tanto, a análise será para estabelecer se o grau de intervenção em um direito ou interesse causado pelo meio escolhido pelo legislador é compatível com o grau de relevância do direito ou interesse que se pretende promover. Em síntese, na ponderação, será aferido o custo/benefício da intervenção, ou seja, se a interferência com o direito se justifica à luz do ganho na proteção do direito ou interesse concorrente.

4.4.1. O princípio da proporcionalidade e seus críticos

Apesar de largamente utilizado, o princípio da proporcionalidade possui uma legião de críticos. Para Grégoire Webber, por exemplo, a difusão da proporcionalidade seria tão perniciososa que se assemelharia um culto inibidor de outros métodos de extração de sentido e conteúdo da Constituição⁹⁶. Já segundo Denise Reaume, o princípio da proporcionalidade tem servido mais para obscurecer a questão central dos conflitos entre direitos fundamentais do que para resolver o problema⁹⁷. Para Ian Leigh, o princípio da proporcionalidade seria um Cavalo de Troia inserido no sistema jurídico para permitir a intervenção judicial em questões políticas⁹⁸. Segundo Jochen Von Bernstorff, o princípio da proporcionalidade deveria ser utilizado sem sua terceira etapa (proporcionalidade em sentido), a fim de evitar a imprevisibilidade de seus resultados, bem como um perigoso ativismo judicial⁹⁹. Apesar da legião de críticos e da infinidade de argumentos contrários à proporcionalidade, iremos concentrar o debate nas três principais teses formuladas.

4.4.1.1. Direitos fundamentais sem prevalência?

⁹⁶ WEBBER, Grégoire. *Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship*. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 23, n. 1, p. 179-202, 2010, p. 180.

⁹⁷ REAUME, Denise. *Limitations on constitutional rights: the logic of proportionality*. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 26/2009, 2009, p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1463853>. Acesso em 20 jul. 2017.

⁹⁸ LEIGH, Ian. *Taking rights proportionately: Judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg*. **Public Law**, vol. 47, n.1, p. 265-287, 2002, p. 278.

⁹⁹ BERNSTORFF, Jochen Von. *Proportionality without balancing: why judicial ad hoc balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination?* In: LAZARUS, Liora; MCCRUDDEN, Christopher; BOWLES, Nigel (eds.). **Reasoning rights: Comparative judicial engagement**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014, p. 63.

O primeiro grande argumento contrário à proporcionalidade, utilizado principalmente para rechaçar o teste da ponderação, é de que o método retiraria o caráter preferencial dos direitos fundamentais, já que assimilaria direitos a meros valores¹⁰⁰ ou interesses¹⁰¹, afastando o caráter jurídico e deontológico dos direitos fundamentais e negando “respostas categóricas”¹⁰² a respeito de casos flagrantes de violação do direito fundamental. Em outras palavras, a ponderação, segundo a crítica, retiraria a ideia construída pelo liberalismo ao longo dos séculos de que os direitos fundamentais teriam um peso destacado e prioridade inerente frente a outros interesses públicos ou privados, possibilitando, com este entendimento, que os direitos fossem relativizados em larga escala.

A crítica é rebatida sob o argumento de que é possível fundamentar a preeminência dos direitos fundamentais mesmo com a utilização da técnica da ponderação, desde que seja estabelecida uma prevalência elevada frente a interesses ou valores não constitucionais por conta de uma hierarquia constitucional superior, ou uma prevalência ainda que leve frente a interesses de igual *status* constitucional, mas não jusfundamentais. Por esta visão, portanto, os direitos fundamentais gozariam de um peso abstrato maior em relação a outros princípios infraconstitucionais ou mesmos constitucionais não jusfundamentais, ainda que esse peso não represente uma prevalência definitiva para o caso concreto. Seguindo o raciocínio, Matthias Klatt e Moritz Meister afirmam que haveria uma intrínseca *lei de prioridade* presente na ponderação que determina que “quanto maior o peso abstrato de um direito fundamental, maior é a probabilidade de que este prevaleça na ponderação com princípios constitucionais colidentes”¹⁰³.

A prevalência *prima facie* dos direitos fundamentais em relação a outros princípios constitucionais parece ser adequada e possível. Todavia, existe dúvida razoável a respeito de a prevalência dos direitos fundamentais em relação aos princípios não constitucionais ou interesses públicos difusos ser absoluta ou relativa e definitiva ou *prima facie*. Para Klatt e Meister, neste caso, a prevalência é definitiva, ou seja, havendo conflito entre um direito fundamental e um princípio não constitucional aquele deve prevalecer em todo e qualquer

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge, MIT Press, 1996, p. 259-261.

¹⁰¹ TSAKYRAKIS, Stavros. **Proportionality: An assault on human rights?** Op. cit., p. 470.

¹⁰² Grégoire Webber afirma que a proporcionalidade impede que direitos fundamentais sejam categoricamente invocados para impedir sua violação, tal como deveria ocorrer com o *direito de não ser torturado* (WEBBER, Grégoire. **Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship**. Op. cit., p. 200).

¹⁰³ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *A proporcionalidade como princípio constitucional universal*. Trad. Philippe Seyfarth de Souza Porto. **Revista Publicum**, n. 1, p. 30-70, 2015, p. 37-39.

caso, não havendo margem para relativizações. No entanto, esta posição pode gerar algumas dificuldades, principalmente se for adotada a ideia de que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado da “maior forma possível”, como “mandamento de otimização” ou de “forma extremamente ampla”. Será que o direito de liberdade permite, por exemplo, que alguém pinte um quadro no meio da mais movimentada avenida de uma cidade? Esta conduta poderia perfeitamente encontrar suporte no âmbito de proteção do direito geral de liberdade, por ser tão amplo a abranger qualquer manifestação de vontade; entretanto, será que princípios, valores ou interesses públicos não constitucionais (a boa tráfegabilidade urbana, por exemplo) não limitariam esta ampla liberdade ainda que de forma contingente?¹⁰⁴ A indagação é especialmente relevante quando se adota um *direito geral de liberdade* ou um *direito de liberdade como mandado de otimização*. Adotando-se esta tese, a proporcionalidade mostra-se como o melhor instrumento para resolver as indagações apresentadas e para apresentar uma prevalência em abstrato e em concreto diversificadas¹⁰⁵.

A ideia de que os direitos fundamentais teriam uma prevalência definitiva sobre outros interesses ou valores não constitucionais ou interesse público difuso parece ignorar o fato de que os direitos fundamentais são normas altamente abstratas e indeterminadas. É verdade que, em constituições abrangentes e analíticas, como a brasileira, fica mais fácil apontar algum princípio constitucional colidente sem que seja apresentado um possível confronto entre direito fundamental e princípio não constitucional. Porém, não se pode elaborar uma teoria substantiva dos direitos fundamentais pensando na quantidade de artigos de uma Constituição. Assim, diferentemente do que possa parecer, mesmo em confronto com outros valores ou interesses não constitucionais, entendemos que a prevalência dos direitos fundamentais deve ser sempre *prima facie* e não definitiva¹⁰⁶. Mas para que não haja uma desproteção do direito fundamental é importante que se trabalhe com uma parcela do direito que fique imune a ponderações ou relativizações. Em outras palavras, deve haver um *núcleo do direito* em que o peso abstrato do direito irá ser ainda maior, vencendo em definitivo interesses ou valores não constitucionais, assim como quase vencendo quase em definitivo outros princípios constitucionais.

¹⁰⁴ Como vimos anteriormente, este entendimento é rechaçado veementemente por Friedrich Müller que entende que o caso seria de não incidência do direito fundamental (MÜLLER, Friedrich. **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 59-60 *apud* SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Op. cit., p. 31-32).

¹⁰⁵ Também nesse sentido, v. TUSHNET, Mark. **Three essays on proportionality doctrine**. Op. cit.

¹⁰⁶ Em sentido semelhante, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 381;

4.4.1.2. Maior discricionariedade judicial e maior subjetivismo?

O segundo grande argumento contrário à proporcionalidade está ligado à indeterminação metodológica e à discricionariedade hermenêutica. Para alguns autores, a proporcionalidade estabelece parâmetros muito flexíveis para a extração de conteúdo dos direitos fundamentais, além de simplificar demais a complexa atividade interpretativa. Consequentemente, a proporcionalidade como método interpretativo ocasionaria um abissal subjetivismo no processo hermenêutico, sendo facilmente manipulada pelo intérprete para atender seus interesses, o que prejudica não só a segurança jurídica¹⁰⁷, mas também a legitimidade da decisão¹⁰⁸.

O argumento acima, apesar de largamente difundido pelos críticos da proporcionalidade, não se mostra completamente adequado. Se por um lado a indeterminação não pode ser atribuída ao método em si, senão à estrutura das normas constitucionais; por outro lado, mostra-se perfeitamente possível a formulação de um procedimento racional de escolhas e preferências entre normas abertas e abstratas, mesmo com a indeterminação do texto normativo e de seus conceitos¹⁰⁹. Repita-se: a rigor, a subjetividade e discricionariedade, comumente apontadas como decorrentes da proporcionalidade, sobretudo, da ponderação, são circunstâncias inerentes à própria natureza das normas constitucionais, sendo extremamente ingênua a afirmação de que toda norma possui conteúdo e incidência perfeitamente delimitados no próprio texto normativo ou de que não haveria nenhum processo cognitivo, interpretativo e criativo por detrás da extração de conteúdo de direitos categóricos. Entender o contrário e utilizar apenas métodos simplistas e formalistas acabaria por apresentar uma subjetividade ainda maior do que aquela que se propõe combater, uma vez que a proposta evitaria a exposição de procedimentos mais racionais e retiraria a transparência da construção da solução do caso concreto. A conclusão natural, portanto, é de que a utilização de um método puramente literal ou baseado na lógica formal não se mostra apropriado para a perfeita extração de sentido ou delimitação do conteúdo de todas as normas constitucionais. E essa afirmação é ainda mais patente na interpretação daquelas normas que possuem um grau

¹⁰⁷ PETERSEN, Niels. *How to compare the length of lines to the weight of stones: balancing and the resolution of value conflicts in constitutional law*. **German Law Journal**, vol. 14, p. 1387-1408, 2013, p. 1394-1395.

¹⁰⁸ TSAKYRAKIS, Stavros. **Proportionality: an assault on human rights?** Op. cit., p. 470; BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 95-138.

¹⁰⁹ LUBAN, David. *Incommensurable values, rational choice, and moral absolutes*. **Cleveland State Law Review**, vol. 38, p. 65-84, 1990, p. 78.

de abstração elevado e uma proximidade intrínseca com moralidade política, tal como ocorre com as normas sobre direitos fundamentais. Conforme bem colocou Carlos Bernal Pulido, “*la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales*”¹¹⁰.

4.4.1.3. Os juízes são incapazes de dar a melhor decisão?

O terceiro argumento contrário à proporcionalidade não parte de nenhum juízo de valor a respeito da correção ou da conveniência do método em si, mas de um juízo de valor a respeito da utilização do método pelos juízes. A base da argumentação seria de que o Judiciário não poderia realizar julgamentos a respeito do custo/benefício da intervenção legislativa ou da melhor/pior restrição, tendo em vista que tais análises não pertencem à linguagem jurídica ou à função dos juízes. O argumento é complexo e apresenta certo encanto por estar relacionado com institutos respeitados e consensualmente aceitos como válidos, tais como a separação de poderes e a democracia representativa.

As justificativas para tal raciocínio são de dois níveis: de cognição e de legitimação. Sobre o aspecto cognitivo, a afirmação é de que o Judiciário não tem como estabelecer com segurança a melhor escolha dentre valores incomensuráveis e abstratos, faltando-lhe *capacidade cognitiva*, ou moral ou técnica, para tanto. Afinal, como o Judiciário poderia comparar o “comprimento de uma linha com o peso de uma pedra”¹¹¹? Como poderiam os

¹¹⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30, p. 273-291, 2007, p. 283.

¹¹¹ A expressão é atribuída ao *justice* Anthony Scalia formulada no precedente *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* (1988) da Suprema Corte norte-americana. Ela representa uma crítica mais específica contra a proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que os direitos fundamentais seriam incomensuráveis e, portanto, imponderáveis, forte na ideia de que qualquer tentativa de tornar comparáveis princípios incomensuráveis mostrar-se-ia artificial (cf. TSAKYRAKIS, Stavros. **Proportionality: an assault on human rights?** Op. cit., p. 471; WEBBER, Grégoire. **Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship.** Op. cit., p. 194). Em sentido contrário, parcela da doutrina diferencia comparabilidade de incomensurabilidade, afirmando que a primeira é plenamente factível, mesmo entre princípios de pesos abstratos, desde que seja consolidada através da utilização de uma escala comum que os aproxime, sendo exatamente isso que a proporcionalidade teria a pretensão de fazer (SILVA, Virgílio Afonso da. **Comparing the incommensurable.** Op. cit., p. 277; COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and German proportionality.** Op. cit., p. 269). A possibilidade de comparação fica mais evidente se pensarmos que, na vida cotidiana, quando nos deparamos com algum dilema moral de qualquer nível, há a necessidade de escolher sempre entre uma gama de valores, sendo que a escolha não precisa vir nos dados ou na roleta, mas pode ser construída através de justificações racionais e equilibradas (v. SUNSTEIN, Cass. *Incommensurability and valuation in law.* **Michigan Law Review**, vol. 92, p. 779-861, 1993, p. 793). Em princípio, maçãs e peras não são comparáveis, mas nós as comparamos rotineiramente no momento em que vamos ao mercado e necessitamos escolher qual delas comprar.

juízes ter capacidade de dar a melhor resposta para um conflito altamente técnico e especializado ou a respeito de questões morais complexas? Em relação à análise da capacidade institucional do Judiciário, é sempre utilizada a doutrina de Cass Sunstein e Adrian Vermulle no sentido de que os juízes devem adotar uma postura minimalista e não intervir em questões em que não possuam plena capacidade para estabelecer a melhor decisão sobre a matéria. Segundo Sunstein e Vermulle, a interpretação realizada pelas cortes deveria ser mais preocupada com a questão institucional, de modo que o ponto central do intérprete não seria a respeito da indagação sobre “como os juízes perfeitos decidirão casos” tal proposto por Ronald Dworkin, mas sim a indagação a respeito de “como os juízes falíveis devem prosseguir, à luz de sua falibilidade e seu lugar em um sistema complexo de ordem pública e privada”¹¹². Em suma, considerando que os juízes não são deuses ou semideuses, possuindo déficits cognitivos evidentes, não há nenhuma certeza a respeito de o Judiciário ter a possibilidade de dar a melhor decisão ou a mais justa sobre questões complexas subjacentes aos conflitos entre direitos fundamentais.

E em um cenário de falta de capacidade cognitiva de todos os lados? Se os juízes não possuem capacidade cognitiva para “descobrir” a decisão moral correta a respeito do aborto, será que os deputados e senadores possuem tal capacidade? A resposta, inegavelmente, apontará para um déficit cognitivo bastante amplo. Ou seja, a conclusão é de que, diferentemente dos deuses, todos os seres humanos possuem déficits cognitivos a respeito de dilemas morais relevantes. Ocorre que, mesmo nesse cenário, a comunidade necessita fixar de forma precisa a competência legítima para a solução dos conflitos morais e jurídicos a respeito dos direitos fundamentais. Assim, sob a justificativa da *legitimação*, diversos autores argumentam que, até por conta desse déficit cognitivo, a melhor opção política seria entregar exclusivamente aos representantes do povo a função de determinar o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais. Por esse raciocínio, se tanto o Judiciário como o Legislativo podem errar na decisão final, melhor seria que o erro, em respeito à democracia e à autonomia pública, viesse dos legitimados pelo voto popular¹¹³.

¹¹² SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and institutions*. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003; SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999; VERMUELLE, Adrian. **Judging under uncertainty: An institutional theory for legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

¹¹³ WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006, p. 1399-1401; KRAMER, Larry. **The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 247. Segundo John Hart Ely, se quisermos colocar a função de corretor ou moderador moral da sociedade sob a guarda de determinadas pessoas, seria mais adequado que essa pecha recaísse sobre homens de Igreja, escritores, historiadores ou filósofos morais, mas não sobre juízes (ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de**

Apesar de sedutores, os argumentos acima não devem ser utilizados para afastar a aplicação da proporcionalidade, principalmente por conta da inaptidão destas doutrinas em dar respostas simples e adequadas a respeito de (i) quem teria a melhor capacidade institucional para delimitar direitos mínimos do indivíduo a serem protegidos mesmo em face da maioria, bem como a respeito de (ii) qual arranjo institucional poderia apresentar uma decisão política mais justa para questões altamente divergentes do ponto de vista moral.

Em primeiro lugar (i), a afirmação de que o Judiciário não deve intervir na delimitação de direitos fundamentais é contra a ideia de que estes direitos fazem parte de um rol mínimo de valores em que a minoria (ou um só indivíduo) pode invocar na proteção contra interesses da maioria. Deve-se sempre lembrar que, em Estados democráticos, o entrenchamento de direitos em normas superiores ou mesmo em normas pétreas, como no caso brasileiro, tem como alvo não um poder autoritário e arbitrário do monarca ou do imperador, porque estes já não detêm o poder político de forma absoluta, mas deve ter como alvo uma conduta ou uma decisão autoritária e arbitrária que eventualmente possa surgir da maioria do povo ou de seus representantes. A conclusão, portanto, é que, se os direitos fundamentais foram entrenchados para se evitar interferências arbitrárias e desarrazoadas da política e da maioria, seria um contrassenso enorme que a interpretação e delimitação desses direitos ficassem a cargo exclusivo de um órgão político formado por membros da maioria. A conclusão, assim, é de que, no caso de proteção de direitos mínimos do indivíduo, a valorização de uma função contramajoritária e o reconhecimento da importância da independência política do *ombudsman* passam a ser pontos relevantes a recomendar a participação também das cortes nas decisões políticas a respeito da delimitação e de concretização dos direitos fundamentais¹¹⁴.

Em segundo lugar (ii), apesar de os críticos afirmarem que o Judiciário não poderia dar uma melhor resposta para os diversos desacordos morais e políticos em uma comunidade, um arranjo político em que os poderes estatais possam realizar controles recíprocos, tendo como parâmetro a Constituição e seus valores, sem dúvida alguma é um arranjo mais adequado que aquele que atribui uma hegemonia a apenas um poder ou órgão. Como deve ser esse arranjo de controle recíproco é uma difícil indagação que não possui uma só resposta, mas dependerá de considerações circunstanciais da cultura política de determinada sociedade,

constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 75).

¹¹⁴ FERREJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, n. 3, p. 41-68, 2002, p. 65.

tal como afirmado no Capítulo anterior¹¹⁵. De qualquer forma, entendemos que o princípio da proporcionalidade se apresenta como um importante instrumento de operacionalização de um arranjo institucional constitucionalmente adequado, já que pode demarcar uma ampla margem de atuação do legislador, ao mesmo tempo que pode estabelecer a possibilidade de um órgão independente e imparcial realizar um controle de racionalidade e razoabilidade. Além disso, com a proporcionalidade, o Judiciário, por óbvio, não estaria substituindo o legislador em toda a sua atuação, mas apenas intervindo em casos pontuais onde houvesse uma atuação excessiva ou abusiva. Claro que não se pode ignorar que a análise judicial do que seria excessivo ou abusivo também pode ser arbitrária e caprichosa. No entanto, mesmo o controle judicial não pode ser considerado supremo e último, sendo certo que também ele pode sofrer (e realmente sofre) um controle institucional dos outros atores políticos e um controle popular da opinião pública, tal como também já foi demonstrado no Capítulo antecedente. Em suma, um arranjo de equilíbrio e harmonia entre os poderes estatais se mostra mais adequado e produtivo para a proteção dos direitos fundamentais e para a deliberação política da comunidade do que um arranjo de hegemonia e sobreposição.

4.4.1.4. Proporcionalidade sem ponderação?

Uma visão menos extrema, mas igualmente crítica, defende a utilização de uma proporcionalidade parcial. Assim, para se evitar o enfraquecimento dos direitos fundamentais, uma discricionariedade judicial muito elevada ou uma decisão imprecisa e ilegítima, alguns autores propõem não a extinção completa da proporcionalidade, mas a utilização de uma proporcionalidade limitada apenas às duas primeiras etapas (adequação e necessidade), sem a sua terceira etapa (ponderação)¹¹⁶.

A alegação de que seria melhor a utilização de uma proporcionalidade parcial ou limitada esbarra nos benefícios que a ponderação pode apresentar para a ideia de justiça e equidade. Dois casos hipotéticos merecem servir de exemplo para melhor compreensão de nosso ponto de vista. (i) Após ampla deliberação, a maioria dos cidadãos chegou à conclusão de que deveria ser aprovada uma lei que permitiria à autoridade policial “atirar para matar” em determinadas pessoas baderneiras que causassem tumulto em protestos contra o regime político, “quando outros meios não forem suficientes para impedir o dano a bens públicos ou

¹¹⁵ ALEXANDER, Larry. *Judicial review and moral rights*. **Queen's Law Journal**, vol. 33, p. 1-19, 2007, p. 19.

¹¹⁶ BERNSTORFF, Jochen Von. **Proportionality without balancing**. Op. cit., p. 63.

privados”, sob a justificativa de “proteção da propriedade privada e da ordem pública”¹¹⁷. Será que a esta lei não poderia ser submetida a nenhuma forma de controle da racionalidade e da razoabilidade, apesar de ser um ato do Parlamento? Outro exemplo interessante pode ser utilizado. (ii) Imagine que um homem de cadeira de rodas esteja sentado em sua varanda com uma arma e aviste uma criança furtando maçãs de sua árvore. Apesar de tentar por diversos meios afastar a criança, não consegue impedir que ela prossiga com a subtração. Será razoável, então, uma interpretação no sentido de que o homem seja autorizado pela legislação a atirar na criança para proteger seu direito de propriedade sobre as maçãs?

Em ambos os casos, pode-se dizer que uma regulamentação legislativa buscou balizar direitos diversos e incomensuráveis, bem como utilizou justificativas legítimas para a intervenção no direito fundamental de liberdade. Os críticos poderiam chegar, então, à conclusão de que o Judiciário não deveria realizar qualquer controle sobre tais atos, não utilizando o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Mas será que o resultado final seria moralmente aceitável? Observe-se que, nestes casos, seria possível afirmar que o ato regulamentador passaria no teste da adequação e no teste da necessidade, apesar de, provavelmente, não passar no teste da proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, se entendêssemos que a proporcionalidade poderia ser aplicada pelos juízes, mas sem sua terceira etapa, a conclusão seria de que a lei “ordem e morte” e a autorização “minhas maçãs, sua vida” eram válidas e eficazes, bem como deveriam ser respeitadas pelos policiais e pelos juízes. Será que essa visão é adequada em um constitucionalismo pautado pela justiça e pela equidade?

Pode-se indagar que os exemplos retratam casos extremos em que o legislador ou o poder público atuou de forma inverossímil e absurda. Contudo, não se pode esquecer que, em determinadas circunstâncias, mesmo em regimes democráticos, a maioria pode ser plenamente favorável a edição de leis inverossímeis e absurdas. A história da humanidade é um terreno fértil de tais leis, não parecendo que estejamos mesmo no terreno da inverossimilhança ou do absurdo. Com efeito, analisando a história, pode-se perceber que a maioria pode sim ser levada pelas circunstâncias a praticar determinados atos de barbárie tão inverossímeis quanto os exemplos citados acima. Neste contexto, o controle de proporcionalidade realizado por um órgão ou instituição externa à política parece ser uma

¹¹⁷ Exemplo parecido é encontrado em GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence**. Op. cit., p. 396; BARAK, Aharon. **Proportionality**. Op. cit., p. 342-343.

forma adequada para se evitar ou, pelo menos, minorar o “efeito Lúcifer”¹¹⁸ que poderá ocorrer de tempos em tempos em determinadas sociedades políticas.

Analizamos acima os principais argumentos contrários à proporcionalidade no campo do controle de constitucionalidade formulados pela doutrina contemporânea. Antes de encerrar este tópico, no entanto, é importante dizer que, muitas vezes, a crítica não recai sobre a proporcionalidade ou ponderação em si, mas sobre seu uso desmedido e desnecessário. Por óbvio, não se pode afastar uma teoria por conta de uma determinada aplicação considerada extremista ou mesmo equivocada. Não é porque não concordamos com a teoria da justiça de Robert Nozick que devemos abandonar toda e qualquer teoria da justiça; da mesma forma, não é porque não concordamos com a teoria socialista de Karl Marx que não podemos defender uma preocupação destacada para com a igualdade e com os direitos sociais¹¹⁹. Para que fique claro: o princípio da proporcionalidade não deve ser visto como um procedimento universal aplicado com todas as suas etapas e em todas as circunstâncias. É notório, nessa linha, que a última etapa da proporcionalidade (a ponderação), dotada de maiores divergências, não se mostra aplicável a toda e qualquer interpretação legal, sendo pouquíssimos os casos concretos em que seria necessária sua utilização efetiva. Como bem colocou Jane Reis Gonçalves Pereira, “não há, entre a ponderação e os métodos tradicionais, relação de antagonismo, mas de complementariedade”¹²⁰. Além disso, para equilíbrio e segurança do sistema é importante que sejam estabelecidas cada vez mais situações em que a proporcionalidade seria inaplicável por conta de uma construção antecedente de comandos definitivos em que a relativização do direito fosse categoricamente rejeitada. Seriam casos em que o entendimento predominante fosse no sentido de que o núcleo do direito fundamental incidiria de forma plena, sendo que, nesses casos, os direitos fundamentais poderiam ser apontados como verdadeiros “trunfos”¹²¹, “escudos”¹²².

¹¹⁸ Em famoso estudo de psicologia chamado de “Experimento do Encarceramento de Stanford”, Philip Zimbardo e seus seguidores demonstraram, na década de 70 do século passado, que boas pessoas poderiam intencionalmente infligir um mal elevado a outras pessoas a depender das circunstâncias, sobretudo se inseridas em um contexto de autoridade e obediência. As conclusões de Zimbardo foram tiradas a partir de um experimento em que alunos eram submetidos as mesmas condições de disciplina de uma prisão, tendo o experimento sido interrompido logo em seu início por conta de posturas extremamente nocivas daqueles que ocupavam o personagem da autoridade (HANEY, Craig; BANKS, Curtis; ZIMBARDO, Phillip. *A study of prisoners and guards in a simulated prison*. **Naval Research Reviews**, p. 1-17, September 1973; ZIMBARDO, Philip. **The Lucifer effect: Understanding how good people turn evil**. New York: Random House, 2007).

¹¹⁹ MÖLLER, Kai. **Proportionality: Challenging the critics**. Op. cit., p. 710.

¹²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 295.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps**. Op. cit., p. 153-167.

¹²² SCHAUER, Frederick. *A comment on the structure of rights*. **Georgia Law Review**, vol. 27, p. 415-434, 1993.

4.4.2. Uma defesa da proporcionalidade como método

Apesar da tentativa de Alexy em tentar construir fórmulas aritméticas para dar objetividade e legitimidade ao método ponderativo¹²³, não se poder negar que a ponderação não é método que tenha o mérito em acabar com o subjetivismo ou a discricionariedade na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Será que algum método poderia ter sucesso nesta empreitada? Com certeza, a resposta é negativa. O método ou procedimento completamente objetivo e universal é o sonho dos filósofos e dos críticos; entretanto, a verdade é que estamos muito longe de alcançá-lo¹²⁴. As tentativas do formalismo jurídico, geralmente apontadas como mais próximas da objetividade completa, tiveram o mérito apenas de colocar a subjetividade por debaixo do tapete, ocultando dos destinatários das decisões judiciais as reais razões da construção da norma do caso. Em última análise, a questão não está em saber se a proporcionalidade é ou não completamente objetiva ou se ela extingue ou não a discricionariedade judicial, mas sim saber se queremos prosseguir adotando a proporcionalidade e se ela pode apresentar mais benefícios que prejuízos. De uma forma um tanto quanto paradoxal, é chegada a hora de realizar uma ponderação a respeito do uso da proporcionalidade. Ao final deste raciocínio, temos certeza de que será verificado que a proporcionalidade pode apresentar sim mais vantagens do que desvantagens do ponto de vista metodológico e também do ponto de vista institucional, sendo que eventuais falhas podem ser corrigidas ou minoradas com pequenos e pontuais aperfeiçoamentos.

4.4.2.1. Uma visão holística da Constituição

O primeiro argumento em defesa do princípio da proporcionalidade é no sentido de que ele permite que a construção da norma a ser aplicada no caso concreto ocorra através de uma melhor harmonização dos mais diversos valores e interesses protegidos pela Constituição. A proporcionalidade mostra-se, assim, como um método holístico na proteção do sistema constitucional, garantindo a unidade da Constituição e a indivisibilidade dos

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., posfácio, p. 599 e ss.

¹²⁴ BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*. Trad. R. Arango. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 59, p. 29-56, 2000, p. 46 (afirmando que um procedimento decisório vinculante e obrigatório para alcançar a melhor interpretação não existe); PULIDO, Carlos Bernal. **Los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Op. cit., p. 283-284 (afirmando que a existência de um sistema totalmente objetivo, além de utópico, também não seria desejável, já que eliminaria a discussão democrática e petrificaria qualquer conclusão a respeito do conteúdo da Constituição).

direitos fundamentais. Será, assim, através da proporcionalidade, que o intérprete deverá levar em consideração diversos pontos de vista a respeito de outros valores e interesses constitucionais possivelmente afetados, não se limitando a estabelecer o âmbito de proteção de um direito com os olhos voltados exclusivamente para seus supostos limites imanentes. Nesse sentido, a proporcionalidade teria, ainda, o mérito de ter um apelo provocativo e crítico, evitando interpretações equivocadas, que ignorassem determinados valores ou interesses relevantes. Como dizer, por exemplo, que a criminalização do aborto está dentro do âmbito de proteção do direito à vida sem que seja feita qualquer consideração a respeito da autonomia privada ou da independência ética da mulher, da necessidade de plena igualdade de gênero ou da política de saúde pública que preza pela proteção da integridade física e mental da mulher? A utilização da proporcionalidade, nesse contexto, permite que todos os direitos fundamentais envolvidos no caso sejam tratados de forma equitativas, com igual respeito e consideração.

O argumento acima possui um apoio também científico e psicológico: a proporcionalidade tem o mérito de evitar ou minorar uma falibilidade cognitiva natural do ser humano. Como se sabe, existe, no campo da neurociência e da psicologia, respeitáveis estudos que sugerem precedência por teorias binárias sobre a forma de pensar do ser humano com o estabelecimento de dois sistemas ou processos cognitivos¹²⁵. O primeiro deles, o *processo intuitivo* ou *Sistema 1*, ocorre de forma espontânea e é fortemente influenciado por aspectos emocionais, além de não exigir muito tempo de atenção e reflexão do sujeito. O segundo, denominado de *processo deliberativo* ou *Sistema 2*, por outro lado, é determinado por características opostas: exige maior esforço reflexivo, demanda maior concentração e tempo de reflexão, além de ser determinado por uma sistematização mais analítica. Segundo os estudiosos, como o processo intuitivo é automático, rápido e de fácil acesso, há uma

¹²⁵ Cf. NICHOLS, Shaun. **Sentimental rules: On the natural foundations of moral judgment**. New York: Oxford University Press, 2004; EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the perspective of cognitive-experiential self-theory*. In: PLESSNER, Henning; BETSCH, Cornelia; BETSCH, Tilmann (ed.). **Intuition in judgment and decision making**. New York and London: Lawrence Erlbaum Associates, 2008; SLOMAN, Steven. *The empirical case for two systems of reasoning*. **Psychological Bulletin**, vol. 119, n. 1, p. 3-22, 1996. Vale dizer que existem diferentes versões das teorias binárias, que parecem igualmente consistentes. Uma delas é a teoria que pressupõe a existência de dois sistemas diversos em nosso cérebro que operam de forma independente e competem no controle do comportamento (CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; GREENE, Joshua. *Multi-system moral psychology*. In: DOROIS, John e Moral Psychology Research Group [eds.]. **The moral psychology handbook**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 47-71). Essa teoria tem apoio em estudos que demonstraram que existem regiões cerebrais associadas a emoções, como o córtex pré-frontal medial, enquanto existem regiões cerebrais associadas a processos cognitivos reflexivos, como memória funcional e raciocínio abstrato. No entanto, outra teoria binária bastante respeitada estabelece como premissa a existência, em verdade, processos sequenciais que se complementariam sem estabelecer uma separação rigorosa entre os dois sistemas no córtex cerebral (KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. *A model of heuristic judgment*. In: HOLYOAK, Keith; MORRISON, Robert [eds.]. **Cambridge handbook of thinking and reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 267-294).

tendência de domínio em relação ao processo deliberativo. Em outras palavras, o processo intuitivo seria predominante no raciocínio humano, exatamente por dar uma a resposta mais rápida e simples para a decisão¹²⁶. Tal circunstância, por outro lado, mostra-se altamente indesejável, principalmente no âmbito das decisões judiciais, uma vez que os julgamentos intuitivos não são precisos e podem levar a erros graves e sistemáticos.

É verdade que o processo intuitivo não pode nunca ser afastado do raciocínio humano e, como consequência, do raciocínio dos juízes, ainda que alguns assim queiram. No entanto, a utilização em maior escala do processo deliberativo e reflexivo mostra-se essencial para minorar os equívocos de um processo pautado inegavelmente pela possível falibilidade humana. Neste cenário, o princípio ou o método da proporcionalidade apresentar-se-ia como um interessante incentivador do processo deliberativo nas decisões judiciais, fomentando em todos os juízes a reflexão e a prudência, sem que sejam deixados de lado valores ou interesses relevantes que não sejam percebidos em um raciocínio rápido e intuitivo.

4.4.2.2. A língua franca do constitucionalismo

Em segundo lugar, por ter uma ampla aceitação na jurisprudência e na doutrina, a utilização da proporcionalidade apresenta o conveniente de estabelecer uma linguagem comum, isto é, uma uniformidade procedimental na concretização dos direitos fundamentais, o que geraria previsibilidade e proveitosa segurança em um campo de natural indeterminação. A busca por um procedimento hermenêutico perfeito, além de utópico, pode se mostrar prejudicial para a segurança e coerência interna do sistema. Isso porque essa busca autorizaria que todo e qualquer juiz criasse o seu próprio método ou utilizasse algum método de forma aleatória, instalando uma verdadeira *torre de babel hermenêutica*. A partir do momento que se reconhece a inexistência de um procedimento perfeito¹²⁷, mostra-se central que se tente estabelecer não o único procedimento perfeito, mas aquele procedimento que seja aceito consensualmente como adequado para a satisfação dos fins pretendidos, ou seja, a fixação e delimitação de uma decisão sensível, razoável, responsiva e responsável.

¹²⁶ Cf. GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Blinking on the bench: How judges decide cases*. **Cornell Law Review**, vol. 93, n. 1, 2007.

¹²⁷ O processo hermenêutico seria, assim, o que John Rawls chamou de *justiça procedimental imperfeita*. Assim, ainda que haja um padrão para aferir a justiça do resultado final da interpretação judicial (o que é bastante duvidoso), não há como construir um procedimento que garanta e traga equidade em todos os casos (RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 85).

Ainda dentro da uniformidade hermenêutica, a vantagem da proporcionalidade como método na delimitação dos direitos fundamentais vai além dos limites da jurisdição interna de determinado Estado e alcança o âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Assim, a linguagem da proporcionalidade percorre o mundo, dando forma ao que alguns autores chamam de *constitucionalismo global* ao estabelecer um consenso comum entre os povos a respeito da importante tarefa de dar concretude aos direitos essenciais da pessoa humana. Seria a proporcionalidade a *língua franca* que permitiria o diálogo entre diversas culturas e jurisdições, estabelecendo um intercâmbio entre diversos sistemas constitucionais. Nesse cenário, a proporcionalidade poderia ser, então, um instrumento muito relevante para a proteção dos direitos humanos. Isso porque, ao estabelecer uma linguagem comum e um método interpretativo padrão, o princípio da proporcionalidade promoveria não só um diálogo *transconstitucionalista*¹²⁸, mas também permitiria uma ampla aceitação das decisões das cortes internacionais sobre direitos humanos, o que, sem dúvida alguma, representaria uma maior eficácia e efetividade dos direitos humanos. Como se sabe, os direitos humanos, que possuem a pretensão de universalidade no âmbito internacional, necessitam que haja um reconhecimento amplo na legitimidade das Cortes Internacionais para que suas normas alcancem uma perfeita proteção e uma máxima efetividade. Assim sendo, através da proporcionalidade, seria estabelecido um cenário propício para se alcançar este reconhecimento.

4.4.2.3. Legitimidade pela justificação

Por fim, em terceiro lugar, não podemos negar o mérito da proporcionalidade em reconhecer que existem casos em que a interpretação e a aplicação de determinada norma jurídica não são realizadas através de uma simples leitura do texto normativo ou de um procedimento mecanicista. Este reconhecimento traz, especialmente, transparência e legitimidade ao processo de escolha da norma a ser aplicável ao caso concreto, colocando “em cima da mesa” as razões de decidir do intérprete e permitindo um maior controle das decisões judiciais¹²⁹. A proporcionalidade representa, então, uma mudança na forma em que

¹²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009 (afirmando que o *transconstitucionalismo* seria a realização de um permanente diálogo entre as mais diversas ordens constitucionais para a solução de problemas jurídico-constitucionais comuns).

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história**. Op. cit., p. 158; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A proporcionalidade como princípio constitucional universal**. Op. cit., p. 42; SILVA, Virgílio Afonso da.

as decisões estatais são estabelecidas, uma ponte de uma “cultura da autoridade” para uma “cultura da justificação”¹³⁰. Lembremos que a ideia da filosofia política atual pautada na democracia deliberativa é no sentido de que a questão da autoridade é relevante e necessária para a coesão de uma sociedade política, mas não é suficiente para o perfeito funcionamento da máquina democrática, representando apenas uma peça da engrenagem. Assim, já que os indivíduos não devem ser vistos como sujeitos passivos a serem governados, mas como membros autônomos sociedade, a forma pela qual os atos do poder público devem ser oferecidos e aplicados deve ser sempre através de uma justificativa plausível e razoável, com o objetivo de haver o cumprimento espontâneo das leis sob as quais eles devem viver juntos¹³¹. Neste contexto de ampla exigência de justificação dos atos estatais, não se pode mais aceitar a recusa de aplicação ou de incidência de um direito fundamental com o simples e singelo argumento de que “o direito não abrange este comportamento” ou “a conduta não está dentro de âmbito de proteção do direito”. Pelo contrário, qualquer intervenção ou restrição a um direito fundamental, ainda que leve, deve ser justificada através de argumentos que possam ser submetidos a alguma forma de escrutínio de outros órgãos políticos e de todos os cidadãos.

Como consequência da necessidade de ampla justificação, a adoção da proporcionalidade surge como um importante instrumento de fomento do uso da argumentação e, como consequência, apresenta um modelo institucional de diálogo dos intérpretes da Constituição¹³². Todo este contexto criado pela proporcionalidade gera um incremento tanto para a democracia como para correção da escolha final, já que é através de um amplo debate de ideias e previsibilidade que podemos formular a “melhor decisão” deliberativa ainda que não seja a “melhor decisão” do ponto de vista objetivo. Nesse sentido é que Stephen Gardbaum afirma que o princípio da proporcionalidade promove a democracia

Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 363-380; JACKSON, Vicki. **Constitutional law in an age of proportionality.** Op. cit., p. 3142-3144.

¹³⁰ MUREINIK, Etienne. **A bridge to where? Introducing the interim bill of rights.** Op. cit.; COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the culture of justification.** Op. cit.

¹³¹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007, p. 2-5.

¹³² Como visto no Capítulo 4, não se costuma apresentar a proporcionalidade como um elemento da implementação de diálogos institucionais, sendo mais apresentada como um modelo de supremacia judicial. No entanto, conforme foi exposto no capítulo referido, entendemos que a proporcionalidade pode ser sim uma forma de estabelecer diálogos entre as instituições exatamente porque proporciona uma certa segurança e previsibilidade metodológica e hermenêutica.

ao invés de feri-la¹³³. De forma semelhante, Vicki Jackson entende que a proporcionalidade pode ser a favor da democracia, já que fomentaria um espírito de proteção e compreensão dos direitos fundamentais no legislador ao mesmo tempo que permitiria uma ponte de diálogo entre juízes e legisladores¹³⁴. Com efeito, com a utilização deste padrão de controle, o Judiciário dá oportunidade para que outros atores políticos possam se adequar ao entendimento que provavelmente irá prevalecer nas cortes em um controle futuro, além de possibilitar que possam se insurgir contra a decisão judicial com a utilização da linguagem do próprio padrão de controle. É claro que, embora esta visão democrática da proporcionalidade apresente pontos interessantes e adequados, deve ser vista com parcimônia para que não se aceite sem maiores questionamentos uma intervenção ampla e irrestrita do Judiciário em escolhas legítimas do Legislativo¹³⁵ tal como já tivemos oportunidade de verificar no Capítulo 3.

Vale dizer, antes de encerrar o tópico, que a cultura da justificação, além de sua inegável conveniência para a democracia deliberativa e para a legitimidade dos atos do poder público, pode ainda contribuir em uma sociedade pluricultural para adaptação de convergências e divergências em um universo político altamente segmentado e diversificado¹³⁶. Como já foi visto anteriormente, a proporcionalidade exige do intérprete que estruture seu raciocínio de forma articulada e clara para o entendimento de todos, exigindo e encorajando uma argumentação acessível, ainda que os indivíduos não tenham pleno conhecimento jurídico sobre a questão¹³⁷. Este tipo de argumentação estruturada, além de dar maior transparência para decisão judicial, permite também uma maior aceitabilidade da parte adversária e do público em geral na decisão tomada, sendo, portanto, mais adequada para uma lógica de legitimidade voltada para o convencimento e para a articulação de razões públicas. Nesse contexto, a proporcionalidade pode servir de meio transformador de um debate sobre “valores culturais e morais controversos” para um debate sobre “fatos e pesos”, mais fácil de

¹³³ GARDBAUM, Stephen. *Positive and horizontal rights: Proportionality's next frontier or a bridge too far?* In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark (eds.). **Proportionality: new frontiers, new challenges**. Cambridge University Press, 2017 (*forthcoming*). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2726794>. Acesso em 20 jun. 2017.

¹³⁴ JACKSON, Vicki. **Constitutional law in an age of proportionality**. Op. cit., p. 3144 e ss.

¹³⁵ ALEINIKOFF, Alexander. **Constitutional law in the age of balancing**. Op. cit. p. 981-986.

¹³⁶ ROSENFELD, Michel. *Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 6, n. 3-4, p. 415-455, 2008, p. 450.

¹³⁷ KUMM, Matthias. *The idea of socratic constestations in the right to justification: the point of rights-based proportionality*. **Law and Ethics of Human Rights**, n. 4, p. 141-157, 2010, p. 150.

resolução em um ambiente marcado pelo pluralismo político¹³⁸. Haveria, assim, empregando as palavras de Cass Sunstein, a transferência de um desacordo de “alto nível” para um desacordo de “baixo nível” de mais fácil resolução ou harmonização¹³⁹.

4.5. Construindo Novos Parâmetros para um Antigo Método: A Graduação do Controle

4.5.1. O controle forte e o controle fraco de proporcionalidade

Alguns autores afirmam que a proporcionalidade estabelece um ônus muito elevado para o legislador, que necessita demonstrar de forma minuciosa a compatibilidade dos meios escolhidos com os fins constitucionais para agentes não eleitos (os juízes) e não para seus representados (o povo). E mais: tudo isso ocorreria sob uma alegação de uma função paladina de “guardião da Constituição” supostamente intrínseca aos membros do Judiciário. Assim, esses mesmos autores afirmam que, em questões de incerteza epistêmica ou normativa, o Judiciário deveria ser mais deferente com as escolhas do legislador em estabelecer a determinação e a acomodação dos valores constitucionais. Longe de ser absurda, a crítica deve ser levada em consideração, mas não para afastar o controle judicial ou a aplicação da proporcionalidade, senão para que a proporcionalidade seja utilizada de forma mais ou menos interventiva a depender das circunstâncias do caso, tal como defenderemos adiante.

Em sociedades democráticas que pregam a repartição de poderes e a necessidade de justificação dos atos do poder público como formas de contenção do arbítrio e do abuso do poder, todo e qualquer arranjo institucional deve ser sempre elaborado com base (i) no contexto político vivenciado, (ii) nas expectativas depositadas nas diversas instituições estatais e (iii) nas atribuições inerentes a cada dessas instituições¹⁴⁰. Assim sendo, considerando devida a aplicação da democracia deliberativa em nossa comunidade, o necessário ônus de justificação das instituições públicas, assim como a forma de controle dessa justificação não serão estabelecidos universalmente ou fixados em termos absolutos. Pelo contrário, poderão variar em grau e em qualidade a depender da realidade fática vivenciada. Não é por outra razão que o controle judicial sobre a legislação conformadora dos

¹³⁸ BEATTY, David. **The ultimate rule of law**. Op. cit., p. 16.

¹³⁹ SUNSTEIN, Cass. *Political conflict and legal agreement*. **Tanner Lectures in Human Values**, vol. 17, p. 137-249, 1996, p. 143.

¹⁴⁰ Em sentido semelhante, v. SCHLINK, Bernhard. **Proportionality in constitutional law**. Op. cit., p. 299.

direitos fundamentais pode variar enormemente a depender da comunidade política analisada e conforme o apoio popular difuso institucional.

No Brasil de forma específica, a existência de um órgão independente como fiscalizador da política ordinária mostra-se bastante proveitosa para a correção dos vícios deliberativos e antidemocráticos presentes por décadas em uma cultura política pautada por coronelismos e patrimonialismos, que, inclusive, impediu, em larga escala, o pleno acesso dos cidadãos ao debate público e a um mínimo existencial de direitos. Como se não bastasse, a ampla diversidade cultural e a persistente desigualdade social observadas no contexto social brasileiro também impõem, em algumas oportunidades, uma atuação mais rigorosa da Corte Constitucional na proteção de direitos fundamentais tantas vezes prejudicados por uma maioria hegemônica ou por aqueles que detêm o poder político. Em suma, (i) o contexto político brasileiro de falência completa das instituições representativas, (ii) as amplas expectativas populares depositadas no Judiciário como órgão independente da política convencional brasileira pós-Constituição de 1988 e (iii) a atribuição de “guardião da Constituição” dada de forma expressa ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição brasileira (art. 102, *caput*, CRFB) fazem com que o controle judicial no Brasil seja, em tese, mais pronunciado e mais rigoroso.

Entretanto, mesmo em jurisdições com um controle judicial forte, como é o caso brasileiro, é evidente que nem todas as questões políticas tratadas pelo legislador serão iguais e gozarão da mesma relevância jurídica e moral. Por conta disso, pode-se dizer que também o grau do controle judicial poderá variar a depender de algumas circunstâncias. Tal situação deverá ocorrer não só em respeito ao princípio democrático, mas também por conta de uma pré-divisão de tarefas estabelecidas no arranjo institucional previsto na Constituição para o funcionamento do sistema pautado na descentralização e no mútuo controle dos poderes de Estado. Não é por outra razão que, em diversos países, como EUA, Canadá, França, Itália, Inglaterra ou Alemanha, as Cortes Constitucionais já utilizaram alguns padrões de deferência para a graduação do controle judicial, (i) como o critério do *erro manifesto de apreciação*¹⁴¹, com a concessão de ampla e quase irrestrita deferência; (ii) o critério da vedação de atos abusivos ou *ultra vires*, com deferência ainda de grau elevado; (iii) o critério da razoabilidade,

¹⁴¹ A *teoria do erro manifesto* é uma das mais antigas teorias de deferência no controle de constitucionalidade do direito norte-americano, sendo defendida originalmente por James Bradley Thayer em texto publicado em 1893 (THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*. **Harvard Law Review**, vol. 7, n. 3, p. 129-156, 1893). Segundo Thayer, uma lei deveria ser invalidada apenas se a sua inconstitucionalidade fosse “*so clear that it is not open to rational question*”. A teoria, assim, é apontada como a gênese do fraco *controle de base racional* adotado pela Suprema Corte norte-americana desde *Nebbia v. New York* (1934) e *United States v. Carolene Products Co.* (1938).

com a deferência intermediária; (iv) o critério do escrutínio estrito, com uma baixa deferência¹⁴².

A distribuição e a diversificação do ônus de justificação e do consequente controle dessa justificação entre órgãos em uma sociedade política não é algo inovador ou absurdo. Em verdade, elas fazem parte do dia-a-dia de qualquer comunidade política que sustenta alguma forma de repartição de competências dos órgãos estatais. Assim, é natural que determinados agentes estatais possuam um ônus de justificação de seus atos maior ou menor a depender das peculiaridades objetivas e subjetivas. Como consequência, o controle que recairá sobre os agentes públicos será diverso e também poderá ser graduado. As circunstâncias que podem determinar o grau de justificação e, conseqüentemente, de controle são dos mais variados tipos, havendo inúmeros aspectos que podem ser apontados como relevantes para a dosagem. De qualquer maneira, entendemos ser possível apontar de forma mais sintética e sistemática três circunstâncias preponderantes para a graduação, seriam elas: (i) a *especificidade da matéria tratada pelo legislador* (em algumas matérias o legislador teria maior ou menor capacidade para dar a melhor decisão); (ii) a *relevância dos direitos ou interesses envolvidos na contenda* (determinados direitos devem ter um controle maior por conta de sua jusfundamentalidade); e (iii) o *grau de intervenção que se propõe a incidir sobre esses direitos e interesses* (a preservação e a harmonização dos interesses envolvidos deve ser sempre o caminho a ser buscado, sendo que o controle mais rigoroso servirá para se evitar exageros)¹⁴³.

Considerando o afirmado acima no sentido de que o grau do ônus de justificação e, como consequência, o grau de controle poderão variar a depender de determinadas circunstâncias, também entendemos que a proporcionalidade pode incorporar uma graduação de um controle mais ou menos intrusivo¹⁴⁴. Contudo, para que realmente seja possível esse controle gradiente, devemos estabelecer algum padrão para que se consolide o eixo pelo qual

¹⁴² SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality, balancing and global constitutionalism**. Op. cit., p. 72.

¹⁴³ Algumas situações encontradas em nosso dia-a-dia e aceitas sem maiores questionamentos podem servir de exemplo. Se, por um lado, exige-se de um juiz criminal uma fundamentação maior de suas sentenças (especificidade da matéria) por imporem ao indivíduo uma restrição elevada (grau de intervenção) ao importantíssimo direito de liberdade (relevância do interesse); por outro lado, a exigência de fundamentação de um guarda ou fiscal de trânsito (especificidade da matéria) será em menor proporção, já que a restrição (grau de intervenção) de suas decisões em direitos essenciais (relevância do interesse) será em nível consideravelmente menor.

¹⁴⁴ Em sentido semelhante, v. KENNEDY, Duncan. *Proportionality and 'deference' in contemporary constitutional thought*. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 17-09, 2016, p. 30. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2931220>. Acesso em 24 jul. 2017.

a graduação irá percorrer. Nesse contexto, deve ser buscado não só os critérios para dosar o nível de intervenção, tal como fixado no parágrafo anterior (especificidade da matéria, grau de intervenção e relevância do interesse, por exemplo), mas também um padrão para se determinar qual seria o objeto de graduação desse controle. Que fique bem claro: existe uma diferença entre o que será graduado (padrão de graduação ou eixo **X**) e o que determina essa graduação (causa ou critério de graduação ou eixo **Y**). Assim sendo, o controle de proporcionalidade pode ser mais forte ou mais fraco, a depender da especificidade da matéria, grau de intervenção e relevância do interesse (critérios de graduação), sendo que a graduação irá incidir sobre determinado padrão. Como será demonstrado mais a frente, o padrão escolhido neste trabalho é a razoabilidade vista como credibilidade das premissas e das evidências apresentadas na justificação do ato objeto de controle, sendo graduada, a depender do caso, a cognição que recairá sobre as premissas e as evidências apresentadas na justificação do ato do poder público.

4.5.2. O padrão da razoabilidade

Grande parte da doutrina brasileira aponta a razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, já que ambos os conceitos representariam a ideia de racionalidade, justiça e moderação¹⁴⁵. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, trata os conceitos como sinônimos, fazendo sempre menção aos dois em conjunto¹⁴⁶. Para esta corrente, defendida pela maioria da doutrina brasileira e albergada pela jurisprudência pátria predominante, a única diferença relevante entre os princípios seria quanto à origem histórica dos institutos. Na proporcionalidade, a origem residiria no direito administrativo alemão que a cunhou na busca pela contenção dos abusos e excessos do poder público, enquanto na razoabilidade, residiria na cláusula do devido processo legal (*due process of law*) prevista na

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Op. cit., p. 255 e ss; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57; BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13. Em sentido contrário, entendendo que proporcionalidade e razoabilidade possuem diferenças outras que não só a origem histórica, v. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Op. cit., p. 171-172; SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Op. cit., p. 798; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 86.

¹⁴⁶ STF, Primeira Turma, HC 138.228, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 01.12.2017; STF, Segunda Turma, ARE 956.058 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 28.04.2017.

14ª Emenda¹⁴⁷ e aplicada pela Suprema Corte norte-americana como parâmetro substantivo no controle de constitucionalidade (*substantive due process*)¹⁴⁸.

Apesar de a doutrina majoritária brasileira apresentar o princípio da razoabilidade como sinônimo da proporcionalidade e apontar a origem do primeiro no devido processo legal substantivo, trataremos os conceitos de forma independente por entendermos ser possível extrair da razoabilidade um sentido um pouco diverso daquele apresentado pela doutrina e jurisprudência predominantes, diferenciando-se, então, do método da proporcionalidade apresentado nos tópicos anteriores. É verdade que, no entendimento comum, a proporcionalidade pode passar a ideia, assim como a razoabilidade, de racionalidade, justiça e moderação e, até por isso, a equiparação é plenamente justificável. Entretanto, também é verdade que a proporcionalidade utilizada como método de interpretação dos direitos fundamentais se desprende de seu sentido comum e adquiriu roupagem mais específica. Com efeito, conforme já se pôde observar, a proporcionalidade apresentada até agora possui características bem peculiares e conteúdo bastante definido: trata-se de um processo interpretativo em que são estabelecidos diversos comandos específicos para o intérprete na construção das normas sobre direitos fundamentais e na análise da legislação reguladora

¹⁴⁷ A 14ª Emenda à Constituição norte-americana estabelece de forma expressa que “[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures...”.

¹⁴⁸ Na doutrina brasileira, talvez um dos primeiros a apontar para a aproximação da razoabilidade com o devido processo legal substantivo tenha sido Carlos Roberto Siqueira Castro em obra publicada originariamente em 1989 (CASTRO, Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989). No entanto, não se pode dizer que haja uma aproximação óbvia e clara na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, apesar de os conceitos terem ligação intrínseca. É ponto consensual, primeiro, que o controle do devido processo legal substantivo realizado pela Suprema Corte esteja relacionado com a ideia de racionalidade, justiça e moderação, inerentes também ao conceito de razoabilidade. Ressalte-se que o controle do devido processo legal tem origem no modelo de raciocínio jurídico antiformalista do fim do século XIX e início do século XX pioneiramente defendido por Oliver Wendell Holmes (HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the law*. **Harvard Law Review**, vol. 10, p. 457, 1897) e Roscoe Pound (POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence*. **Columbia Law Review**, vol. 08, p. 605-623, 1908), que incorporaram as ideias de moderação e justiça da razoabilidade ao pensamento jurídico. Na origem da utilização do devido processo legal substantivo, no início do século XX, o entendimento da Suprema Corte era no sentido de que o legislador violava a cláusula do devido processo legal prevista na 14ª Emenda sempre que limitasse direitos ou liberdades dos indivíduos de forma desarrazoada, uma vez que negaria aos indivíduos as garantias da base social mínima (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. Nowak. **Constitutional law**. 8ª ed. Saint Paul: West, 2010, p. 466). Segundo Roscoe Pound, a 14ª Emenda e a cláusula do devido processo legal imporiam, então, um dever ao legislador no sentido de não estabelecer qualquer restrição arbitrária aos direitos individuais (POUND, Roscoe. *A survey of social interests*. **Harvard Law Review**, vol. 57, p. 1-39, 1943, p. 4). Neste cenário, o teste substantivo do devido processo foi se consolidando na ideia de que o governo tinha que empregar meios que tivessem alguma relação razoável com um fim legítimo (adequação razoável entre o meio e o fim). Dessa forma, como se pode perceber, apesar de o devido processo legal não ser utilizado de forma explícita como um teste de razoabilidade, sua aproximação com o conceito é evidente. De qualquer maneira, ainda se pode apresentar uma segunda ideia de razoabilidade de uso mais recente da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, referente a uma forma de controle mais deferente da discricionariedade do poder público na realização de determinados atos administrativos (teste da razoabilidade). É esta última forma de razoabilidade como deferência e de controle das arbitrariedades e dos excessos que pretendemos resgatar neste trabalho.

desses direitos. De forma bastante precisa, Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que os conceitos razoabilidade e proporcionalidade se aproximam, mas “como o vocábulo proporcionalidade está cada vez mais ligado ao juízo tripartite engendrado pelo direito público alemão, é válido reservar tal denominação para designar essa estrutura de pensamento”¹⁴⁹. Neste contexto, pretendemos apresentar uma razoabilidade que também se desprende do sentido comum e se afasta da proporcionalidade vista como método, mas que pode ser conjugada com ela para estabelecer um controle mais ou menos deferente, ou um controle mais ou menor rigoroso.

A razoabilidade, para os fins propostos neste trabalho, será vista como a *credibilidade ou a aceitabilidade* de determinada premissa ou determinado argumento com base em uma *cognição e avaliação* mais ou menos profundas sobre as informações ou as evidências apresentadas como justificações para o ato restritivo ou conformador dos direitos fundamentais. Um argumento razoável, portanto, seria um argumento que fosse aceitável com base em uma determinada cognição a respeito das evidências apresentadas e a partir de valores e conceitos pré-determinados. Assim sendo, o conteúdo da razoabilidade proposta não seria uma análise entre meios e fins, tal como ocorre na proporcionalidade vista como método, ou uma análise sobre a justeza ou correção moral, tal como ocorre na cláusula do devido processo legal substantivo, empregada como parâmetro do controle de constitucionalidade, mas uma análise sobre a credibilidade que determinada premissa ou evidência podem ter em determinada argumentação¹⁵⁰.

¹⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 318.

¹⁵⁰ A Inglaterra tem sido apontada como a origem da utilização da razoabilidade nesse sentido de controle da credibilidade da justificação no direito público da *common law*. Em meados do século passado, a Corte de Apelação inglesa, no precedente *Associated Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* (1948) afirmou que seria possível a intervenção judicial em atos discricionários praticados pela administração pública, caso a decisão administrativa fosse tão irracional que nenhuma autoridade razoável poderia impô-la. No direito norte-americano, o grande precedente sobre o tema é *Chevron USA v. Natural Resources Defense Council* (1984). Neste julgado, a Suprema Corte utilizou a razoabilidade como critério de controle sobre atos das agências reguladoras perante os termos da lei. Originalmente, o teste anunciado em *Chevron* exigia que os tribunais respeitassem as interpretações legais realizadas pelas agências reguladoras a menos que (etapa 1) estivessem em conflito com o fim pretendido de forma expressa pelo legislador ou, caso houvesse silêncio ou ambiguidade na lei sobre a questão específica, (etapa 2) a interpretação não fosse razoavelmente permitida pela lei. Apesar de o controle judicial fixado em *Chevron* ter sido realizado em duas etapas, há relevante doutrina no sentido que o controle, em verdade, seria apenas de uma etapa, já que as duas etapas apresentadas pela Suprema Corte seriam idênticas e, portanto, redundantes (STEPHENSON, Matthew; VERMEULE, Adrian. *Chevron has only one step*. **Virginia Law Review**, vol. 95, p. 597-609, 2009). Seguindo essa linha, a Suprema Corte, em precedente mais recente, *Michigan v. EPA* (2015), já acenou com a aplicação de uma só etapa. Nos precedentes citados, não houve a definição concreta do que seria esta razoabilidade exigida para determinar a margem de atuação da administração, o que também não ocorreu de forma clara e adequada nas décadas seguintes. No precedente *United States v. Mead Corp* (2001), a Suprema Corte analisou o critério da razoabilidade de *Chevron* como uma indagação sobre se a interpretação da agência seria “arbitrária ou caprichosa em substância”. Por este critério, a razoabilidade estaria em saber se a agência tomou uma decisão de forma aceitável, considerando os fatores relevantes e tirando conclusões plausíveis.

Considerando que essa análise ocorrerá em um universo real com diversas variáveis, ou seja, em um cenário de limites empíricos e de desacordos morais e culturais, é importante que a cognição e avaliação das premissas e das evidências apresentadas na fundamentação ou argumentação possa ser dinâmica e gradual¹⁵¹. De tal modo, acreditamos que a razoabilidade deve ter uma abordagem não só qualitativa (fixar um padrão de cognição das evidências apresentadas), mas também quantitativa (dar uma margem mais estreita ou mais ampla para a justificação do ato). Em outras palavras, deve-se dar a possibilidade de o juiz poder calibrar qual seria nível de cognição e avaliação das premissas do controle antes mesmo de aplicar todas as etapas da proporcionalidade, ou seja, calibrar qual razoabilidade será adotada no controle da proporcionalidade. Estaríamos trabalhando, assim, com algo próximo à graduação encontrada no controle judicial sobre atos administrativos no direito canadense ou no controle judicial de constitucionalidade no direito norte-americano. Em suma, a tese defendida, na linha do que até agora se afirmou, é de que conjunta e internamente ao controle da proporcionalidade poderá haver também um controle gradual da proporcionalidade com a utilização de diferentes *graus de razoabilidade ou aceitabilidade* da justificação do ato regulador do preceito constitucional¹⁵².

4.5.3. A graduação do controle da proporcionalidade

¹⁵¹ Tanto a razoabilidade de *Wednesbury* como a de *Chevron* sofrem críticas por darem uma ampla margem de atuação e deferência para a administração pública em questões relevantes e em questões técnicas. Até mesmo por conta das críticas, paulatinamente, a jurisprudência norte-americana vem afastando a aplicação irrestrita da doutrina *Chevron*. Segundo estudos feitos poucos anos após o precedente, a deferência era extremamente elevada, sendo que não houve, em 10 anos, sequer um caso de intervenção da Suprema Corte em atos das agências reguladoras (LEVIN, Ronald. *The anatomy of chevron: step two reconsidered*. **Chicago-Kent Law Review**, vol. 72, n. 4, p. 1253, 1997, p. 1261). Contudo, estudos mais recentes indicam que a taxa de deferência no teste da razoabilidade vem caindo aos poucos (RE, Richard. *Should chevron have two steps?* **Indiana Law Journal**, vol. 85, n. 2, p. 605-642, 2014, p. 639). Além disso, no precedente *King v. Burwell* (2015), a Suprema Corte acenou pela possibilidade de rever a doutrina *Chevron*. Assim, pode parecer contraditório e equivocado tentar resgatar um critério que “estaria moribundo” (BERNSTEIN, Anya. *Differentiating deference*. **Yale Journal on Regulation**, vol. 33, n. 1, 2016, p. 57). Ocorre que, conforme defendemos, a razoabilidade pode ser utilizada de maneira mais adequada se for possível estabelecer níveis diferentes de deferência e de controle para que haja uma adequação às peculiaridades do caso concreto.

¹⁵² A possibilidade de uma razoabilidade dentro de proporcionalidade foi cogitada por Mark Elliott, que afirmou que a análise das etapas da proporcionalidade não deveria ser feita de forma estrita, mas de forma razoável. A diferença de abordagem é que Elliot entende que a razoabilidade seria um padrão estático que estariam entre a máxima deferência e o controle estrito. De forma um pouco diferente, entendemos que a razoabilidade como credibilidade ou aceitabilidade dos argumentos pode ser compreendida de forma dinâmica, com base na cognição em que será aferida o caso concreto (ELLIOTT, Mark. *Proportionality and deference: the importance of a structured approach*. **University of Cambridge Faculty of Law Research Paper**, n. 32/2013, 2013, p. 12. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2326987>. Acesso em 25 jul. 2017).

Alguns autores afirmam que a proporcionalidade por si só já representaria um controle forte das normas infraconstitucionais. Todavia, a simples utilização de um processo com critérios racionais de aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade de um ato normativo, por si só, não irá determinar se haverá um ativismo judicial maior ou menor sobre os atos das outras instituições políticas. Pouco importa se o procedimento de controle possua um, dois ou vinte critérios de análise. Se todos esses critérios forem usados de uma forma fraca, concedendo uma ampla deferência para o legislador, não se terá, por óbvio, um controle forte. Assim, o que realmente determinará se a proporcionalidade representa um controle forte dos atos do legislador será o rigor em que o Judiciário irá adotar na cognição e na avaliação das evidências apresentadas para pautar a credibilidade ou aceitabilidade dos argumentos utilizados na justificação do ato público, sendo que este maior ou menor rigor irá depender das circunstâncias adotadas como critérios de graduação.

A doutrina que se inclinou de forma mais detida sobre a proporcionalidade já percebeu que as etapas do controle podem ter uma cognição mais ou menos rigorosa sobre as evidências ou as premissas apresentadas no caso concreto. Assim, alguns autores fazem uma distinção entre a possibilidade de uma análise forte ou fraca de cada uma das etapas da proporcionalidade, sendo que a maioria desses autores propõe uma opção rígida ou estática dessa análise¹⁵³. Por conta de uma justificativa no princípio democrático e na separação de poderes, parcela desta doutrina defende uma análise sempre fraca da proporcionalidade¹⁵⁴; enquanto outros, com o intuito de dar maior proteção aos direitos fundamentais, defendem uma análise sempre forte da proporcionalidade¹⁵⁵. Contudo, tendo em vista as diversas circunstâncias que podem incidir no caso, consideramos mais adequado o uso de um controle dinâmico e não estático como propõe a doutrina majoritária.

A graduação do controle judicial não é algo novo no constitucionalismo, já sendo aplicada de longa data no controle judicial sobre os atos administrativos no direito canadense e no controle judicial de constitucionalidade no direito norte-americano. Segundo a Suprema Corte canadense, a cognição do controle judicial deveria ser graduada para que determinados atos administrativos discricionários tivessem uma maior deferência, impedindo uma

¹⁵³ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio da proporcionalidade**. Op. cit., p. 718; NOVAIS, Jorge Reis Novais. **As restrições aos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 738

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis Novais. **As restrições aos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 738; PULIDO, Carlos Bernal. **El principio da proporcionalidade**. Op. cit., p. 720; CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Op. cit., p. 337; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Op. cit., p. 178-179; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 330.

¹⁵⁵ BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Op. cit., p. 78.

intervenção judicial ampla e irrestrita em questões que pertenceriam prioritariamente à administração pública. Antes de 2008, o entendimento da Suprema Corte canadense era no sentido de haver três tipos de controle judicial: (i) *correção*, em que o Judiciário não concederia nenhuma deferência para o tomador de decisão administrativo; e dois padrões “deferentes”, (ii) *patente irracionalidade*, em que haveria uma deferência ampla para atos dos outros poderes, e (iii) *simples razoabilidade*, que estabeleceria uma deferência intermediária entre as outras duas formas de controle¹⁵⁶.

Por outro lado, a Suprema Corte norte-americana emprega três níveis de aferição no controle de constitucionalidade: (i) o controle de base racional (*rational basis*), (ii) o controle intermediário (*intermediate test*) e (iii) escrutínio estrito (*strict scrutiny*). A origem de tal graduação é atribuída à nota de rodapé n. 4 do voto do *justice* Harlan Stone no precedente *United States v. Carolene Products* (1938), em que se fixou a necessidade de, em determinados casos, haver um controle mais rigoroso que o de ampla deferência do controle de base racional que estava sendo aplicada ao caso concreto e que era defendida pela doutrina do erro manifesto de James Bradley Thayer. Nesse precedente, todavia, não se estabeleceu uma divisão trinária da forma de controle, mas apenas se expressou um possível projeto em que houvesse não só um controle fraco como o aplicado naquele momento, mas também um controle mais forte para questões mais sensíveis, tais como sobre normas restritivas de direitos fundamentais de minorias. A ideia de um escrutínio mais rígido somente aparece de forma clara anos mais tarde em *Skinner v. Oklahoma* (1942) e *Korematsu v. U.S.* (1944)¹⁵⁷. E mais: à medida que escrutínio estrito ganhou a reputação de “estrito na teoria e fatal de fato”¹⁵⁸, a revisão bifurcada foi revista pela Suprema Corte que estabeleceu uma forma de controle menos rigorosa que o escrutínio estrito para lidar com novos tipos de reivindicações, mas não tão deferente como o controle de base racional. Surge, a partir daí o controle gradual trinário de constitucionalidade¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Contudo, desde o precedente *Dunsmuir v. New Brunswick* (2008), o controle da discricionariedade passou a ter apenas duas formas de análise e avaliação, havendo uma união da análise da razoabilidade em um só tipo de cognição.

¹⁵⁷ Cf. SIEGEL, Stephen. *The origin of the compelling state interest test and strict scrutiny*. **American Journal of Legal History**, vol. 48, n. 4, p. 355-407, 2006.

¹⁵⁸ GUNTHER, Gerald. *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer equal protection*. **Harvard Law Review**, vol. 86, n. 1, p. 1-48, 1972.

¹⁵⁹ A ideia de graduação do controle de constitucionalidade também não passou despercebida pelo Tribunal Constitucional alemão que, no famoso caso *Mitbestimmung*, estabeleceu três tipos de controle: um controle de evidência, um controle de intensidade intermediária e um controle substancial intensivo (*BVerfGE* 50, 290, Caso *Mitbestimmung*, de 01.03.1979).

A proposta, então, a semelhança que se viu acima, é de que, dentro da proporcionalidade como método interpretativo dos direitos fundamentais, pode ser acrescida a análise da razoabilidade (como aferição da credibilidade ou aceitabilidade da justificação) de forma gradiente, ou seja, com uma cognição e avaliação mais ou menos rigorosa das evidências e das premissas apresentadas. Nessa linha, teríamos três formas de controle de proporcionalidade: controle severo da razoabilidade, controle da razoabilidade probabilística e controle da razoabilidade satisfatória.

A primeira forma de controle é o *controle severo da razoabilidade* em que haveria uma intervenção judicial mais estrita por conta de uma cognição e avaliação das evidências e das premissas pautadas em um *juízo de certeza*. Neste caso, o Judiciário somente afirmaria que determinado ato restritivo seria proporcional se tivesse certeza da razoabilidade das premissas e dos argumentos que pretendessem justificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade do ato. Em outras palavras, seria considerado razoável determinada premissa ou determinado argumento se estes decorressem de evidências e de informações precisas e reputadas como verdadeiras, gerando, assim, uma profunda credibilidade da correção da regulação ou restrição do direito fundamental. Aqui, estaríamos diante de um controle judicial elevado, o que não significa que sempre que se aplicar tal controle, o ato controlado será necessariamente declarado inválido, apesar de haver grandes chances para tanto.

A segunda forma de controle é o *controle da razoabilidade probabilística* em que haveria uma intervenção judicial mais elevada por conta de uma cognição e avaliação das evidências e das premissas pautadas em um *juízo de probabilidade*. Aqui, determinado ato seria proporcional se for *provavelmente* adequado, necessário e proporcional. Em outras palavras, seria considerado razoável determinada premissa ou determinado argumento se estes decorressem de evidências e de informações que provavelmente poderiam ser consideradas como corretas ou verdadeiras, gerando, assim, uma credibilidade alta da correção da regulação ou restrição do direito fundamental. Nesta forma de controle, a intervenção ou o controle judicial, como consequência, ainda seriam elevados, mas, diferentemente do controle anterior, seria estabelecida uma margem de dúvida para que o legislador possa justificar o ato restritivo, sem que se operasse uma substituição da vontade do legislador pela vontade do Judiciário tal como pode ocorrer no controle anterior.

Por fim, a terceira forma de análise é o *controle da razoabilidade satisfatória* em que haveria uma intervenção judicial significativamente menor, com a concessão consequente de uma ampla margem de deferência para o legislador. Neste controle, a cognição ou avaliação

das evidências e das premissas apresentadas seriam bastante superficiais, pautadas em um mero *juízo de possibilidade*. Assim, determinada premissa ou determinado argumento poderiam ser considerados como razoáveis se decorressem de evidências e de informações que transmitissem uma leve credibilidade de que possivelmente são corretos e verdadeiros. Assim, o ato proporcional seria aquele que *possivelmente* fosse adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Como dito anteriormente, as fases da proporcionalidade, por si só, não representam um controle judicial forte. O que realmente faz com que o controle seja forte é a adoção de uma cognição e uma avaliação pautadas em juízos mais profundos a respeito das premissas e das evidências apresentadas para a demonstração da correção dos argumentos utilizados. Nesse sentido, a graduação do controle com base na credibilidade ou na aceitabilidade seria o substituto de um padrão de certeza, no intuito de dar, em alguns casos, maior deferência para o legislador e possibilitar que questões mais delicadas, como a resolução do desacordo moral razoável no pluralismo político, fiquem abertas e incompletas. Além disso, esta graduação da análise das etapas da proporcionalidade também proporciona um maior diálogo entre as instâncias políticas, retirando do Judiciário uma supremacia ou hegemonia que eventualmente a revisão judicial poderia lhe conferir. Dessa forma, estabelecendo uma graduação da deferência, o Judiciário poderá calibrar a decisão mais apropriada para o atendimento de fins constitucionais importantes, estabelecendo uma produtiva interação com os outros centros do poder político. Haverá, então, sempre a possibilidade de a decisão final ser construída pelos diversos atores estatais com base em suas funções preestabelecidas, tentando-se extrair de cada um deles aquilo que têm de melhor. Em suma, estabelecendo um padrão de aferição e um critério de graduação dessa aferição, haverá a possibilidade de se conceder uma margem de atuação mais ampla para o legislador em determinados casos, afastando-se a crítica de que a proporcionalidade estabeleceria uma politização exagerada do Judiciário e uma despolitização nociva dos direitos fundamentais¹⁶⁰; além de ter o benefício de se conceder uma margem de atuação maior para o Judiciário em questões sensíveis a respeito dos direitos fundamentais, dando uma proteção mais segura e efetiva a determinados direitos considerados inafastáveis pela comunidade política.

Apesar de haver uma mudança na jurisprudência canadense em 2008, a preferência por um critério binário ou trinário de controle não possui grandes problemas teóricos, sendo que a escolha acima por um sistema trinário se pautou apenas por critérios pragmáticos.

¹⁶⁰ WEBBER, Grégoire. **Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship**. Op. cit., p. 191

Primeiro, entendemos que uma classificação mais extensa seria desnecessária e prejudicial. Apesar de a graduação de cognição ser complexa e poder apresentar um gradiente ilimitado, a distinção com mais de três tipos de controle não seria absolutamente necessária, trazendo o inconveniente de dar sofisticação demais ao método, dificultando desnecessariamente sua aplicação. Não se pode esquecer que a capacidade cognitiva humana para analisar e resolver problemas complexos é muito menor que a ampla diversidade de soluções e de possibilidades de controle. É correto afirmar, nessa linha, que os juízes, como todos os seres humanos, operam dentro dos limites de uma *racionalidade limitada*, com a utilização muitas vezes da heurística para resolução de casos difíceis e complexos. Em outras palavras, por conta de uma capacidade cognitiva restrita, os juízes constroem modelos simplificados que tentam captar os pontos mais essenciais da questão sem, todavia, sopesar todas as questões possíveis para o caso concreto¹⁶¹. Segundo, a opção foi para uma divisão trinária ao invés de uma divisão binária por conta de uma maior capacidade em abranger diversas circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, sendo certo que, muitas vezes, a deferência deve ser muito suave ou deve ser muito rigorosa, mas, de ordinário, ela não precisa e não deve ser catalogada nesse esquema tão simplificador e apertado como o esquema binário. Em algumas oportunidades, por conta de diversas circunstâncias, será recomendado o uso de um controle um pouco mais acentuado, mas não tão deferente a ponto de ser aceita quase toda intervenção ou restrição ao direito fundamental.

4.5.4. Os critérios para graduação do controle

A doutrina estabelece fatores diversos para determinar o grau maior ou menor de controle a ser utilizado, ou seja, existem diversos critérios para graduar a aferição da razoabilidade das premissas e dos argumentos apresentados que podem ser escolhidos pelo intérprete. Geralmente, os fatores mais utilizados são os seguintes: incongruências sobre dados empíricos, falta de tempo do julgador, ausência de capacidade para coletar e analisar informações mais complexas, dificuldades e limites cognitivos com o raciocínio sobre valores incomensuráveis, indeterminação normativa. Em resumo, para grande parcela da doutrina, a dificuldade prática em se analisar as circunstâncias do caso concreto (seja pela complexidade das premissas e dos argumentos ou pela ausência de tempo e de capacidade cognitiva do intérprete) seria critério para se estabelecer um maior ou menor grau de controle. Por

¹⁶¹ BEEBE, Barton. *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*. **California Law Review**, vol. 94, n. 6, p. 1581-1654, 2006.

exemplo, considerando que o juiz possui pouco tempo para análise de casos complexos e que o direito fundamental à saúde demanda um exame aprofundado de políticas públicas e de questões orçamentárias, a cognição do juiz em relação às premissas fáticas e normativas deveria ser em grau menor e, como consequência, também o ônus de justificação da lei interventiva seria menor. Dessa forma, poderia ser considerada como razoável uma justificação superficial pautada exclusivamente na alegação de “altos custos” para a negativa de tratamento médico em relação a pessoas com doenças raras de tratamento extremamente custoso. Assim, considerando a razoabilidade das premissas fáticas e dos argumentos utilizados, poder-se-ia dizer que o ato normativo seria adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. De forma semelhante, considerando a complexidade de sopesamento ou de delimitação de direitos abstratos como a liberdade e a igualdade em questões sobre a liberdade de religião, cotas raciais em universidades ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Judiciário deveria exercer um controle fraco sobre a opção legislativa e deixar que a maioria do povo ou os representantes da maioria do povo pudessem estabelecer um regramento de forma precisa. Mas será que este raciocínio pode ser realmente aceito sem maiores problemas? Será que as dificuldades práticas ou a complexidade hermenêutica podem ser critérios a serem utilizados?

A utilização de critérios externos para “medir” a cognição e avaliação da razoabilidade não é equivocada. Como afirmado anteriormente, a razoabilidade seria um padrão, sendo que sua análise poderia ser diversificada a depender de determinados critérios externos ao conceito. O problema real ocorrerá com a escolha desses diversos critérios para a graduação da cognição. Por um imperativo de justiça não se pode aceitar, em absoluto, a utilização de nenhum dos critérios propostos no parágrafo anterior. Com efeito, seria totalmente injusto que o conteúdo dos direitos fundamentais fosse aferido com base no tempo do juiz ou com base na complexidade de interpretação do direito. Não se pode dizer que somente os “direitos fáceis” são exigíveis ou sindicados judicialmente. Em última análise, todos os direitos fundamentais possuem alguma forma de dificuldade de interpretação ou de aplicação, não havendo propriamente um “direito fácil” no rol dos direitos fundamentais previsto na Constituição. A própria natureza principiológica e abstrata dos direitos fundamentais, de uma forma geral, exige um raciocínio mais complexo e sinuoso que os tornam de difícil efetivação, e nem por isso pode-se dizer que os direitos fundamentais vão deixar de ter aplicabilidade imediata ou caráter vinculante. Seria absurdo, por exemplo, afirmar que os juízes não poderiam dizer se determinada conduta violaria ou não o direito de liberdade, tendo em vista a dificuldade e complexidade de apontar um conteúdo estrito para este direito. Do mesmo modo, um direito

fundamental não pode ser condicionado ao tempo do juiz. O fato de existirem poucos juízes ou de esses serem indolentes não pode servir de justificativa para a inexistência de direitos. Assim sendo, os critérios para graduar a cognição da razoabilidade devem ser outros. Como bem colocou Jane Reis Gonçalves Pereira, “é preciso ter em conta que o caráter vinculante que os direitos devem ostentar não se compatibiliza com a noção de que, em todo e qualquer caso de imprecisão, a intervenção legislativa deve preponderar”¹⁶².

Segundo pensamos, para se saber se o controle da proporcionalidade irá utilizar uma razoabilidade estrita, probabilística ou satisfatória, o intérprete irá recorrer aos seguintes critérios: (i) a *especificidade da matéria* tratada pelo legislador (em algumas matérias o legislador teria maior ou menor capacidade para dar a decisão adequada); (ii) a *relevância dos direitos* ou interesses envolvidos na contenda (determinados direitos devem ter um controle maior por conta de sua jusfundamentalidade e seu peso axiológico maior); e (iii) o *grau de intervenção* que se propõe a incidir sobre esses direitos e interesses (a preservação e a harmonização dos interesses envolvidos deve ser sempre o caminho a ser buscado, sendo que o controle mais rigoroso servirá para se evitar exageros). Uma breve menção a cada um desses critérios deve ser feita.

(i) Algumas matérias apresentam, por si só, uma especificidade que pode ser determinante para se fixar um controle mais ou menos rigoroso ou uma deferência maior ou menor. Matérias relacionadas, por exemplo, ao funcionamento do regime democrático¹⁶³, proteção e regulação de direitos fundamentais¹⁶⁴ e repartição de competências

¹⁶² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit, p. 356.

¹⁶³ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Op. cit. (afirmando que um controle mais severo pode ser fundamental para manter os canais democráticos abertos aos cidadãos, já que o sistema representativo poderá apresentar diversos inconvenientes que podem comprometer a ideia de autogoverno e equidade de influência política entre os cidadãos, como, por exemplo, a captura do legislador por grupos ou mesmo indivíduos para a aprovação de leis de seus interesses).

¹⁶⁴ A mais proeminente função do Judiciário no constitucionalismo moderno, segundo diversos autores, seria a proteção de direitos e interesses da minoria em face da “tirania da maioria”. Contudo, a ideia aqui é muito mais ampla, não sendo possível limitar a atuação do controle mais severo à proteção de interesses da minoria, principalmente porque é muito difícil identificar quais interesses minoritários seriam legítimos e quais mereceriam uma proteção especial. Deve-se atentar para o fato de que, em uma sociedade pluralista, é natural que minoria tenha que seguir em larga medida as decisões da maioria, afinal, nem todos os membros da comunidade irão concordar em todas as questões em todos os casos, embora haja uma necessidade de segurança e de determinação do Direito. Assim sendo, a identificação da minoria por critérios exclusivamente matemáticos não seria adequada, o que faz gerar uma série de dúvidas. Quais grupos merecem proteção especial em face da maioria? Qual o critério que pode ser usado para estabelecer essa proteção destacada? Existe algum critério que consiga abranger todas as minorias legítimas? Considerando a dificuldade de se responder a todas essas perguntas, o caminho seguido neste trabalho, para o propósito exclusivo de se determinar o tipo de controle de proporcionalidade, será de apresentar a justificativa da proteção da minoria como fundamento secundário apenas. Além disso, não se pode deixar de esquecer que, muitas vezes, minorias influentes podem dominar o processo político, capturando o legislativo e seus membros, com o intuito de impor sua vontade. Lembre-se que existem, no processo político, grupos com forte *lobby* perante o Legislativo que acabam fazendo prevalecer sua

constitucionais¹⁶⁵ necessitam um controle de proporcionalidade mais forte, tendo o legislador um ônus elevado para justificar eventuais restrições ou intervenções nesta seara. Por outro lado, questões relacionadas com políticas públicas amplas, apenas indiretamente afetas a direitos fundamentais, assim como questões dotadas de um grau maior de tecnicidade demandam uma maior margem de atuação do legislador, não devendo o Judiciário estabelecer um controle rigoroso sobre as prognoses legislativas e sobre as justificativas apresentadas. Por exemplo, em questões relacionadas com a política econômica ou a política cambial do Estado, deve o Judiciário realizar um controle bastante superficial, evitando de realizar um juízo de certeza sobre os argumentos fornecidos¹⁶⁶.

(ii) Como já foi dito anteriormente, é muito comum, na doutrina, a afirmação de que não haveria qualquer hierarquia jurídica entre os direitos fundamentais previstos na Constituição. No entanto, mesmo aceitando essa premissa, pode-se entender que determinados princípios constitucionais podem gozar de um peso em abstrato diferenciado, ostentando certa prevalência em relação a outros princípios¹⁶⁷. A dificuldade seria estabelecer quais direitos ou interesses teriam maior relevância e prevalência e, portanto, demandariam uma justificação e um controle de proporcionalidade mais acentuados. Segundo pensamos, a relevância de determinado direito ou interesse deverá ser construída argumentativamente pela jurisprudência, seja apontando esta primazia através precedentes anteriores (*argumento da tradição*), seja fundamentando-a através de valores morais substantivos consensualmente aceitos como relevantes (*argumento da moralidade*). De qualquer forma, para que haja coerência e integridade do sistema, o estabelecimento da relevância e da prevalência dos direitos fundamentais deve ser pautado, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, vista como valor intrínseco do indivíduo e como fundamento humanizador do sistema (art. 1º, III,

vontade em casos em que há certa acomodação da maioria. No caso do aborto, por exemplo, grupos religiosos, apesar de serem ainda minoria no Congresso brasileiro, servem como *grupo bloqueador (veto players)*, impedindo um debate mais amplo a respeito da interrupção voluntária da gestação no plenário das Casas Legislativas.

¹⁶⁵ PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism**. Op. cit., p. 19-20 (afirmando que a função mais antiga das cortes constitucionais é servir de árbitro em disputas sobre competência, já que a existência de normas de repartição de competência entre entes de mesmo nível hierárquico faz com que a solução de eventuais disputas a respeito da interpretação das normas de competência deva ficar a cargo de um órgão imparcial que possa resolver os conflitos de maneira equânime).

¹⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. *Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.

¹⁶⁷ TREMBLAY, Luc. *An egalitarian defense of proportionality-based balancing*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, n. 4, p. 864-890, 2014, p. 866.

CRFB), tendo em vista o consenso comunitário estabelecido em torno de sua jusfundamentalidade¹⁶⁸.

(iii) Por fim, o último critério de fixação do controle de proporcionalidade através da razoabilidade seria o grau de intervenção incidente sobre normas constitucionais. Assim, quanto mais acentuada e severa for a intervenção ou restrição ao direito fundamental, mais rigoroso deve ser o controle de proporcionalidade¹⁶⁹. Considerando a peculiaridade e estrutura deste critério, deve-se dizer, desde logo, que não será possível analisá-lo em abstrato ou em tese, uma vez que o menor ou maior grau de intervenção irá variar a depender do caso concreto, sendo uma análise eminentemente casuística. No entanto, considerando a força que os precedentes veem assumindo no Brasil e o destaque que o direito internacional dos direitos humanos vem recebendo no mundo, é possível dizer que, gradativamente, através dos casos já analisados pela nossa Corte Constitucional e dos pontos já consolidados no âmbito internacional, os direitos fundamentais vão ganhando, de forma mais acentuada, um núcleo duro a respeito do qual a comunidade teria convicção de que uma intervenção estatal seria ilegítima. Essa lógica, inclusive, harmoniza-se com a *teoria do núcleo essencial* dos direitos fundamentais. Lembremos que, segundo a teoria, todo princípio constitucional possui um núcleo (âmbito de proteção mais estreito) que estaria imune a qualquer intervenção do Estado (eficácia vertical) e de particulares (eficácia horizontal). A teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais tem origem no direito alemão¹⁷⁰, sendo também muito utilizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁷¹. Segundo os adeptos da teoria, o núcleo essencial de qualquer princípio constitucional possuiria uma posição de comando prevalente, seja para alguns autores em definitivo (caráter absoluto¹⁷²), seja para outros apenas *prima*

¹⁶⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 348 (afirmando que “[u]m direito ostenta um grau de fundamentalidade maior conforme seja mais relevante para viabilizar o atingimento, pelas pessoas, de níveis maiores de humanização e de dignidade”).

¹⁶⁹ Ibidem, p. 357; PULIDO, Carlos Bernal. **Los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Op. cit., p. 286.

¹⁷⁰ O art. 19 da Lei Fundamental alemã de 1949 tratou da questão a respeito da restrição dos direitos fundamentais, sendo que se costuma apontar o seu parágrafo 2 como o dispositivo que teria albergado a teoria do núcleo essencial ao afirmar que “em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. Por conta dessa norma, o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que não poderia haver ponderação envolvendo o núcleo essencial de um direito fundamental (*BVerfGE* 34, 238, Caso *Tonband*, de 31.01.1973).

¹⁷¹ Vejamos dois casos recentes decididos pelo Pleno: STF, Pleno, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016, DJe 17.05.2016; STF, Pleno, ADI 1923, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 16.04.2015, DJe 17.12.2015.

¹⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. cit., p. 303 e ss; STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la Republica Federal de Alemania*. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, 1988, p. 275; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 309.

facie (caráter relativo)¹⁷³, devendo o intérprete demonstrar através de argumentos morais (sobretudo através da dignidade humana) o caráter essencial da posição jurídica no caso concreto¹⁷⁴. A importância do núcleo essencial para o critério apresentado e, portanto, para a graduação da proporcionalidade, seria de que, quanto mais próxima a intervenção deste núcleo essencial do direito fundamental, maior será o ônus de justificação do ato interventivo, sendo que também será aumentado o grau de controle judicial de proporcionalidade com uma cognição maior sobre as premissas e evidências apresentadas na justificação do ato.

Em suma, por conta do respeito ao arranjo institucional pautado na separação ou descentralização de poderes e nos princípios do regime democrático, é salutar que o Judiciário realize sempre uma decisão de segunda ordem ou metadecisão¹⁷⁵ a respeito de qual o tipo de controle a ser utilizado para aferição da proporcionalidade da lei. Em se aplicando a análise prévia sobre o tipo de razoabilidade a ser aferida nas etapas da proporcionalidade, poderá haver uma calibragem do nível de intervenção judicial e, conseqüentemente, poderá o Judiciário otimizar os valores constitucionais envolvidos, dando harmonia ao sistema político democrático.

5.6. Conclusão

A premissa estabelecida neste tópico é de que o método ou princípio da proporcionalidade é “apenas” um procedimento analítico e estrutural que permite o intérprete a expor suas razões e confrontar interesses e valores em jogo, dando maior transparência à interpretação constitucional sobre direitos fundamentais, sem, todavia, ter a pretensão de estabelecer respostas corretas do ponto de vista da justiça substantiva¹⁷⁶. No entanto, o uso desse método não afasta a busca pela justiça e pela moral, já que questões políticas e morais são inerentes a qualquer raciocínio sobre o conteúdo dos direitos fundamentais e, portanto, também serão objeto de exame mesmo por aqueles que adotam a proporcionalidade como método. Em verdade, não é intenção da proporcionalidade colocar ou retirar do debate de

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 297-301; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit, p. 375.

¹⁷⁴ A respeito das diversas teorias acerca do núcleo essencial, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Op. cit, p. 368-382.

¹⁷⁵ Falamos sobre a decisão de segunda ordem no âmbito da teoria dos diálogos constitucional e do novo modelo de controle judicial de constitucionalidade no Capítulo 4, item 3.

¹⁷⁶ SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality, balancing and global constitutionalism**. Op. cit., p. 71.

direitos tais questões, não sendo correto, assim, a afirmação de que uma suposta pretensão de neutralidade da proporcionalidade transformaria ou tentaria transformar a construção dos direitos fundamentais em mera “gestão e medição matemática”¹⁷⁷. A ideia de proporcionalidade é apenas tentar racionalizar o procedimento interpretativo dos direitos fundamentais não só com juízos morais abstratos e divergentes, mas também com critérios comuns e de percepção mais simples, tais como “graus”, “pesos” e “meio/fim”¹⁷⁸, com o nítido propósito de haver alguma forma de comparação e sopesamento entre os interesses e valores ao fixar uma linguagem comum de extração de conteúdo de normas sobre direitos fundamentais¹⁷⁹.

Por outro lado, ao estabelecer a necessidade de uma ampla justificação para a conformação ou restrição dos direitos fundamentais com critérios dos mais diversos tipos, a proporcionalidade consolida alguns *deveres de justificação* (demonstração dos fins e de sua legitimidade e relevância, bem como a demonstração da adequação, necessidade e proporcional intervenção dos meios) que se mostram essenciais para o debate público a respeito das intervenções e restrições nos direitos fundamentais. Assim sendo, ao contrário do que possa parecer, a proporcionalidade, ao invés de impedir a utilização da moral e da política no debate, provoca de forma mais contundente a sua presença nos atos dos órgãos estatais ao exigir uma justificação mais elaborada e analítica, permitindo que argumentos substantivos que antes estavam nas sombras sejam revelados e debatidos.

Conforme defendemos neste capítulo, por conta do respeito a valores políticos importantes, como a contenção do poder político instrumentalizado pela separação dos poderes e o autogoverno instrumentalizado pela deliberação, o controle de proporcionalidade pode ser mais forte ou mais fraco, a depender da especificidade da matéria, da relevância do interesse envolvido e do grau de intervenção do ato do poder público. Essa graduação do controle da proporcionalidade irá incidir sobre a razoabilidade, vista como a credibilidade ou aceitabilidade da justificação do ato interventivo, tendo como base uma maior ou menor cognição das evidências e das premissas apresentadas nesta justificação. Dessa forma, considerando três formas de cognição e avaliação das evidências (juízo de certeza, juízo de

¹⁷⁷ Cf. WEBBER, Grégoire. **Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship**. Op. cit., p. 189-191. Em sentido semelhante, v. TSAKYRAKIS, Stavros. **Proportionality: an assault on human rights?** Op. cit., p. 474-475.

¹⁷⁸ BEATTY, David. **The ultimate rule of law**. Op. cit., p. 162; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A proporcionalidade como princípio constitucional universal**. Op. cit., p. 42; SILVA, Virgílio Afonso da. **Comparing the incommensurable**. Op. cit., p. 16.

¹⁷⁹ MÖLLER, Kai. **Proportionality: Challenging the critics**. Op. cit., p. 716.

probabilidade e juízo de possibilidade), foram estabelecidas três formas de controle de proporcionalidade pelo uso da razoabilidade da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito: controle severo da razoabilidade, controle da razoabilidade probabilística e controle da razoabilidade satisfatória.

5. A ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DAS NORMAS RESTRITIVAS DO ABORTO NO BRASIL

5.1. Introdução

No recente julgado HC 124.306, a maioria da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de dois réus em sede persecução penal por suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante (art. 126, CP) e do crime de formação de quadrilha (art. 288, CP)¹. Indo além da análise das condições para a custódia cautelar previstas no Código de Processo Penal, o voto vencedor do Ministro relator Luís Roberto Barroso foi no sentido de que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação violaria diversos direitos fundamentais da mulher². Utilizando-se expressamente do método da proporcionalidade e de seus três testes ou subprincípios, o Ministro relator chegou à conclusão de que a tipificação da conduta de interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana não seria adequada à tutela do direito à vida do feto (teste ou subprincípio da adequação), não seria necessária em se considerando outros meios menos restritivos aos direitos das mulheres para a proteção do bem jurídico vida (teste ou subprincípio da necessidade) e também não seria justificável por conta de seu elevado custo e seu baixo benefício social (teste ou subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

A utilização do princípio da proporcionalidade como método para aferição da compatibilidade da lei restritiva de direitos fundamentais, como já observamos, não demanda maiores questionamentos, sendo aceita pela doutrina e jurisprudência majoritárias, apesar de pontuais divergências que foram expostas e rebatidas no Capítulo 5. Aliás, como já foi apontado no Capítulo 2, a proporcionalidade foi utilizada, inclusive, pela Suprema Corte do Canadá para aferir a compatibilidade de uma lei restritiva do aborto com a Carta de direitos

¹ STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Roberto Barroso, DJe 17.03.2017 (Informativo 849 do STF).

² Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso entendeu, de forma preliminar, que não estariam presentes os requisitos da prisão cautelar previstos no art. 312 do CPP. Entendeu o ministro que a decisão impugnada “não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Em verdade, a decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de ‘provocar o aborto com o consentimento da gestante’ imputado, bem como a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ante à suposta tentativa dos pacientes de se evadirem do local dos fatos”. Observe-se que a concessão do *habeas corpus* não necessitava ir além da análise negativa dos requisitos formais contidos no art. 312 do CPP, mas, na opção por uma decisão maximalista, a Primeira Turma do STF resolveu por analisar a materialidade e a tipicidade do delito e, como consequência, realizar também um controle judicial de constitucionalidade sobre os atos legislativos que criminalizavam a conduta imputada aos pacientes.

fundamentais. Contudo, como observamos anteriormente, sempre que o Judiciário realizar o teste da proporcionalidade, deverá formular uma decisão de segunda ordem ou metadecisão a respeito de qual o tipo de controle será utilizado para aferição da proporcionalidade da lei e de sua compatibilidade com as normas constitucionais. Como será visto neste Capítulo, no caso da criminalização do aborto, a depender do tipo de controle de cognição das premissas e das evidências, a conclusão final sobre a correção da fundamentação utilizada pela Primeira Turma poderá ser completamente diferente. Dessa forma, neste Capítulo, antes de tudo, (i) será aferido qual o tipo de controle de proporcionalidade deve ser utilizado para verificar as normas restritivas da interrupção voluntária da gestação.

Após ser estabelecida qual vai ser o tipo de cognição e avaliação das premissas e das evidências no controle da justificativa da lei restritiva e da criminalização ampla da interrupção voluntária da gestação, será o momento em que haverá a aplicação da proporcionalidade em duas tradicionais três etapas ou testes. Assim, (ii) haverá a verificação da *adequação* da medida em relação ao fim pretendido, ou seja, será verificada se há a possibilidade de a legislação brasileira proteger de forma efetiva o bem jurídico vida através de uma criminalização ampla e quase irrestrita do aborto. Após, (iii) analisaremos se a medida escolhida pelo legislador é realmente *necessária* por conta da inexistência de outra medida que possa ser igualmente eficaz, mas não tão gravosa para os direitos fundamentais da mulher, ou seja, será analisado se não existe a possibilidade de a política pública brasileira de ampla criminalização ser substituída por uma outra política pública que proteja o direito fundamental vida da mesma forma (ou pelo menos da mesma forma que se espera), mas, em compensação, possa ser menos gravosa e trazer menos riscos para os direitos das mulheres. Por fim, (iv) será verificado se a medida escolhida pelo legislador protege ou promove o direito fundamental vida em maior *proporção* que restringe outros tantos direitos fundamentais da mulher, ou seja, se as vantagens da criminalização do aborto compensam os altos custos individuais e sociais que a medida impõe às mulheres e à sociedade como um todo.

5.2. O Controle de Proporcionalidade Através da Razoabilidade Probabilística

Como já mencionado diversas vezes neste trabalho, sempre que o Judiciário realizar o teste da proporcionalidade, deve, de forma prévia, formular um juízo a respeito de qual o tipo de controle será utilizado para aferição da proporcionalidade da restrição. No Capítulo 5, afirmamos que a graduação de controle da proporcionalidade irá incidir sobre a razoabilidade,

vista como a credibilidade das premissas e dos argumentos utilizados na justificação do ato interventivo, tendo como base uma maior ou menor cognição das premissas e das evidências apresentadas na justificação do ato. Além disso, afirmamos que poderia haver três formas de análise da razoabilidade para cada subprincípio da proporcionalidade, tendo em vista três formas de cognição e avaliação: o controle severo (pautado em um juízo de certeza), o controle probabilístico (pautado em um juízo de probabilidade) e o controle satisfatório (pautado em um juízo de possibilidade). Para saber qual dos três tipos de controle (razoabilidade severa, razoabilidade probabilística ou razoabilidade satisfatória) e o consequente nível de cognição e valoração das premissas que será utilizado (juízo de certeza, juízo de probabilidade e juízo de possibilidade) é preciso analisar de forma mais detida cada um dos critérios para a calibração da decisão judicial que também foram mencionados no Capítulo 5, quais sejam: (i) a especificidade da matéria tratada pelo legislador; (ii) a relevância dos direitos ou interesses envolvidos na contenda; e (iii) o grau de intervenção que se propõe a incidir sobre os direitos ou interesses envolvidos.

5.2.1. A especificidade da matéria tratada pelo legislador

Primeiramente, quanto à *especificidade da matéria*, não há dúvidas de que o Código Penal brasileiro, ao criminalizar a interrupção voluntária da gravidez de modo quase absoluto, interveio em direitos fundamentais do indivíduo, tendo como intuito e justificativa a proteção legítima de outro direito fundamental. Com efeito, os arts. 124 e 126 do Código Penal, ao proibirem e tipificarem criminalmente a conduta de interrupção voluntária da gestação, estabelecendo a possibilidade de privação de liberdade no caso de realização da conduta típica, restringiram o agir da mulher em questões afetas a sua autonomia privada, invadindo diretamente o âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade. De forma transversal, ainda, a proibição do aborto voluntário e sua criminalização afetaram também outros direitos da mulher, tais como o direito de igualdade de gênero, o direito à saúde, o direito de privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a norma interventiva é justificada na proteção de um *fim legítimo* e também protegido pela égide dos direitos fundamentais: a proteção da potencial vida de um ser humano em formação. Mesmo que se diga que o feto não possui personalidade jurídica ou que não representa verdadeiramente uma pessoa humana, é inegável que aquele ser em formação merece uma tutela especial do Estado, tendo em vista que a manutenção e prosseguimento de seu desenvolvimento possui relação direta como valor vida e com o direito

fundamental a ele associado. Além disso, ainda se pode dizer que o feto, por não ter capacidade de, por si só, buscar qualquer tipo de defesa ou proteção, merece uma atenção ainda mais destacada do Estado para a proteção de seus futuros interesses e direitos.

O fato de o feto não ostentar *personalidade*, segundo o Direito Civil brasileiro, não se mostra importante para entender que qualquer ser humano efetivamente possui a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Lembremos que, segundo o Código Civil (art. 2º, CC), a personalidade jurídica, vista como a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, tem início, nas pessoas naturais, com o “nascimento com vida”, ou seja, conforme doutrina civilista, no instante em que o aparelho cardiorrespiratório inicia seu funcionamento aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno. Nessa linha, segundo a corrente predominante liderada por Caio Mário da Silva Pereira, o nascituro ainda não seria um ser dotado de personalidade jurídica e o Código Civil ao lhes reconhecer direitos não se estaria reconhecendo a condição de sujeito de direito, mas apenas um estado potencial em que futuros direitos poderão surgir após o nascimento; “mas, se se frustra, o direito *não chega a constituir-se*, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito”³. No caso brasileiro, ainda que a doutrina majoritária adote esta *teoria natalista*⁴, não se pode deixar de mencionar que existem aqueles que, interpretando o mesmo art. 2º do Código Civil, advogam algo diferente. Assim, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal⁵, Luis Paulo Viera de Carvalho⁶ e Rolf Madaleno⁷, por exemplo, entendem, com base no mencionado art. 2º do Código Civil, que ordenamento jurídico brasileiro confere sim ao nascituro tantos direitos quanto aos seres nascidos, tais como o direito a alimentos (art. 7º, Lei 8.560/1992 e Lei 11.804/2008), o reconhecimento da filiação, a nomeação de curador em seu favor, o direito à ser beneficiário de doação (art. 538, CC), a capacidade sucessória (art. 1728, CC) e o direito de representação (art. 1779, CC).

Talvez um ponto mais consensual seja no sentido de que o feto, apesar de não ser propriamente sujeito de direitos, apresenta-se como uma pessoa humana, ainda que potencial.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217.

⁴ cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helen; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. I: parte geral e obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 710-715.

⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil: Questões fundamentais e controversias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2010, p. 130-133.

⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 669.

Claro que esta afirmação não pode ser feita sem maiores indagações e sem uma certa contradição aparente. Isso porque ao se afirmar que o feto é uma pessoa humana, mas não é titular de direitos estaríamos aceitando a possibilidade, em tese, de que exista uma modalidade de pessoa humana que não possui direitos ou não pode ser titular de direitos, tal como já foi feito em um passado não muito distante na época em que era aceita sem maiores questionamentos a escravidão. As dificuldades não param por aí. Se o feto realmente é uma pessoa que não titulariza direitos, como se afirmar que o direito à vida protegeria o feto? Será que um direito fundamental poderia proteger alguém que não o titulariza? É sobre este ponto que passamos a abordar.

Segundo os médicos e os biólogos, o desenvolvimento humano pode ser visto como uma linha reta contínua que vai da concepção até a interrupção de funcionamento de todas as células que formam o organismo como um todo. Inserido em algum momento dessa linha, existe um marco que muitos denominam de “início da vida”. No entanto, tal marco não encontra qualquer acordo entre cientistas e filósofos sobre em que momento deve ser estabelecido. Assim, por exemplo, alguns afirmam que a vida começa no momento: (i) da *nidação* (o que ocorreria no 4º dia após a fecundação); ou (ii) da formação da *individualidade* do ser, ou seja, no momento em que o embrião já não poderá dar origem a mais de uma pessoa (o que ocorreria na 3ª semana); (iii) do primeiro *batimento cardíaco* (o que ocorreria na 4ª semana); (iv) do início da *formação do sistema nervoso central* (o que ocorreria na 5ª semana⁸); (v) com a *passagem do estado de embrião para o feto* com a já aparência humana (o que ocorreria na 8ª semana). Não obstante a divergência, desde muito tempo, diversas doutrinas abrangentes realizaram a escolha da concepção como o momento do início da vida. Como se percebe, essa escolha baseou-se não em um consenso da ciência, pois como observamos linhas atrás, este não existe, mas se baseou, sobretudo, em opiniões religiosas e não seculares⁹⁻¹⁰.

⁸ Dentro dessa teoria, ainda existe divergência sobre o momento em que há o início do sistema nervoso central. Para alguns, haveria o início da formação na 5ª semana, momento no qual os primeiros neurônios começam a surgir. Outros afirmam que o início ocorreria na 6ª semana, quando as primeiras sinapses podem ser reconhecidas. Uma terceira posição afirma que seria na 7ª semana, a partir do momento em que o embrião apresenta os primeiros reflexos em resposta a estímulos. Por fim, ainda existem aqueles que apontam a 8ª semana, já que, neste momento, haveria a formação de uma base mínima de um sistema para o pensamento racional.

⁹ TRIBE, Laurence. *Foreword: Toward a model of roles in the due process of life and law*. **Harvard Law Review**, vol. 87, n. 1, p. 1-53, 1973, p. 2.

¹⁰ Apesar de não ser uma particularidade de todas as religiões, a fixação do início da vida na concepção é uma tônica das religiões que possuem a Bíblia como livro sagrado, já que uma pequena citação encontrada no livro de Jeremias (1,5) costuma ser apontada como a razão dessa visão: “*Antes de te formar no ventre materno, Eu te escolhi; antes que saíesses do seio da tua mãe, Eu te consagrei*”. No entanto, durante muitos séculos, o aborto

Neste contexto, a dúvida que surge é se o marco do início da vida é o mesmo marco do início da pessoa humana. Apesar da tentativa de alguns em diferenciar os conceitos, temos dificuldade em reconhecer que um feto poderá ser considerado um ser vivo não humano. Dessa forma, parece correta a afirmação que o marco do início da vida deve coincidir com o marco do início do *status* de pessoa humana. Não obstante, a nossa proposta é de que, considerando que o estabelecimento de qualquer marco do início da vida humana ou do início do *status* de pessoa humana será sempre arbitrário e controvertido, não devemos (e não necessitamos) estabelecê-lo de forma fixa e rígida, sendo plenamente possível deixar a questão em aberto. Apesar do que pensa maioria, não precisamos estabelecer o marco do início da vida para vislumbrar um preciso âmbito de proteção do direito fundamental à vida, podendo este ser fixado em graus diversos de eficácia e incidência em conformidade com que os acordos teóricos vão sendo completados e os consensos vão sendo consolidados¹¹.

O estabelecimento de um marco estrito ou uma linha precisa poderá, inclusive, gerar diversas dúvidas e perplexidades. Como afirmar que, antes do marco fixado, não teríamos uma pessoa humana? Qual seria a natureza do feto antes deste marco? A mesma de uma árvore ou de uma pintura como afirmam Ronald Dworkin e Judith Jarvis Thomson¹²? Como aceitar que a Constituição confere uma especial proteção à vida não humana, havendo até mesmo aqueles que propõem o reconhecimento de direitos a determinados animais¹³, mas não

não era criminalizado durante o início da gravidez, já que o estado gravídico era fixado apenas após as primeiras evidências de movimentos do feto. A ausência de um ou mesmo dois períodos menstruais consecutivos sequer era uma prova legal da gravidez, apesar de a prática médica ser de medir o período de gestação pelo último período menstrual. Como a percepção de movimento somente se torna possível, em geral, com o final do primeiro trimestre e o início do segundo trimestre da gravidez (décima segunda ou décima terceira semana de gestação), durante muitos séculos o aborto não era criminalizado antes desse período, até que uma alteração religiosa foi influente na mudança de entendimento em diversas legislações. Em 1869, houve relevante mudança no direito canônico, tendo a Igreja Católica Romana redefinido o pecado mortal do aborto para abrangê-lo não apenas com o início dos movimentos fetais, mas desde o momento da concepção. Assim sendo, a mudança de entendimento da Igreja Católica, naquele momento histórico, influenciou determinadamente a legislação de diversos Estados que tinham ligação próxima com ela (COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *Human rights dynamics of abortion law reform*. **Human Rights Quarterly**, vol. 25, p. 1-59, 2003, p. 8).

¹¹ SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements commentary*. **Harvard Law Review**, vol. 108, p. 1733-1772, 1994.

¹² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 577 (afirmando que “o feto em início de gestação, assim como uma flor, não tem nenhum interesse próprio, não se pode supor que o feto tenha direitos para proteger seus interesses”); THOMSON, Judith Jarvis. *A defense of abortion*. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 1, n. 1, p. 47-66, 1971, p. 47 (afirmando que a ideia de que desde a concepção haveria uma pessoa humana seria similar ao “*development of an acorn into an oak tree, and it does not follow that acorns are oak trees, or that we had better say they are*”).

¹³ Alguns autores, apoiados no pensamento biocêntrico, apontam para a existência de *direito dos animais* com o reconhecimento de que seres não humanos poderiam ser titulares de direitos, inclusive, direitos humanos (*teoria biocêntrica*). Um dos principais defensores da tese é Peter Singer, que afirmou que os animais merecem igual consideração e respeito, principalmente aqueles que possuem maior percepção de dor e prazer, o que chamou de

estabelece, por outro lado, qualquer proteção ao ser humano em formação? Se, por outro lado, o marco for a concepção, como afirmar que a proteção ao feto deve ser idêntica a de uma criança ou a de um adulto? Considerando as diversas indagações que a fixação do início da pessoa humana ou o início da vida podem acarretar, melhor entender que, em toda a trajetória do desenvolvimento humano, haverá a figura de um ser humano que merece respeito e consideração, ainda que não esteja completamente formado e ainda que não possa ter capacidade para ser titular de direitos. Um recém-nascido ou mesmo uma criança não possuem o desenvolvimento completo de seus órgãos e tecidos ou de seu sistema nervoso e nem por isso poderíamos dizer que não devem ser consideradas pessoas humanas. Por outro lado, nossa humanidade e nossa moralidade, também não permitem que seja dito que um feto com toda a estrutura humana, membros, movimento corporal e coração pulsando tenha a mesma natureza ou o mesmo *status* moral de uma árvore ou de uma pintura como propõe parcela da doutrina. Ainda que muitos tentem adotar uma postura puramente racional e lógica, é inegável que a nossa emoção e nossos sentimentos também fazem parte de nossos julgamentos morais e devem ser levadas em consideração para se entender se o nascituro possui a proteção destacada dos direitos fundamentais. Por tudo isso, entendemos que o fato de o feto estar ainda em desenvolvimento não é circunstância adequada para não o considerar pessoa humana ou não. A solução, então, é afirmar que, durante toda a trajetória do desenvolvimento humano, existe a figura de um ser humano ou de uma pessoa humana, devendo a sociedade e o Estado, por uma questão moral e jurídica, sempre levar tal circunstância em consideração quando houver a possibilidade de restrição ou limitação dessa vida em formação.

A necessidade de o Estado levar em consideração a vida do nascituro na elaboração de seus possíveis atos restritivos não decorre de um direito inato ou de interesse intrínseco do feto, mas provém dos princípios constitucionais consensualmente aceitos que impõem o respeito a todas as formas de vida, inclusive as não humanas e as humanas em formação. No caso do feto, entendemos ser perfeitamente possível estabelecer o fundamento de sua proteção

sciência (SINGER, Peter. **Animal liberation**. New York: Harper Collins, 2002) A verdade é que, apesar de haver uma corrente antropocêntrica que ainda vê os animais como meros objetos sem qualquer proteção jurídica (*teoria antropocêntrica clássica*) (POSNER, Richard. *Animal rights: Legal, philosophical and pragmatic perspectives*. In: SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (eds.). **Animal rights: Current debates and new directions**. New York and Oxford: Oxford University Press, 2004; EPSTEIN, Richard. *Animals as objects or subjects of rights*. **University Chicago Law and Economics, Olin Working Paper** n. 171, 2002. Disponível na internet em: <http://ssrn.com/abstract=359240>. Acesso em 05 dez. 2017), não se pode negar que existe uma crescente preocupação com o tratamento dado aos animais (*teoria antropocêntrica moderada*), ainda que distante a titularidade de direitos pretendida pelos defensores do biocentrismo (sobre o tema, v. SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 77-79).

no direito fundamental à vida ou, como preferem alguns, no princípio constitucional de proteção à vida. A circunstância de o feto não ser ainda sujeito de direitos, conforme a doutrina civilista majoritária, não impede que os direitos fundamentais possam incidir no caso, estabelecendo um dever fundamental de proteção estatal. Como se sabe, os direitos fundamentais podem ser vistos através de seu caráter subjetivo e, assim, podem ser titularizados por determinada pessoa (dimensão subjetiva), mas também podem ser vistos como uma ordem objetiva dos valores morais mais importantes ou mais essenciais da comunidade política (dimensão objetiva) que irá se irradiar por todo o sistema jurídico, fazendo com que a legislação, mesmo a civilista, seja interpretada em conformidade com a Constituição e com os direitos fundamentais. Dessa forma, mostra-se plenamente possível e harmoniosa a visão de que feto pode não ostentar personalidade jurídica, não sendo considerado sujeito de direitos, mas, por conta do direito fundamental à vida, deve ter uma proteção destacada do Estado, tendo como fundamento os direitos fundamentais. Não é por outra razão que a legislação pátria estabelece diversas normas protetivas que podem acarretar futuros direitos, tais como os já mencionados alimentos gravídicos (art. 7º, Lei 8.560/1992 e Lei 11.804/2008), a capacidade sucessória (art. 1728, CC), o possível direito de representação (art. 1779, CC), ou normas penais protetivas cuja legitimidade não se discute, tais como a criminalização do aborto contra a vontade da gestante (art. 125, CP) ou a qualificadora de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, V, CP). Em suma, a questão do aborto no ordenamento jurídico brasileiro está coberta pelo manto protetivo dos direitos fundamentais, exigindo, assim, que qualquer delimitação, restrição, regulamentação ou proibição do aborto seja analisada com um cuidado especial pelo Estado, que terá um ônus de justificar o ato interventivo de forma mais precisa, havendo, como consequência, a possibilidade, ainda que em tese, de um maior controle judicial deste ato.

Apesar do afirmado acima, deve ser feito um esclarecimento a respeito do grau de proteção do direito fundamental vida. Entender pela incidência do direito fundamental vida não significa, em absoluto, que o dever de proteção ao nascituro deva ser em mesmo grau e amplitude que o dever de proteção em relação a uma criança ou a um ser humano adulto. Como observamos no Capítulo anterior, os direitos fundamentais não são estabelecidos no modelo binário “tudo ou nada”, mas são graduados conforme as circunstâncias do caso concreto, podendo haver, assim, uma maior ou menor incidência ou uma maior ou menor proteção a depender do caso analisado. Assim sendo, o peso do direito fundamental de proteção à vida poderá ser graduado conforme o desenvolvimento humano vai ocorrendo, tendo em vista a percepção de que o apelo moral na restrição da vida de um feto no início da

gravidez é menor que o apelo moral na restrição à vida de um feto já no final da gestação ou mesmo na restrição à vida de um recém-nascido. Tal entendimento, inclusive, mostra-se materializado na moralidade de nossa comunidade, uma vez que há o entendimento consensual da proporcionalidade da aplicação de uma sanção penal diferenciada para a conduta típica de homicídio (seis a vinte anos de reclusão, art. 121, CP), infanticídio (dois a seis anos de detenção, art. 123, CP) e aborto provocado pela gestante (um a três anos de detenção, art. 124, CP).

Apesar de se ter afirmado que a incidência dos direitos fundamentais pode acarretar uma maior intervenção judicial, não se pode dizer que esta intervenção será sempre rigorosa. Em outras palavras, a simples circunstância de determinado caso ou fato ter uma simples incidência de algum direito fundamental não é suficiente para justificar um controle mais estrito da proporcionalidade, apesar de ser um importante indicativo para tanto¹⁴. Entender que qualquer assunto relacionado, ainda que superficialmente, com os direitos fundamentais demanda uma intervenção enérgica e rigorosa do Judiciário em face de atos dos outros entes políticos significa estabelecer uma constitucionalização exagerada do direito e uma consequente judicialização incomensurável da vida, prejudicial tanto para a democracia como para os próprios direitos essenciais da pessoa humana. Primeiro, o exagero na constitucionalização do direito pode trazer grandes prejuízos para a política ordinária, impedindo que cada geração possa estabelecer o conteúdo de seus direitos fundamentais¹⁵. Por outro lado, a invocação de direitos fundamentais para qualquer situação social ou política pode gerar a banalização de seu uso, havendo, inclusive, a necessidade de constantes relativizações para haver a adequação com a realidade, o que, por seu turno, retiraria a força normativa que os direitos fundamentais necessitam para proteger valores e interesses

¹⁴ A Suprema Corte norte-americana, no precedente *Roe v. Wade* (1973) se posicionou de forma diversa. O Tribunal disse que um *escrutínio estrito* deveria ser utilizado porque o direito ao aborto era um direito fundamental. O Tribunal reiterou que quando direitos fundamentais estão envolvidos, a regulamentação que limita esses direitos pode ser justificada apenas por um “interesse estatal convincente” (*compelling state interest*), devendo as disposições legislativas ser “estritamente desenhadas” (*narrowly drawn*) para expressar apenas os legítimos interesses do Estado em jogo. No entanto, nos precedentes seguintes, a Suprema Corte afastou a aplicação do *escrutínio estrito*, indo em direção semelhante a firmada acima.

¹⁵ Alguns autores assemelham o fenômeno à influência do Novo Testamento na Idade Média (LAZARE, Daniel. *America the undemocratic*. **New Left Review**, vol. 232, p. 3-40, 1998) ou o Al Corão no mundo Islâmico (MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 277). Para uma crítica à constitucionalização excessiva, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/>. Acesso em 20 jun. 2017; SARMENTO, Daniel. *A ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. **Revista de Direito do Estado**, n. 2, p. 83-118, 2006.

relevantes da sociedade¹⁶. Terceiro, a judicialização excessiva de questões referentes a direitos fundamentais pode impedir ou pelo menos arrefecer um maior engajamento político de grupos sociais ou mesmo de indivíduos isolados. A retirada do debate acerca dos valores morais mais relevantes da comunidade dos meios ordinários da política enfraquece o sentimento de pertencimento e de autonomia pública que todos os cidadãos devem possuir, havendo um tratamento infantilizado e elitista de um grupo detentor de uma moral e sabedoria mais elevadas frente ao restante dos membros do povo¹⁷. Dessa forma, a simples especificidade da matéria e a afetação aos direitos fundamentais da mulher e do nascituro não se mostra suficiente para estabelecer de forma correta qual será o tipo de razoabilidade a ser escolhido pelos juízes no controle da proporcionalidade da questão sobre a criminalização do aborto.

Se, por um lado, a presença de direitos fundamentais relevantes autoriza, em tese, uma intervenção um pouco mais acentuada do Judiciário; por outro lado, o grande *desacordo moral* presente na sociedade brasileira a respeito de como esses direitos ou valores se interagem é circunstância que desautoriza um controle judicial mais rigoroso na interpretação constitucional. E esta afirmação é ainda mais flagrante no tema da restrição ou da permissão da realização da interrupção voluntária da gravidez. Com efeito, apesar de haver, nas últimas décadas, um crescente desenvolvimento de movimentos sociais que divergem da opção legislativa presente no Código Penal de 1940 de criminalização quase absoluta do aborto, ainda é bastante consolidado na cultura brasileira tradicional, de forte influência católica, que a interrupção da gravidez somente deve ocorrer por questões naturais. Assim, segundo pesquisa realizada pelo *site Opinion Box*, poucos são aqueles que se dizem favoráveis, em alguma medida, à interrupção voluntária da gravidez. Dos que afirmaram ser favoráveis, as causas mais aceitas foram estupro (91%), risco de vida para a mãe (85%), fetos anencéfalos (82%), questões financeiras da mãe (16%) e, por último, gravidez indesejada (6%).

Claro que existe diferença significativa entre indagar “se a pessoa é favorável ao aborto” ou “se ela entende que o aborto deve ser proibido ou criminalizado pelo Estado”.

¹⁶ Em trabalho anterior defendemos uma *visão minimalista dos direitos humanos*, sob a justificativa que “a banalização dos direitos humanos através da demasiada ampliação do rol de direitos ocasionaria duas sequelas indesejáveis: (i) retiraria consideravelmente a fundamentalidade de tais direitos, enfraquecendo, por conseguinte, sua proteção e efetividade, e (ii) acarretaria uma maior discordância intercultural a respeito da concepção e do alcance do fenômeno dos direitos humanos”. (SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Op. cit., p. 24-26).

¹⁷ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000.

Muitas pessoas em seu círculo privado podem se recusar a realizar o aborto ou podem entender que o aborto é uma conduta violadora de princípios éticos, mas, ao mesmo tempo, essas mesmas pessoas podem entender que outras pessoas devem ter a opção de seguir caminho diverso na escolha da interrupção ou não da gestação. Assim, para que possamos formular uma opção coletiva moralmente correta é preciso que tenhamos sempre consolidado que a moralidade política e as normas intersubjetivas que dizem respeito ao âmbito público (como devemos tratar outras pessoas) é área bastante diferente da ética individual e das normas morais intersubjetivas que dizem respeito ao âmbito privado (como devemos levar uma vida boa). Essa separação do público e do privado é altamente relevante para uma comunidade política que preza pelo liberalismo político e pela valorização da pluralidade. Porém, não poucas vezes, a separação não é observada de forma efetiva, sendo bastante comum, no Brasil, a confusão entre os dois campos, o que, inclusive, explica a existência de pesquisas tão discrepantes quanto ao tema aborto, conforme veremos.

Considerando a complexidade de se fixar uma “vontade majoritária do povo” e de baixa informação de evidências concretas, as pesquisas de opinião podem apresentar dados divergentes, sendo encontradas conclusões diferentes a depender da pesquisa de opinião utilizada. Por exemplo, considerando diversas pesquisas de opinião realizadas, é possível dizer que a maioria da população brasileira não aceita uma regra mais permissiva em relação ao aborto voluntário. Isso porque, em pesquisa de opinião de 2010, 82% da população se posicionou contrária à legalização do aborto¹⁸, enquanto que pesquisa semelhante realizada em 2014 apontou em 79% o percentual da população contra o aborto¹⁹. Mais do que isso: mesmo no caso de gravidez de feto com microcefalia, foi relativamente alta a porcentagem encontrada de indivíduos que se disseram contra a permissão de interrupção da gravidez²⁰, o que reitera essa conclusão. Enquanto isso, analisando outros dados, observamos que 64% brasileiros defendem que a interrupção da gravidez deve ser uma escolha exclusiva da própria mulher e não de outras pessoas ou instituições²¹, o que pode gerar uma conclusão

¹⁸ Pesquisa realizada pelo instituto Vox Populi em 2010. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/vox-populi-82-da-populacao-e-contrario-aborto/>. Acesso em 12 out. 2017.

¹⁹ Pesquisa realizada pelo IBOPE em 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/09/maioria-e-contrario-legalizar-maconha-aborto-e-casamento-gay-diz-ibope.html>. Acesso em 20 jul. 2017

²⁰ Pesquisa realizada pelo instituto Datafolha em 2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1744476-maioria-dos-brasileiros-desaprova-aborto-mesmo-com-microcefalia.shtml>. Acesso em 20 jul. 2017.

²¹ Segundo Pesquisa realizada pelo Ibope em parceria com o grupo Católicas pelo Direito de Decidir (CDD). Disponível em:

contraditória de que o Estado não poderia intervir na escolha da mulher em questões reprodutivas. Para demonstrar ainda mais a incongruência das pesquisas de opinião, segundo pesquisa recente, 46% da população afirmou ser a favor da pena de morte, o que gera a conclusão, bastante confusa, de que algumas pessoas são favoráveis a retirada da vida de outra pessoa por motivos unicamente vingativos, mas são contra a interrupção de prosseguimento de desenvolvimento do feto por conta de questões econômicas ou sociais relevantes. A discrepância e a contradição das pesquisas, como se vê, decorre, (i) primeiro, da persistente confusão entre o âmbito privado e o público que ocorre na sociedade brasileira; (ii) segundo, da ausência de informações da população sobre evidências de o que realmente representa a criminalização do aborto no campo social e político; (iii) terceiro, da complexidade e da diversidade de opções com variantes de todos os tipos possíveis, o que faz, inclusive, com que possa haver uma não coerência nas escolhas políticas, com a prevalência da opinião de uma minoria melhor articulada²².

Como foi afirmado, a plêiade de opções para o estabelecimento da norma coletiva sobre o tema aborto é bastante variada, por isso, a informação e o esclarecimento durante as amostragens das pesquisas também são muito importantes para que haja um perfeito funcionamento da deliberação democrática e até para se aferir com mais fidelidade e precisão a opinião popular. Com efeito, não há dúvida que a complexidade das alternativas vai muito além de uma resposta binária do tipo “sim ou não”, “concordo ou não concordo”. Em última análise, o número de possibilidades e de decisões é bastante variado a ponto de se dizer que qualquer escolha política que não tenha um debate prévio mais aprofundado sobre o tema corre o risco de se amparar em uma decisão frágil e possivelmente equivocada. De qualquer modo, ainda que se estabeleça um cenário ideal em que todos os cidadãos possuem plenas informações sobre as vantagens e desvantagens da criminalização do aborto, (i) haverá necessariamente aqueles indivíduos que entenderão que o Estado, em hipótese alguma, poderá proibir o aborto voluntário; (ii) outros entenderão que poderá proibir após determinado período da gravidez; (iii) por outro lado haverá aqueles que entenderão que o Estado pode proibir a prática, mas não pode criminalizá-la por ser uma medida desproporcional em qualquer hipótese; (iv) outros dirão que a criminalização poderá ocorrer de forma restrita,

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/04/04/internas_polbraeco.586120/64-dos-brasileiros-entendem-que-o-aborto-e-decisao-exclusiva-da-mulhe.shtml. Acesso em 12 out. 2017.

²² Conforme já mencionamos, segundo o “teorema da impossibilidade de Arrow”, quando os eleitores possuem três ou mais alternativas distintas de escolha, a formação da maioria não é apenas complexa, mas seria ela impossível. Assim, pode-se dizer que, em um cenário de complexas soluções para o problema, nenhum sistema eleitoral pautado unicamente pelo “sim ou não” pode expressar com clareza as preferências da maioria popular (ARROW, Kenneth. **Social choice and individual values**. New Haven: Yale University Press, 1951)

após determinado momento da gravidez; (v) haverá, ainda, aqueles que defenderão a prática do aborto voluntário, mas discordarão a respeito de o Estado possuir o dever de arcar com os custos do procedimento médico²³; (vi) haverá, por fim, aqueles que entenderão que é dever do Estado não só arcar com os custos médicos como também desincentivar a mulher de prosseguir com o aborto através de medidas que tentam moldar a escolha individual da mulher, na linha do que se denominou de “paternalismo libertário”²⁴⁻²⁵. Em suma, uma pesquisa de opinião em que há uma simples pergunta do tipo “você é a favor da legalização do aborto” não pode ser vista como instrumento de representação da vontade popular, já que a questão, pela sua complexidade, não permite uma pesquisa de opinião simples e sucinta. Em verdade, utilizando-se o já mencionado “teorema da impossibilidade de Arrow”, pode-se dizer que a verificação da opinião da maioria, neste caso, não é somente complexa e indeterminada, mas será ela impossível, já que quando as pessoas possuem três ou mais alternativas distintas de escolha, a formação de uma posição majoritária fica totalmente prejudicada. Assim, pode-se dizer que, em um cenário de complexas soluções para o problema, nenhum sistema eleitoral pautado unicamente pelo “sim ou não” pode expressar com clareza as preferências da maioria popular²⁶.

De qualquer forma, não se pode negar que existe um grupo considerável da sociedade que entende que o Estado deveria proteger a vida do feto desde o início da concepção por ser aquele um ente sagrado ou entender ser moralmente errado interromper a vida de um ser inocente mesmo no seu início de seu desenvolvimento. E não importa o quanto haja pesquisas, debates ou alternância da religião predominante, considerando nossa impossibilidade real de conhecer e compreender o “real significado da vida”, haverá sempre uma parcela considerável de pessoas que entenderá ser dever do Estado realizar a proteção irrestrita do feto, mesmo antes de este ter forma humana, ter consciência, sentir dor ou ter uma formação mínima de órgãos e tecidos. Toda esta complexidade da verificação da opinião pública, demonstra que a questão do aborto jamais será uma questão consensual na sociedade

²³ No precedente *Webster v. Reproductive Health Services*, a Suprema Corte norte-americana seguiu esta linha ao afirmar que o direito à privacidade inclui a decisão a respeito da realização do aborto sem interferência do Estado, mas não inclui o dever de o Estado prestar serviços ou destinar recursos para a realização do serviço médico (Suprema Corte dos EUA, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989).

²⁴ Sobre o paternalismo libertário, v. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Libertarian paternalism*. **The American Economic Review**, v. 93, n. 2, p. 175-179, 2003; THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

²⁵ Essa foi, inclusive, a solução mais recente do Tribunal Constitucional alemão formulada no caso Aborto II (*BverfGE* 88, 203, *Schwangerschaftsabbruch II*, de 28.05.1993).

²⁶ ARROW, Kenneth. **Social choice and individual values**. New Haven: Yale University Press, 1951.

política. Estamos diante, portanto, de um delicado *desacordo moral razoável*, em que a prolongada deliberação mesmo entre pessoas razoáveis, com o uso de argumentos razoáveis ou argumentos de razão pública, não seria suficiente para estabelecer um consenso.

Em havendo um relevante desacordo moral razoável na interpretação dos direitos fundamentais, a recomendação é de que o controle judicial, ainda que seja aplicável, ocorra de maneira mais deferente e menos rigorosa, deixando uma maior abertura para que a própria comunidade e seus membros, através dos meios de participação e deliberação democráticas, possam consolidar algumas formas de consensos (ainda que parciais) ou possam acomodar as divergências sem que isso ocasione um grave conflito social ou mesmo uma ruptura do vínculo associativo. Nesse contexto, deve-se repetir o consignado no Capítulo 4: no caso da presença de desacordo moral razoável na interpretação constitucional, o Judiciário somente estaria legitimado a intervir na solução moral de maneira mais rigorosa se houver alguma razão para entender que a escolha da maioria não respeitou o procedimento democrático ou não foi fruto de um ambiente deliberativo adequado e respeitoso.

Dessa forma, a conclusão que se chega, considerando tudo o que já foi dito até este momento, é de que, se, por um lado, o controle a realizado a respeito da proporcionalidade da legislação interventiva não pode ser o mais suave possível por envolver a delimitação de direitos fundamentais, por outro lado, tendo em vista o notável desacordo moral que envolve a questão do aborto, também não é possível que se utilize o mais rigoroso dos controles de proporcionalidade.

5.2.2. A relevância dos direitos ou interesses envolvidos na contenda

Como já afirmando acima, não se pode negar que o controle sobre “se” e “quando” dar à luz é altamente importante para as mulheres por razões relacionadas a diversos direitos fundamentais previstos na Carta de Direitos do Título II da Constituição brasileira, tais como o direito à liberdade sexual, os direitos reprodutivos, o direito de liberdade ao uso do corpo, o direito de igualdade de gênero, o direito à saúde, o direito de privacidade e o direito à busca da felicidade. Com efeito, a proibição da realização do aborto ou, ainda mais, a criminalização da conduta afetam de maneira crucial aspectos relevantes que envolvem direta ou indiretamente a maternidade, tais como: (i) a capacidade da mulher em entrar e encerrar relacionamentos; (ii) a capacidade de prover uma família e decidir a respeito da maternidade; (iii) a capacidade de decidir sobre como deve usar seu próprio corpo; (iv) a capacidade de estabelecer interações e relações na sociedade em igualdade com pessoas do sexo masculino;

(v) a capacidade de realizar ponderações e opções a respeito do prosseguimento ou interrupção de sua educação ou de sua profissão; (vi) a capacidade de obter uma boa saúde física e psíquica; (vii) a capacidade de agir sozinha, decidindo seu próprio destino sem intervenções alheias; e, por fim, (viii) a capacidade de buscar aquilo que ela própria acredita ser o seu ideal de felicidade²⁷.

Além disso, a norma legal que restringe a interrupção da gravidez estabelece um tipo especial de intervenção, já que afeta os direitos fundamentais da mulher em níveis bastante profundos, atingindo aquilo que a doutrina denominou de *núcleo essencial do direito fundamental*. Com efeito, a criminalização ampla do aborto impõe uma limitação à liberdade em seu núcleo mais profundo ao impedir que a própria mulher possa escolher a respeito de questões importantes relacionadas ao seu corpo e à maternidade, questões estas que não devem estar escritas, a princípio, em um “código moral”²⁸, mas devem ser da responsabilidade da própria mulher por conta de sua independência ética e de sua capacidade de traçar o seu próprio rumo de vida. E nem há que se dizer que a limitação foi apenas sobre aquela parcela mais ampla e rarefeita do direito geral de liberdade, já que estamos lidando com escolhas essenciais que dizem respeito a uma das mais importantes posições para a mulher: o papel de ser mãe. Ou seja, estamos lidando com a chamada *liberdade existencial*, aquela parcela da liberdade qualificada pela dignidade humana que impõe que as restrições ou as intervenções aos direitos fundamentais sejam justificadas com a estrita demonstração da proporcionalidade, sob pena de serem consideradas ilegítimas e violadoras dos direitos fundamentais. Assim, com a qualificação da dignidade, a liberdade se transforma em verdadeiro trunfo, núcleo duro de proteção em que o Estado não conseguirá intervir de forma legítima a não ser se for agir para proteger a essência de outro direito ou princípio fundamental²⁹. Não se pode ignorar, ainda, que parcela considerável das mulheres brasileiras prefere ser responsabilizada penalmente, além de correr um alto risco para sua própria vida,

²⁷ SIEGEL, Reva. *Sex equality arguments for reproductive rights: Their critical basis and evolving constitutional expression*. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 815-842, 2007, p. 819.

²⁸ No precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), a Suprema Corte norte-americana, através do voto em conjunto dos *justices* Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy e David Souter, consignou de forma precisa que não é função do Estado definir a liberdade de todos através de nosso próprio código moral (“*Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code*”).

²⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 646 (afirmando que “[s]em dignidade, nossa vida não passa de lampejos de duração”, mas com ela “criamos um adendo à nossa mortalidade” e com ela “[n]ossa vida se torna um pequeno diamante em meio às areias cósmicas”).

ao realizar procedimentos médicos clandestinos, a prosseguir com uma gravidez indesejada e suportar o ônus da maternidade. Tal circunstância corrobora de forma bastante contundente que as escolhas reprodutivas são questões do direito de liberdade muito importantes para a vida digna da mulher e que, portanto, devem estar albergadas pelo manto do núcleo dos direitos fundamentais.

Por outro lado, quando o assunto é a proibição ou a criminalização do aborto, a justificativa para esta elevada intervenção no direito fundamental de liberdade também não deixa de ser relevante. Não se pode esquecer que o fim a que a lei criminalizadora se propõe a proteger, qual seja, a proteção da potencial vida de um ser humano em formação não é só legítima, já que encontra guarida na própria Constituição, mas também é altamente relevante, já que a vida humana pode ser considerada o pressuposto para o surgimento e o desenvolvimento de todos os outros direitos fundamentais. Mesmo que se diga que o feto não possui personalidade jurídica ou que não representa verdadeiramente uma pessoa humana, é inegável que aquele ser em formação possui uma vida em potencial e merece alguma tutela do Estado. Como já afirmado linhas atrás, o dever de proteção que o Estado deve despender a favor do nascituro é um importante ponto consensual que prevalece na sociedade brasileira, ficando evidenciado por conta do disposto no art. 2º do Código Civil de 2002, que assegura a proteção do nascituro, ou no art. 125 do Código Penal de 1940, que prevê uma pena elevada para o aborto provocado contra a vontade da gestante, ou na Lei 11.804/2008, que prevê os alimentos gravídicos decorrentes de despesas “da concepção ao parto” (art. 2º). Não por outra razão que dentre as pessoas que são favoráveis à interrupção voluntária da gravidez poucas são aquelas que defendem o aborto tardio, isto é, quando o feto já está em formação quase completa e, em alguns casos, poderia ter uma vida naturalmente viável fora do útero materno. Do mesmo modo, ainda que se aceite a possibilidade de realização do aborto voluntário, poucos são aqueles que defendem que o aborto realizado por terceiros sem o consentimento da gestante deveria ser descriminalizado. Em suma, não há como se negar que a questão do aborto está inserida na seara da acomodação de direitos fundamentais altamente relevantes para a comunidade política, havendo a necessidade de o intérprete constitucional realizar uma delimitação recíproca entre eles.

Muitos podem afirmar que, uma vez que estão envolvidos dois valores altamente relevantes afetos ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o controle judicial de proporcionalidade deve ser mais rigoroso. A afirmação seria correta se o núcleo essencial de um direito fundamental estivesse apenas de um lado do conflito normativo, já que a balança do conflito iria estar desequilibrada para um dos lados. Como a norma restritiva afeta o núcleo

essencial de um direito fundamental, tendo como intuito a proteção do núcleo essencial de outro direito fundamental relevante, entendemos que o controle realizado pelo Judiciário, através do método da proporcionalidade, não deve ser o mais rigoroso possível, tendo em vista que necessariamente a solução estará dentro de uma margem própria da razoabilidade do desacordo moral, que, como vimos, exige uma intervenção mais branda por parte dos juízes.

5.2.3. O grau de intervenção que se propõe a incidir sobre os direitos ou interesses envolvidos

Considerando o afirmado até agora, existe ainda dúvida a respeito de qual seria a razoabilidade a ser utilizada no teste ou método da proporcionalidade sobre as normas restritivas do aborto. Para termos certeza da escolha, deve ser analisado o último critério que, no caso, está muito próximo dos outros dois critérios: o grau de intervenção que se propõe a incidir sobre os direitos ou interesses envolvidos. Como já dito anteriormente e será repetido mais a frente, a criminalização quase irrestrita do aborto, tal como ocorre na legislação brasileira, representa uma intervenção muito elevada em diversos direitos fundamentais da mulher, sobretudo, no direito fundamental de liberdade. A criminalização afeta diretamente o núcleo essencial do direito de liberdade, local onde há a proteção das escolhas mais essenciais para uma vida digna. Por outro lado, o grau de intervenção supostamente elevado que a liberalização completa do aborto poderá significar para o direito à vida cria uma grande tensão que desautoriza qualquer solução fácil ou uma opção integral para o controle mais severo.

No Brasil, como se sabe, o Código Penal pune a mulher que praticar o aborto voluntário com a pena de *ano a três anos de detenção*. Assim, quanto ao direito liberdade, a criminalização não só estabelece um obstáculo às escolhas existenciais da mulher, como também a submete a uma potencial pena privativa de liberdade que, apesar de ser aceita como legítima, em tese, representa uma intervenção inegavelmente acentuada na liberdade individual, possuindo, portanto, um caráter de excepcionalidade. É verdade que são poucos os casos em que a mulher que realizar o aborto realmente irá sofrer uma sanção de privação da liberdade, seja porque o número de crimes descobertos é baixo, ou porque o número de ações penais e condenações criminais é ainda menor ou ainda porque o número de condenações com execução efetiva da pena privativa de liberdade é reduzidíssimo³⁰. Contudo, o simples fato de

³⁰ A afirmação é feita com base na experiência prática, uma vez que não existem dados seguros a respeito do número de investigações criminais ou ações penais que tenham como objeto o crime de aborto. A falta de dados

haver a possibilidade, ainda que mínima, de a mulher sofrer a pena privativa de liberdade já é relevante para se dizer que há sim uma intervenção acentuada na autonomia privada da mulher em seu núcleo mais essencial.

Considerando todo o afirmado até aqui, a conclusão é que a razoabilidade a ser aplicada no procedimento de análise da proporcionalidade da escolha legislativa, primeiro, não poderá ser baseada em um simples controle satisfatório, ou seja, não poderá ser utilizado o mesmo controle da análise de políticas públicas econômicas ou monetárias. Isso porque a presença de direitos fundamentais altamente relevantes e a restrição do núcleo essencial do direito de liberdade da mulher recomendam uma intervenção mais ativa do órgão judicial, que irá se valer de sua independência e imparcialidade para dar uma decisão mais racional e protetiva aos direitos mínimos dos indivíduos. Porém, a existência de um desacordo moral razoável na comunidade a respeito da questão do aborto e das múltiplas variantes das políticas públicas sobre o tema são circunstâncias a recomendar um controle não muito severo da proporcionalidade, tendo em vista que não existe uma solução sobre a qual seja possível afirmar com absoluta certeza que seja correta ou definitiva. Assim, considerando que não há a possibilidade de se formular juízos de certeza neste intrincado desacordo moral, não seria adequado que o Judiciário realizasse um controle de proporcionalidade que tenha um padrão de cognição pautado exatamente em um juízo de certeza, tal como ocorre com a análise da razoabilidade severa. Por fim, o embate de equilíbrio entre o núcleo essencial de dois direitos fundamentais relevantes faz com que haja a manutenção da moderação, de modo que o controle de proporcionalidade escolhido deverá ser aquele pautado por uma *razoabilidade intermediária ou probabilística*, fundada em uma cognição não muito profunda e também não muito rarefeita, mas através de uma cognição pautada em um *juízo de probabilidade* da correção das premissas e das evidências apresentadas na justificação do ato interventivo.

dos diversos Tribunais de Justiça do país, infelizmente, não permite uma afirmação estatística precisa sobre o tema. Geralmente, os autores apresentam dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) ou pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referentes ao número de prisões que tenham como causa a prática do aborto. Assim, por exemplo, segundo o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (INFOPEN) relativo a 2014-2015, existem cerca de 43 mulheres presas a título definitivo (condenação transitada em julgado) ou precário (prisão cautelar) por conta da prática dos crimes previstos nos arts. 124, 125, 126 e 127 do CP (Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 11 jul. 2017). Entretanto, tais dados não podem ser utilizados de forma absoluta. Primeiro, porque não há uma delimitação a respeito da prática de cada tipo penal, sendo possível que parcela das mulheres presas respondam pela prática do crime previsto no art. 125 do CP (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante), em que não há qualquer discussão quanto à constitucionalidade ou proporcionalidade. Segundo, porque o crime previsto no art. 124 do CP dificilmente acarreta a pena privativa de liberdade, uma vez que, além de o tipo comportar a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/1995), há a possibilidade, caso haja a condenação, de ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade com a aplicação de penas restritivas de direitos, mesmo em sendo aplicada a pena máxima de três anos de detenção (art. 44, CP).

Verificaremos, então, se a criminalização do aborto, tal como prevista no Código Penal brasileiro, possui alguma probabilidade de ser considerada adequada, necessária e proporcional.

5.3. A Inadequação da Criminalização Irrestrita do Aborto

Pelo *subprincípio da adequação*, o intérprete irá analisar a aptidão ou a congruência dos meios adotados pelo legislador para atingir os fins apresentados. Neste contexto, quanto ao tema proposto, pode-se dizer que, pelo menos em tese, a criminalização de determinada conduta é razão para se entender que, com a lei criminalizadora, haverá uma maior defesa do bem jurídico que se pretende proteger. Lembramos que, segundo a doutrina especializada do Direito Penal, ao lado da *função retributiva*³¹, a pena privativa de liberdade possui uma *função preventiva*, seja no intuito de evitar a prática de novos crimes por aquele que sofre de forma específica a execução da pena (*prevenção especial*), seja no intuito de evitar a prática de novos crimes por aqueles que simplesmente observam a aplicação da pena em seus concidadãos (*prevenção geral*).

No campo da prevenção especial, então, a pena privativa de liberdade pode tanto estabelecer de *modo negativo* a *neutralização ou inocuização* do criminoso, que fica impedido de praticar novos delitos durante a execução da pena, como estabelecer de *modo positivo* a correção do criminoso com sua *ressocialização*. Por outro lado, no campo da prevenção geral, a pena possui uma forma de *intimidação coercitiva* que inibe comportamentos futuros por conta da ameaça da punição penal. Nesse último aspecto, apesar das críticas quanto à possibilidade de transformação da função preventiva geral em um “*terrorismo estatal*” com a elevada e excessiva punição de acusados reais para servir de exemplo inibidor para acusados potenciais, deve-se ressaltar que, em algumas situações, muitas vezes por conta de um apelo popular momentâneo, o legislador penal brasileiro utiliza-se da função preventiva sem muita coerência ou moderação, ignorando o já afirmado por Beccaria no século XVIII no sentido de que não é a gravidade da pena ou o rigor da execução penal que desestimularia o agente a praticar o delito, mas a certeza ou alta probabilidade de punição³². Em suma, considerando, sobretudo, a existência e a aplicação da função preventiva

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 461 (afirmando que, no Direito Penal clássico, a função retributiva da pena “representa a imposição de um mal justo contra um mal injusto do crime, necessário para realizar a justiça ou restabelecer o Direito”).

³² *Ibidem*, p. 467.

da pena no Direito Penal, mostra-se bastante razoável a afirmação de que a criminalização de determinada conduta pode, em tese, acarretar uma maior proteção a determinado bem jurídico.

No entanto, deve-se deixar consignado que a gravidade das sanções penais ao estabelecer uma intervenção acentuada na liberdade individual não permite uma aplicação irrestrita do Direito Penal para a proteção de todo e qualquer bem jurídico e em toda e em qualquer situação. Assim, não se pode dizer que todo e qualquer valor ou interesse individual ou coletivo da sociedade será digno de uma proteção penal destacada, assim como não será qualquer intervenção em determinado valor ou interesse relevante que poderá autorizar a utilização da sanção penal. Como tem ressaltado a moderna doutrina, as leis criminais não podem ser utilizadas de forma irresponsável e demasiadamente abrangentes, devendo sua aplicação ocorrer sempre em conformidade com os limites e imperativos dos direitos essenciais da pessoa humana. É nesta exata aproximação do Direito Penal com os direitos humanos que se estabelecem duas importantes funções destes em relação àquele. A primeira função dos direitos fundamentais frente ao Direito Penal, considerada *negativa*, é a de estabelecer limites ao poder punitivo estatal que não poderá violar a essencialidade dos direitos fundamentais, intervindo além da compreensão coletiva do que representaria os valores ou direitos mínimos do indivíduo. A segunda função, considerada *positiva*, é a de impor uma proteção legal destacada, mas não necessária e automática, de determinados bens, interesses, valores ou direitos por meio de sanções mais rigorosas que recaiam sobre o patrimônio (caso de penas pecuniárias) e sobre a liberdade do indivíduo (caso de penas de reclusão e detenção)³³.

Como decorrência da primeira função de limitação punitiva estabelecida pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, a doutrina costuma afirmar que, pelo *princípio da intervenção mínima*, o Direito Penal somente deve atuar na defesa de bens jurídicos mais essenciais na busca pela coexistência pacífica entre os indivíduos (*fragmentariedade*) e na hipótese de não haver possibilidade de utilização de outro meio menos gravoso para a proteção do bem jurídico (*subsidiariedade*)³⁴. Nas palavras de Reinhart Maurach, não se justifica “aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado

³³ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 299.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119

através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias”³⁵.

Apesar de haver certa resistência à utilização do princípio da intervenção mínima para a análise da validade da lei penal, sua aplicação como forma de restringir o âmbito de incidência do tipo penal tem sido utilizada rotineiramente pela jurisprudência brasileira, ainda que não se faça expressa menção ao princípio. Por exemplo, não obstante a legislação não estabelecer qualquer restrição, a posição consolidada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para a caracterização do crime de desobediência, não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista previsão de outra forma de sanção, administrativa ou cível³⁶, isto é, somente de forma subsidiária é que o Direito Penal poderá intervir para a proteção do prestígio, da autoridade e do regular exercício da administração pública (bens jurídicos protegidos).

Grande parte da análise que permeia a subsidiariedade (existência de meios menos gravosos) e a fragmentariedade (relevância do bem protegido em relação à pena imposta pelo Direito Penal) está ligada de modo mais específico aos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente, que serão melhor apreciados nos tópicos seguintes. Neste momento, a indagação será apenas sobre um ponto bem específico do princípio da intervenção mínima que está intrinsecamente ligado à função preventiva da pena e à eficácia protetiva ao bem jurídico. Por este ponto de vista, para que haja uma justificativa legítima para o uso da grave sanção penal, mostra-se essencial a demonstração da certa (razoabilidade estrita), provável (razoabilidade probabilística) ou possível (razoabilidade satisfatória) eficácia e efetividade da função preventiva da criminalização de determinada conduta para assegurar o bem jurídico a que se pretende proteger. Assim, para saber se determinada norma criminalizadora é proporcional/adequada o intérprete deverá previamente eleger o tipo de razoabilidade que será utilizada na aferição da credibilidade das premissas e dos argumentos a justificarem uma suposta adequação da lei interventiva para o fim pretendido. Utilizando um ou outro tipo de razoabilidade, a análise poderá variar de uma adequação certa (cognição rigorosa pautada em juízo de certeza), provável adequação em concreto (cognição intermediária pautada em juízo de probabilidade) ou possível adequação em abstrato (cognição rarefeita pautada em juízo de possibilidade ou verossimilhança).

No caso da criminalização do aborto, tal como já afirmado no tópico antecedente, o

³⁵ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, p. 31 *apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 87.

³⁶ STJ, Quinta Turma, HC 312.513/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 28.05.2015.

controle a ser feito é o da *razoabilidade probabilística*, que se pauta em um juízo de probabilidade a respeito da correção das premissas e dos argumentos utilizados e de uma cognição sumária das evidências apontadas para justificar a proporcionalidade da medida. Assim sendo, como já se pode supor, esse tipo de controle imporá que a cognição das evidências apresentadas seja analisada não em abstrato (ou seja, se a medida poderia ser, em tese, adequada para o fim), mas em concreto e com base em um juízo de probabilidade (as premissas e os argumentos possuem grandes probabilidades de serem corretos com base nas evidências apresentadas ou conhecidas para aquele caso concreto). Em suma, no controle intermediário ou probabilístico da razoabilidade, não basta que a alegação de adequação dos meios seja abstratamente possível, é necessário que haja certa probabilidade de que o meio utilizado seja eficaz para o fim pretendido. Dessa forma, o recurso dos juízes a dados comparativos e estudos empíricos será de importância fundamental para se elaborar uma conclusão plena a respeito da adequação da ampla criminalização do aborto voluntário. Por esta razão, passamos a analisar as evidências até então conhecidas e demonstradas em diversos estudos sobre o tema aborto para, então, formular um juízo de probabilidade sobre sua eficácia na suposta proteção do bem jurídico vida intrauterina.

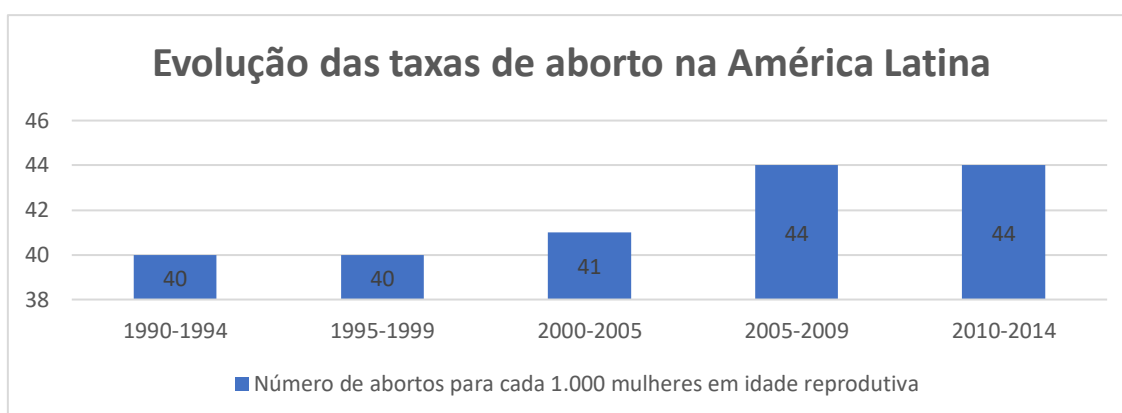
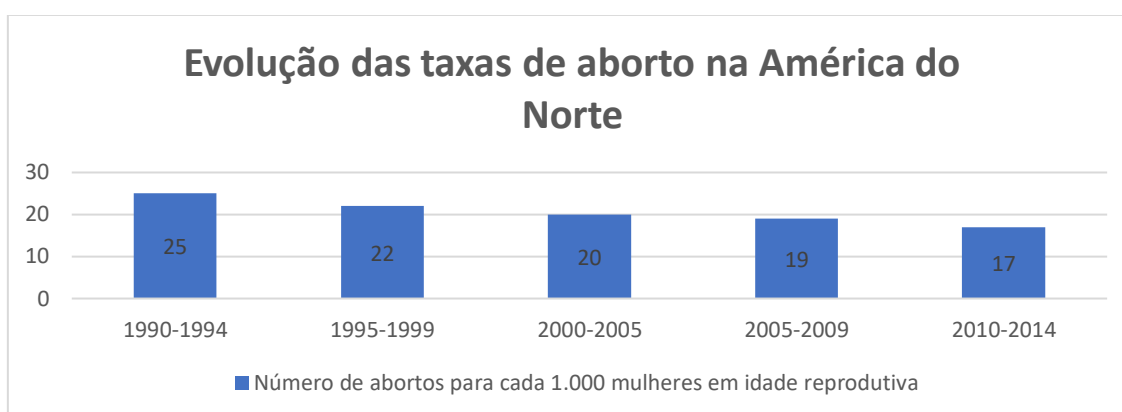
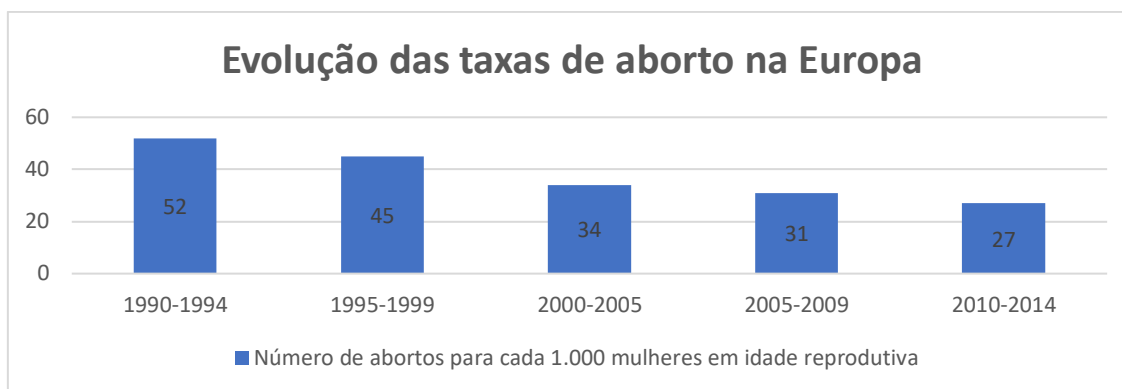
A primeira análise deve ser a respeito de haver alguma probabilidade de relação direta entre a diminuição do número de abortos com a criminalização de sua prática e a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade aos infratores. A conclusão que se chega, analisando diversos estudos formulados em diversos países, é no sentido de haver não só uma grande probabilidade, mas uma quase certeza de não existir uma relação direta entre as duas situações. Primeiro, conforme importante estudo do Instituto Guttmacher, realizado em 2009, nos países em que o aborto voluntário é permitido por meio de mero requerimento, sua ocorrência é de 34 a cada 1.000 mulheres em idade reprodutiva (15 a 44 anos); menor, portanto, que nos países em que o aborto por mero requerimento não é liberado, cuja a ocorrência é de 37 a cada 1.000 mulheres em idade reprodutiva³⁷. Segundo, em pesquisa mais recente, constatou-se que a maior taxa anual de aborto entre os anos de 2010 a 2014 foi no Caribe, estimada em 59 por 1.000 mulheres em idade reprodutiva, seguido pela América do Sul, com 48. Por outro lado, as taxas mais baixas foram na América do Norte, com 17 por 1.000 mulheres em idade reprodutiva, e no Oeste e Norte da Europa, com 16 e 18

³⁷ SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: a decade of uneven progress**. New York: Guttmacher Institute, 2009.

respectivamente³⁸. Não por coincidência, os continentes com as menores taxas possuem as legislações mais permissivas, enquanto aqueles continentes com as maiores taxas possuem legislações mais restritivas. Ao se verificar a evolução das taxas de 1990 até 2014 ao redor do globo, observa-se a mesma lógica: houve uma significativa redução da prática do aborto nas regiões em que houve uma alteração na legislação para uma postura mais permissiva, como na Europa, que tinha uma média de 52 abortos a cada 1.000 mulheres em idade reprodutiva entre 1990-1994 e passou a ter uma média de 30 entre 2010-2014, e na América do Norte, que tinha uma média de 25 entre 1990-1994 e passou a ter uma média de 17 entre 2010-2014. Enquanto isso, nas regiões em que não houve alteração significativa da legislação, com a permanência de normas restritivas, a evolução da taxa foi em sentido oposto, havendo aumento do número de aborto em relação ao número de mulheres em idade reprodutiva. Com efeito, na América do Sul, continente com legislações bastante restritivas, a taxa média de abortos entre 1990-1994 foi de 43 a cada 1.000 mulheres em idade reprodutiva, enquanto a taxa média entre 2010-2014 passou para 47. Terceiro, analisando alguns países de forma específica, observa-se que aqueles com as taxas de aborto mais baixas do mundo consolidaram leis mais liberais e fornecem uma política pública mais humanizada para as gestantes, afastada do estigma criminal e da marginalização. Por exemplo, as taxas de países como Bélgica, Alemanha, Holanda, África do Sul e Portugal estão todas abaixo de 10 para cada 1.000 mulheres em idade reprodutiva, enquanto que países como Canadá, Espanha, França e Estados Unidos apresentam taxas abaixo de 15³⁹. Em todos esses casos, estamos tratando de países que possuem legislações ou jurisdições que permitem o aborto voluntário até determinado momento da gravidez. Comparando com a taxas de aborto desses países com aqueles em que o aborto voluntário não é permitido, percebe-se uma grande discrepância, já que a taxa média dos países com leis restritivas é de 37 aborto para cada 1.000 mulheres em idade reprodutiva, ou seja, em alguns casos quadro o quádruplo da taxa de países com leis mais permissivas. Vejamos alguns gráficos que podem ilustrar melhor o que acabou de ser dito.

³⁸ SEDGH, Gilda *et al.* *Abortion incidence between 1990 and 2014: Global, regional, and subregional levels and trends*. **The Lancet**, vol. 388, p. 258-267, 2016.

³⁹ UNITED NATIONS. *Abortion policies and reproductive health around the world*. New York: United Nations Department of Economic and Social Affairs Population Division, 2014.



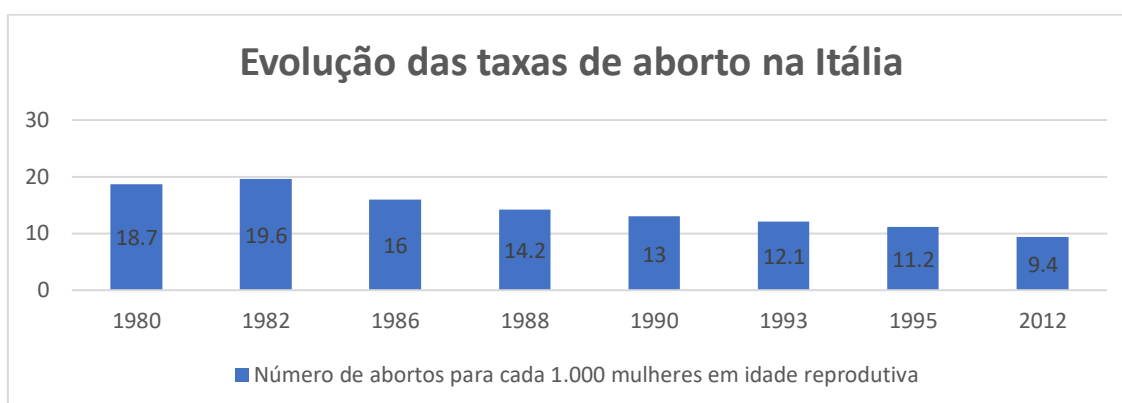
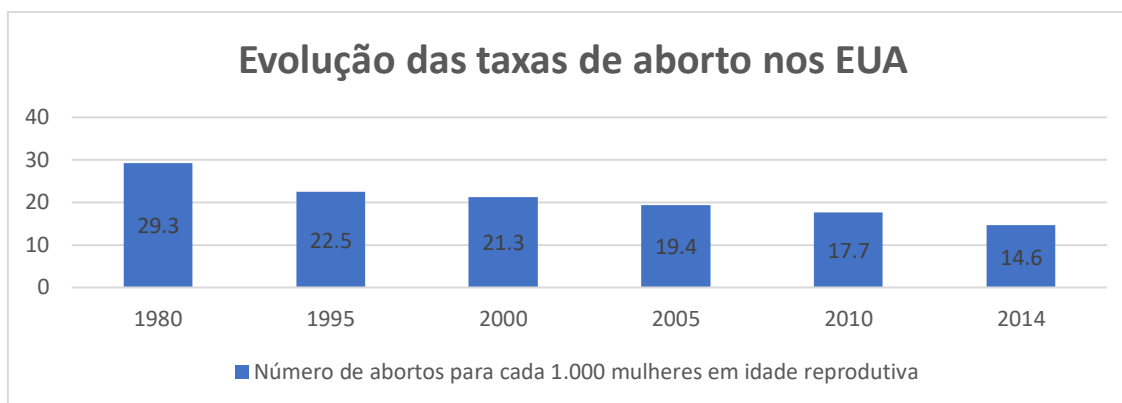
É notório que a tão só existência de uma lei permissiva ou restritiva não significa, em absoluto, que as taxas de aborto serão necessariamente pequenas ou grandes, entretanto, já determina uma tendência neste sentido, conforme apontam as evidências demonstradas nos gráficos acima. Em verdade, diversos fatores podem influenciar o número de abortos em uma determinada comunidade, indo de posturas culturais e religiosas até políticas públicas de acompanhamento médico e de controle de natalidade. Por esta razão, não surpreende que, segundo estudos feitos neste início de século, as taxas de aborto tenham caído mais nos países desenvolvidos, que possuem uma política pública de saúde séria e eficaz, do que nos países

em desenvolvimento, em que tais políticas públicas não costumam ser levadas tão a sério⁴⁰. Assim sendo, para que tenhamos um panorama mais preciso sobre os efeitos da legislação no número de abortos praticados, devemos analisar se, sob um mesmo contexto e com as mesmas influências, uma mudança da restrição ou permissão pode ser causa da diminuição ou do aumento das taxas de aborto. Para tanto, é fundamental que sejam analisados com maior cuidado aqueles países que tiveram alguma mudança legislativa sobre o aborto nos últimos anos. Nesse contexto, diversamente do que se possa imaginar, em diversos países que legalizaram a interrupção voluntária da gravidez, houve uma diminuição do número efetivo de procedimentos abortivos realizados, principalmente naqueles países em que houve um acompanhamento médico e psicológico prévio com a implementação de uma política pública de saúde mais humanizada. Claro que, nos primeiros anos após a liberalização, há uma natural propensão para que os números de procedimentos de interrupção voluntária da gestação sofram um aumento, principalmente porque milhares de procedimentos clandestinos saem das sombras e passam a fazer parte de dados oficiais. Por exemplo, nos Estados Unidos, onde houve a liberalização ampla do aborto voluntário em 1973 com o precedente *Roe v. Wade*, embora tenha sido observado um aumento das taxas de aborto logo após à decisão, nos anos subsequentes, foi observada uma significativa diminuição do índice. Assim, a taxa que era de 29,3 para 1.000 mulheres em idade reprodutiva em 1980, passou para 22,5 em 1995, 17,7 em 2010 e 14,6 em 2014⁴¹. De modo semelhante, na França, após a lei liberalizante de 1975, a taxa de aborto chegou a 15,3 em 1980 e 15,8 em 1982, mas, anos depois, os números começaram a cair, chegando a 13,9 em 1986, 13,2 em 1993 e 12,4 em 1995. O mesmo fenômeno foi observado na Itália, onde, após a lei liberalizante de 1978, a taxa de aborto chegou a 18,7 em 1980 e 19,6 em 1982, tendo caído logo em seguida para 16 em 1986, 14,2 em 1988, 13 em 1990, 12,1 em 1993, 11,2 em 1995 e 9,4 em 2012⁴².

⁴⁰ Estima-se que mais de 97% dos abortos inseguros praticados no mundo ocorrem em países em desenvolvimento (COHEN, Susan. *New data on abortion incidence, safety illuminate key aspects of worldwide abortion debate*. **Guttmacher Policy Review**, vol. 10, n. 4, 2007. Disponível em: < <https://www.guttmacher.org>. Acesso em 12 out. 2017). Além disso, as mulheres nas regiões em desenvolvimento têm maior probabilidade de ter um aborto do que as mulheres nas regiões desenvolvidas, já que as taxas de aborto são 36 por 1.000 mulheres em idade reprodutiva e 27 por 1.000, respectivamente (SEDGH, Gilda *et al.* **Abortion incidence between 1990 and 2014**. Op. cit.).

⁴¹ JONES, Rachel; JERMAN, Jenna. *Abortion incidence and service availability in the United States*. **Perspectives on Sexual and Reproductive Health**, vol. 49, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.guttmacher.org>. Acesso em 17 out. 2017.

⁴² WULF, Deirdre. **Sharing responsibility: Women, society & abortion worldwide**. New York: Alan Guttmacher Institute, 1999.



Uma conclusão parcial pode ser formulada: o que leis altamente proibitivas, como aquelas que estabelecem uma criminalização irrestrita ou quase irrestrita, realmente proporcionam não é uma diminuição da prática do aborto, mas o não enfrentamento direto e adequado do problema, colocando a questão por debaixo dos panos e, ao mesmo tempo, infundindo a prática de milhares de procedimentos abortivos de forma oculta e insegura. Analisando de forma específica o aborto inseguro⁴³, estudo do Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais (*United Nations Department of Economic and Social Affairs – DESA*) confirma que, além de não diminuir o número de abortos, o estabelecimento de leis altamente restritivas proporciona uma insegurança quatro vezes maior para as mulheres que vivem em países cuja legislação proíbe ou mesmo criminaliza o aborto voluntário em todo o decurso da gravidez. Isso porque, segundo evidências catalogadas em diversos países, a taxa média de aborto inseguro foi estimada em mais de quatro vezes em

⁴³ A Organização Mundial de Saúde (OMS) define o *aborto inseguro* como um procedimento destinado a encerrar uma gravidez não intencional que é realizada por indivíduos sem as habilidades necessárias ou em um ambiente que não está em conformidade com os padrões médicos mínimos, ou ambos (WHO. **The prevention and management of unsafe abortion: Report of a technical working group**. Geneva: World Health Organization, 1992).

países com leis de aborto mais restritivas do que em países com leis menos restritivas⁴⁴. Na América Latina, considerando a grande restrição das legislações, o aborto inseguro é particularmente comum, estimando-se que, todos os anos, cerca de quatro milhões de mulheres latino-americanas sofram um aborto inseguro, sendo a grande maioria ilegal e clandestina⁴⁵. Como se percebe, ainda que haja a proibição do aborto em diversos países, a prática continua ocorrendo em altíssimos níveis, o que nos leva a crer que a medida restritiva, apesar de possivelmente ser adequada em tese para a proteção do direito à vida (passando, assim, por uma simples razoabilidade satisfatória ou rarefeita), não possui a mesma conformidade quando a análise passa a ser pautada por evidências e por estudos empíricos (ou seja, quando se utiliza uma razoabilidade probabilística). Em suma, analisando evidências reais de diversos países e de diversas realidades culturais, sociais e políticas, não se pode considerar minimamente provável que a criminalização ampla e irrestrita do aborto tenha a capacidade de impedir ou ao menos diminuir a prática do aborto em uma comunidade política.

A dúvida que ainda pode surgir é se a constante violação da lei e a prática rotineira de uma conduta criminosa realmente podem ser justificativas para se argumentar pela inadequação do meio escolhido e deslegitimar a aplicação da norma jurídica pelo viés da proporcionalidade. A dúvida é bastante pertinente, já que o Direito Penal tem também a pretensão de servir como régua moral da sociedade ao estabelecer a punição de determinadas condutas que são ou já foram praticadas de forma constante, mas que a coletividade entende como reprováveis do ponto de vista moral e nocivas para o vínculo associativo. De uma forma geral, considerando que o direito possui um caráter deontológico de conformação da realidade (como as coisas devem ser), seria equivocado e ilógico que a própria realidade (como as coisas são) conformasse decisivamente o Direito. Assim sendo, como regra, o simples descumprimento da norma penal não pode ser utilizado como argumento razoável para caracterizar a inadequação do meio escolhido para a proteção de um fim legítimo. Do contrário, teríamos que aceitar, no Brasil atual, a invalidade de grande parte dos tipos penais, já que existe a prática em larga escala de diversos crimes, tais como os de corrupção, sonegação fiscal, prevaricação, descaminho, contrabando, estelionato, falsificação, furto,

⁴⁴ UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs Population Division. *Abortion policies and reproductive health around the world*. New York: DESA, 2014.

⁴⁵ PAXMAN, John; RIZO, Alberto; BROWN, Laura; BENSON, Janie. *The clandestine epidemic: The practice of unsafe abortion in Latin America*. **Studies in Family Planning**, vol. 24, p. 205-226, 1994; RODRIGUEZ, Karen; STRICKLER, Jennifer. *Clandestine abortion in Latin America: Provider perspectives*. **Women and Health**, vol. 28, n. 3, p. 59-76, 1999.

roubo, receptação, tráfico de drogas e até homicídio.

Contudo, quando o descumprimento da lei vem em conjunto com o reconhecimento coletivo e difuso de que a conduta já não deve ser mais punida, a sanção penal perde todo o sentido, não havendo como sustentar uma proibição e uma sanção que já se encontram em descompasso com a moralidade daquela comunidade política que tem a pretensão de conformar. A fundamentação da validade da norma, neste contexto, somente seria possível se houvesse a invocação positivista de teorias autoritárias e não democráticas ou a defesa jusnaturalista de teorias metafísicas e transcendentais. Não é por outra razão que grande parte da doutrina entende aplicável o *princípio da adequação social* ou da *referenciabilidade social* para se aferir a validade da norma ou, pelo menos, para se formular uma interpretação restritiva dos tipos penais, diminuindo seu âmbito de incidência ou de proibição⁴⁶. Considerado o grande formulador da teoria da adequação social, Hans Welzel afirmava que não se poderia punir aquelas pessoas que agissem dentro de um quadro de liberdade considerado socialmente adequado e permitido⁴⁷.

Tradicionalmente, nossas cortes não têm aceito o argumento da adequação social em casos de crimes praticados em larga medida, mas com a aceitação exclusivamente daqueles que usufruem de algum modo da conduta criminosa ou das autoridades públicas omissas, tais como manutenção de casa de prostituição⁴⁸, venda de mídias piratas⁴⁹ e exploração de jogos de azar⁵⁰. O caso do aborto, no entanto, não se enquadra nesse último caso, não havendo como se afirmar que há uma aceitação popular ampla e difusa na prática do aborto a qualquer momento da gravidez, sendo certo que, como vimos acima, existe um enorme desacordo moral sobre o tema na sociedade brasileira. Essa conclusão é confirmada principalmente por pesquisas de opinião pública que demonstram que a maioria da população entende como moralmente errada a realização do aborto voluntário por conta de uma gravidez indesejada.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito penal**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 353; MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 286.

⁴⁷ WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht** apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

⁴⁸ STJ, Sexta Turma, REsp 1.435.872/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 01.07.2014

⁴⁹ STJ, Terceira Seção, REsp 1.193.196/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 04.12.2012; STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1.344.160/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 15.02.2013.

⁵⁰ TJRJ, Oitava Câmara Criminal, Apelação criminal n. 0149982-71.2009.8.19.0001, Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, julgado de 13.06.2013 (afirmando que, para a conduta ser considerada atípica, não basta que seja tolerada por parte da sociedade; é necessário que o desvalor da ofensa ao bem jurídico não justifique a intervenção da justiça penal).

Tal circunstância torna ainda mais complexa a análise da adequação da criminalização do aborto voluntário.

Como dito anteriormente, o simples descumprimento da norma com a ocorrência de um alto grau de ineficácia social não pode ser utilizado como argumento único para o reconhecimento da inadequação do meio escolhido na proteção de um fim legítimo. Entretanto, quando a ineficácia social é acompanhada de evidências sólidas e reiteradas de que não há qualquer possibilidade de a norma atingir o fim a que se destina, tem-se a completa inutilidade da norma proibitiva, o que não pode passar despercebido pelo olhar do intérprete. Nesse contexto, mostra-se difícil, do ponto de vista lógico e racional, sustentar a manutenção de uma restrição violenta e nociva ao direito fundamental de liberdade sem que se possa atingir minimamente o fim protetivo desejado. Em relação ao aborto, deve ser lembrado que não há qualquer evidência de que a legislação penal e a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade tenham verdadeiramente impedido ou a menos diminuído a prática do aborto em todos os países em que o aborto continua criminalizado de forma ampla. Pelo contrário, conforme observamos nos parágrafos e gráficos anteriores, existem respeitáveis estudos que demonstram exatamente o contrário; de que a maior criminalização do aborto voluntário não conduz a uma diminuição da prática, mas apenas acarreta a realização de um maior número de abortos inseguros. Sob esse ponto de vista, a própria adequação da medida restritiva em relação ao fim pretendido passa a estar em xeque. Mais do que isso, considerando os estudos apresentados, pode-se dizer que a legalização do aborto voluntário no início da gravidez é o primeiro passo para uma política pública mais adequada para a diminuição do número de abortos em números gerais e relativos, além de proporcionar um melhor tratamento da saúde física e psicológica da mulher tal como será demonstrado no próximo tópico.

Antes de encerrar, importante dizer que não se sustenta a alegação de que a sanção penal ainda possuiria uma função aplicável, mesmo que a sua função preventiva se mostrasse prejudicada, qual seja, a função retributiva. É verdade que alguns autores argumentam que a análise da adequação/proporcionalidade não pode ignorar que a sanção penal possui também uma função retributiva relacionada à reprovabilidade social de determinada conduta considerada moralmente errada, que, inclusive, irá permanecer incólume, ainda que se demonstre a ineficácia da função preventiva da pena. Em conclusão, segundo essa corrente de pensamento, não se pode dizer que a norma penal não terá qualquer função, devendo ser considerada adequada a criminalização ampla e irrestrita do aborto. Todavia, será mesmo possível defender que a sanção penal conviva apenas com um caráter meramente vingativo

típico de antigas comunidades primitivas? A Suprema Corte do México entendeu que não. Assim, conforme entendimento da Corte, não se poderia aceitar a mera “vingança” como o imediato fundamento da sanção penal, devendo haver alguma demonstração autêntica da eficácia da função preventiva da pena⁵¹. Este, sem dúvida nenhuma, é o melhor entendimento. Não podemos esquecer que a função do Direito Penal não é retribuir um mal causado ou regulamentar uma vingança institucionalizada, mas proteger bens jurídicos relevantes da comunidade através de sanções minimamente intimidadoras. Havendo a demonstração de que a lei penal e a criminalização de determinada conduta não protegem o bem jurídico de forma efetiva e que a não criminalização pode ser uma política mais adequada para a diminuição dos abortos realizados, a sanção penal passa a ser arbitrária e ilegítima. Mais do que isso: a criminalização passa a ser inconstitucional por violar os limites básicos estabelecidos pelos direitos fundamentais.

5.4. A Desnecessidade da Criminalização Irrestrita do Aborto

Pelo *subprincípio da necessidade* ou da *vedação do excesso* deve o intérprete analisar se o meio escolhido pelo legislador para atingir o legítimo fim pretendido é o menos gravoso para os direitos, valores ou interesses constitucionais que sofreram a restrição. Sob esta perspectiva, pode-se dizer, de plano, que a criminalização irrestrita do aborto voluntário representa uma intervenção extremamente gravosa para a vida, a saúde, a autonomia e a dignidade da mulher. Resta saber se podem existir outras políticas públicas consideradas menos gravosas e que realizam, no mesmo grau, a proteção da vida potencial do nascituro. Antes, contudo, lembremos que a análise da proporcionalidade/necessidade deve ser também através da *razoabilidade probabilística* pautada por um juízo de probabilidade e por uma cognição sumária das evidências e das premissas apresentadas na justificação do ato restritivo. Assim, deve-se aferir se os argumentos utilizados para a restrição são *provavelmente* válidos. Por esta razão, a conclusão deverá sempre se pautar por evidências concretas da existência de alguma política menos gravosa ou restritiva, não sendo aceita uma singela alegação superficial e abstrata, sem a demonstração da provável conformidade dos argumentos apresentados.

Deve ser dito também que, por uma questão de lógica, o teste ou subprincípio da necessidade que será feito a seguir não seria imprescindível, uma vez que já foi demonstrada,

⁵¹ Suprema Corte de Justiça do México, Ação de inconstitucionalidade n. 146/2007, de 28.08.2008; Suprema Corte de Justiça do México, Ação de inconstitucionalidade n. 147/2007, de 28.08.2008.

no tópico anterior, a não adequação da criminalização irrestrita da interrupção voluntária da gravidez, não havendo, em tese, qualquer necessidade de prosseguimento da análise da proporcionalidade pelas suas duas outras etapas. E mais: haveria uma contradição enorme, já que não se poderia aferir a existência de uma outra política pública que protegesse a vida do feto “no mesmo grau” que a política implementada, uma vez que já verificamos a inaptidão completa desta última política pautada exclusivamente na legislação criminalizadora. No entanto, propusemos a aferir cada etapa da proporcionalidade para que não restem dúvidas a respeito da desproporcionalidade da medida escolhida pelo legislador. Assim sendo, a análise da *proporcionalidade-necessidade* será feita com base em um juízo hipotético de que a criminalização do aborto seria uma medida adequada para a proteção do direito à vida.

Neste sentido, segundo respeitáveis estudos, as leis e as políticas de aborto voltadas para a proibição e a criminalização criam enormes riscos para a saúde das mulheres, impedindo-as de buscar cuidados e impedindo que sejam prestados serviços apropriados dentro do sistema de saúde formal. Com base na análise de diversas evidências originadas de estudos feitos em diversos países, a conclusão comum é no sentido de que o aborto inseguro, decorrente sobretudo da clandestinidade da prática por conta de sua proibição ou criminalização, continua a ser uma relevante causa de mortalidade materna não só no Brasil, mas em todo mundo. Com efeito, a precariedade e a falta de cuidados médicos do procedimento no aborto clandestino é um risco real, principalmente em países com uma população com níveis baixos de educação e de informação como o Brasil. Não poucas vezes, no aborto clandestino e inseguro, utilizam-se técnicas perigosas e nocivas para a saúde da mulher, tais como ingestão de remédios orais ou injetáveis, chás e compostos caseiros, instrumentos ou corpos estranhos inseridos na vagina, traumas diretos no abdômen, entre outros⁵².

Estimativas recentes, usando diferentes metodologias, mostram que, no mínimo, o aborto inseguro representa 8% das mortes maternas no mundo⁵³ e, possivelmente, até 15% dessas mortes⁵⁴, o que demonstra a relevância do aborto para uma política pública de saúde. Da mesma forma, em termos absolutos, é bastante impressionante que cerca de 70.000

⁵² BURSZTYN, Ivani; TURA, Luiz Fernando Rangel; CORREA, Jéssica da Silva. *Acesso ao aborto seguro, um fator para a promoção da equidade em saúde*. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, vol. 19, n. 2, p. 475-487, 2009, p. 477.

⁵³ SAY, Lale *et al.* *Global causes of maternal death: A WHO systematic analysis*. **The Lancet Global Health**, vol. 2, p. 323-333, 2014. Disponível em: <http://www.thelancet.com/lancetgh>. Acesso em 13 out. 2017.

⁵⁴ KASSEBAUM, Nicholas *et al.* *Global, regional, and national levels and causes of maternal mortality during 1990–2013: A systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013*. **The Lancet**, vol. 384, p. 890-1004, 2014.

mulheres morrem todos os anos por conta dos efeitos da clandestinidade do aborto no mundo. Além disso, estimativas globais apontam que 20% a 50% das mulheres submetidas ao aborto clandestino acabam hospitalizadas em virtude de consequências danosas para a saúde da mulher, apresentando, não raras vezes, hemorragia, envenenamento, infecções no trato reprodutivo, havendo, inclusive, risco real não só de morte, mas também de danos físicos permanentes, tal como a esterilidade e retirada dos ovários⁵⁵. Outros estudos estimam que, todo ano, oito milhões de mulheres apresentam complicações no procedimento abortivo e necessitam de algum tratamento médico, sendo que sete milhões se encontram em países em desenvolvimento⁵⁶. Não obstante isso, considerando o preconceito e o estigma que a criminalização do aborto proporciona, desse total de oito milhões de mulheres, apenas cinco milhões recebem cuidados efetivos, deixando sem tratamento médico todo ano um número expressivo de três milhões de mulheres⁵⁷.

As estatísticas são ainda mais claras e esclarecedoras se compararmos países que permitem o aborto voluntário durante o início da gravidez com aqueles que não o permite. É, assim, bastante significativo o fato de a taxa média de mortalidade materna ser três vezes maior em países com leis mais restritivas (223 mortes maternas por 100.000 nascidos vivos) em comparação com países com leis menos restritivas (77 óbitos maternos por 100.000 nascidos vivos). Um caso específico merece ser mencionado neste ponto: a história do aborto nos Estados Unidos. O número de complicações relacionadas ao aborto caiu acentuadamente nos Estados Unidos entre 1970 e 1977, com um declínio particularmente acentuado em 1973, coincidindo com o ano em que a Suprema Corte permitiu o aborto até o segundo trimestre da gravidez no tantas vezes mencionado precedente *Roe v. Wade*⁵⁸. Por outro lado, dados mais recentes indicam que a taxa de mortalidade para as mulheres que obtiveram abortos induzidos legalmente é entre 0,6 e 0,7 por cada 100.000 procedimentos abortivos, bem mais elevado que a taxa de mortalidade das mulheres que realizaram o parto no fim da gestação. Em verdade, segundo os estudos, o risco de morte da mãe no parto é 11 vezes maior do que o risco de

⁵⁵ GRIMES, David *et al.* *Abortion: the preventable pandemic*. **The Lancet**, v. 368, p. 1908-1919, 2006; SINGH, Susheela. *Hospital admissions resulting from unsafe abortion: Estimates from 13 developing countries*. **The Lancet**, v. 368, p. 1887-1892, 2006; RAO, Kamini; FAÚNDES, Anibal. *Access to safe abortion within the limits of the law*. **Best Practice and Research: Clinical Obstetrics and Gynaecology**, v. 20, n. 3, p. 421-432, 2006.

⁵⁶ SINGH, Susheela; MADDOW-ZIMET, Isaac. *Facility-based treatment for medical complications resulting from unsafe pregnancy termination in the developing world, 2012: A review of evidence from 26 countries*. **BJOG**, vol. 123, n. 9, p. 1489-1498, 2016.

⁵⁷ SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: A decade of uneven progress**. Op. cit.

⁵⁸ COHEN, Susan. **New data on abortion incidence, safety illuminate key aspects of worldwide abortion debate**. Op. cit., p. 4.

morte por aborto. Além disso, se o aborto for realizado nas primeiras semanas da gravidez, o risco para a mulher cai drasticamente, o que leva a conclusão de que os procedimentos de aborto no início da gravidez são altamente seguros para a mulher. Com efeito, estima-se que a taxa de mortalidade para as mulheres seja de extraordinário 0,1 por 100.000 em procedimentos realizados até oito semanas de gravidez⁵⁹. Considerando que a maioria das mortes resulta do aborto durante períodos gestacionais mais avançados, estudo formulado por Linda Bartlett e parceiros concluiu que até 87% das mortes em mulheres em procedimentos de abortos poderiam ter sido evitadas se a gravidez tivesse sido encerrada antes da oitava semana de gestação⁶⁰.

Analisando o outro lado, isto é, os países com leis mais restritivas, a conclusão é semelhante. Em geral, as complicações de abortos inseguros são mais comuns nos países em desenvolvimento, onde o procedimento geralmente é bastante restrito, tal como acontece na África e na América Latina⁶¹. As estimativas de 2012 indicam que, nessas regiões, cerca de sete milhões de mulheres foram tratadas por complicações em abortos inseguros, correspondendo a uma taxa de 6,9 mulheres tratadas por 1.000 mulheres em idade reprodutiva. Além disso, estimativas mais recentes sugerem que cerca de 40% das mulheres que sofreram complicações no procedimento abortivo nunca receberam qualquer tratamento⁶². No Brasil, a situação não é muito diferente. Segundo a recente Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 (PNA 2016), ainda que tenha havido uma diminuição do número de internações em comparação com o mesmo estudo de 2010, ainda é bastante significativo o fato de que cerca de 48% das mulheres que fizeram aborto recorreram ao sistema de saúde e foram internadas por complicações relacionadas ao procedimento abortivo⁶³. Não é por outra razão que o próprio governo federal, através do Ministério da Saúde já se manifestou no sentido de que “o

⁵⁹ HARPER, Cynthia; HENDERSON, Jillian; DARNEY, Philip. *Abortion in the United States*. **Annual Review Public Health**, vol. 26, p. 501-512, 2005.

⁶⁰ BARTLETT, Linda *et al.* *Risk factors for legal induced abortion-related mortality in the United States*. **Obstetrics and Gynecology**, vol. 103, n. 4, p. 729-737, 2004.

⁶¹ Praticamente todos os países com leis altamente restritivas são países em desenvolvimento. De fato, excluindo os abortos praticados na China e na Índia (países populosos com leis de aborto mais liberal), 86% das mulheres em idade reprodutiva em países em desenvolvimento vivem sob leis de aborto altamente restritivas (SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: A decade of uneven progress**. Op. cit.).

⁶² SINGH, Susheela; MADDOW-ZIMET, Isaac. **Facility-based treatment for medical complications resulting from unsafe pregnancy termination in the developing world**. Op. cit.

⁶³ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. **Ciência Saúde Coletiva**, vol. 22, n. 2, p. 653-660, 2017, p. 656.

aborto deve ser tratado como uma questão de saúde pública”⁶⁴. O discurso, no entanto, possui uma enorme contradição. Como tratar o aborto como questão de saúde pública e, ao mesmo tempo, tratar a mulher que opta pela interrupção da gestação como criminosa? Em última análise, a liberalização do aborto voluntário, pelo menos nos primeiros meses da gravidez, é um passo necessário e importante para qualquer política pública que pretenda atuar no cerne do problema, ou seja, qualquer política de aborto que reconheça efetivamente a questão como de saúde pública. Ao contrário do que muitos possam pensar, impor a realização de abortos inseguros e clandestinos jamais poderá ser uma medida de política de aborto voltada a favor da saúde pública ou a favor do direito à saúde física e mental da mulher, havendo políticas públicas muito menos gravosas para os direitos da mulher que merecem ser experimentadas.

Não se pode deixar de dizer que as restrições ao aborto voluntário, além de representarem um risco acentuado para o direito de saúde da mulher, criam desigualdades flagrantes, tornando o acesso ao aborto seguro um privilégio de poucas mulheres, isto é, aquelas que podem pagar por um procedimento informal seguro, deixando mulheres mais carentes apenas com a opção de recorrer a práticas mais baratas e inseguras. Muitos ainda podem afirmar que são poucas as mulheres pobres que se utilizam do procedimento abortivo e que a prática é mais utilizada por mulheres de classe média e alta, jovens, brancas e inconsequentes. Essa ideia, todavia, não poderia ser mais equivocada. A visão estereotipada de que a mulher que aborta é aquela inconsequente, jovem, branca e de classe econômica média-alta não sobrevive com as evidências apontadas em estudos respeitáveis sobre o tema. Segundo a PNA 2016, por exemplo, o aborto no Brasil é igualmente frequente em mulheres com idade acima dos 35 anos, com filhos e casadas. Da mesma forma, a realização do aborto ocorre com certa homogeneidade em todos os grupos raciais, todos os níveis educacionais e todas as classes sociais⁶⁵. Contudo, apesar de o aborto ser realizado de forma homogênea pela sociedade brasileira, o impacto da criminalização não afeta de forma proporcional todas essas mulheres. Talvez o único impacto homogêneo entre elas seja o estigma social que a prática de um crime representa.

Em relação ao subprincípio da necessidade, lembremos mais uma vez que a razoabilidade da justificação a ser realizada é a intermediária ou probabilística e, portanto, a análise deve se restringir à probabilidade de a intervenção ser igual ou menos gravosa ao direito fundamental de liberdade do que outras soluções que provavelmente desfrutam da

⁶⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 14.

⁶⁵ *Ibidem*.

mesma proteção para o legítimo fim que justifica a medida restritiva. Observe-se, assim, que a análise da probabilidade deve recair tanto sobre a eficácia da medida (devem existir evidências de que a medida alternativa provavelmente possui igual eficácia) quanto sobre sua gravidade (devem existir evidências de que a medida alternativa provavelmente não é menos gravosa), tendo em vista a necessidade de se fixar uma margem de deferência para a escolha legislativa. A indagação a ser feita, portanto, será no sentido de saber se a política de criminalização imposta pelo Código Penal poderá provavelmente proteger a vida em formação do feto sem que haja uma outra política que restrinja a liberdade existencial e outros direitos fundamentais da mulher em menor intensidade e possua igual (ou maior) eficácia que aquela adotada.

Nessa perspectiva e considerando o impacto altamente negativo da política de aborto voltada para a criminalização na saúde da mulher, afetando de modo desigual mulheres pobres, como demonstrado acima, diversos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos concluíram que políticas públicas multissetoriais liberais são menos gravosas e mais eficazes para o enfrentamento da questão que medidas restritivas voltadas exclusivamente para a punição criminal e para a marginalização social. Nesse contexto, ganham destaque políticas que criam ambientes propícios para a realização do aborto seguro e para a implementação de programas de prevenção baseados na humanização, adotando uma postura de respeito e consideração em relação àquela mulher que pretende recorrer à interrupção da gravidez. A conclusão, assim, é muito lógica. Como já foi dito anteriormente, a imposição da realização de abortos inseguros e clandestinos jamais poderá ser uma medida voltada a favor da saúde pública e de proteção dos interesses da mulher.

No caso da legislação altamente restritiva sobre o aborto no Brasil, adotando uma razoabilidade probabilística, a conclusão é de que existem evidências concretas e seguras sobre a existência de políticas públicas menos restritivas da liberdade, igualdade, saúde e dignidade da mulher e, ao mesmo tempo, tão ou mais eficazes para a proteção da vida do que a política de criminalização ampliada. Claro que, considerando que a análise será através de um juízo de probabilidade e não através de um juízo de certeza, a política liberalizante menos gravosa que seria adequada para a proteção do bem jurídico vida deve ser limitada à possibilidade de interrupção da gravidez em seu estágio inicial. Isso porque não existem maiores evidências sobre a eficácia de políticas que tenham descriminalizado o aborto por completo no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que existe uma probabilidade razoável de que leis demasiadamente permissivas possam apresentar uma proteção deficiente para o bem jurídico que se busca proteger. Enfim, a conclusão é no sentido de que uma política de

proteção à vida intrauterina pautada na completa ou quase completa proibição (e, pior, criminalização) do aborto voluntário, além de ser inadequada para o fim pretendido, também se mostra mais gravosa que outras políticas que atendem ao mesmo fim.

5.5. O Elevado Custo e Baixo Benefício da Criminalização Irrestrita do Aborto

Pelo princípio da *proporcionalidade em sentido estrito* ou da *ponderação* deverá o grau de intervenção a um direito ou interesse (direito de liberdade, igualdade, saúde, dignidade) por conta de o meio escolhido (política de aborto) ser compatível com o grau de relevância do direito ou interesse que se pretende promover (direito à vida). Em apertada síntese, na ponderação, será aferido o custo/benefício da intervenção, ou seja, se a interferência com o direito se justifica à luz do ganho na proteção do direito ou interesse concorrente. Desde logo, pode-se dizer que, analisando o elevado custo individual (afetação do núcleo essencial de direitos fundamentais) e social (segregação social e prejuízo para saúde pública) da política de ampla criminalização do aborto, percebe-se que não há uma possível proporção em relação aos mínimos benefícios apresentados (quicá inexistentes) pelos meios escolhidos.

Conforme já foi dito diversas vezes neste capítulo, do ponto de vista individual, a proibição e a criminalização do aborto voluntário representam medidas altamente interventivas aos direitos individuais da mulher, uma vez que impõem elevadas restrições para a liberdade existencial nas escolhas sobre questões reprodutivas e familiares. Além disso, do ponto de vista social, a proibição e a criminalização do aborto voluntário ainda estabelecem um grande ônus sobre a mulher, que passa a conviver com um estigma social altamente prejudicial para sua identidade, o que é agravado ainda mais pelo estigma criminal das pessoas que praticam um crime contra à vida, semelhante àquele que recai sobre quem comete um homicídio ou latrocínio.

Anuradha Kumar, Leila Hessini e Ellen Mitchell definem o estigma social do aborto como um atributo negativo atribuído a mulheres que procuram encerrar uma gravidez, marcando-as, interna ou externamente, como inferiores ao ideal de “feminilidade”⁶⁶

⁶⁶ Apesar de as definições de feminilidade variarem entre culturas e sociedades, existem algumas premissas que são comumente associadas ao conceito: sexualidade para procriação, maternidade, destino biológico, proteção, sustento e deferência para outros (COCKRILL, Kate; NACK, Adina. *I'm not that type of person: Managing the stigma of having an abortion*. **Deviant Behaviour**, vol. 34, n. 12, p. 973-990, 2013).

preestabelecido pela sociedade⁶⁷. Como se percebe, o estigma social do aborto está intrinsecamente ligado ao papel predefinido de subordinação e de reificação que a mulher possui na sociedade tradicionalmente machista e patriarcal. Apesar de esse estigma ocorrer também em sociedades que possuem legislações permissivas sobre o aborto⁶⁸, ele é ainda mais grave em sociedades que estabelecem uma ampla criminalização. Isso porque a legislação restritiva impõe uma marginalização qualificada sobre aquela mulher que pratica o aborto, estabelecendo à mulher a marca da criminalidade e o *status* de assassina.

Com base no que se afirmou acima, pode-se dizer que o estigma social de leis rigorosas e restritivas sobre aborto possui duas vertentes. A primeira está relacionada com o papel da mulher na sociedade e demonstra bastante a desigualdade de gênero por detrás do aborto: o *estigma sobre o papel feminino*. O estigma social deste tipo decorre, em parte, de valores tradicionais profundamente assentados que não permitem nenhum outro papel para as mulheres além daqueles de esposa e mãe. Neste viés, o estigma surge a partir da ideia de que as mulheres que realizam o aborto não estão desempenhando o papel esperado pela coletividade e, portanto, não poderiam manter o convívio em sociedade. Apesar de essa forma de estigma estar presente em qualquer sociedade contemporânea, ela é ainda mais comum em zonas ou países com baixo desenvolvimento urbano, onde o papel da mulher ainda não sofreu as mesmas mudanças significativas que observamos nas últimas décadas. Em Camarões, por exemplo, uma mulher que realizou um aborto pode ser acusada de promiscuidade, sendo forçada a deixar sua comunidade contra sua vontade ou voluntariamente para evitar a aversão pública. Nas Filipinas, onde a influência da Igreja Católica é bastante presente, tal como no caso brasileiro, as mulheres que realizam a interrupção voluntária da gravidez não só enfrentam o estigma social, como também, em alguns casos, se tornam etiquetadas, sendo obrigadas a fazer penitência pelo “pecado” cometido⁶⁹.

A segunda vertente do estigma social decorrente das leis restritivas sobre aborto está relacionada de forma mais específica com a criminalização e com o etiquetamento de

⁶⁷ Nas palavras dos autores, “*a negative attribute ascribed to women who seek to terminate a pregnancy that marks them, internally or externally, as inferior to ideals of womanhood*” (KUMAR, Anuradha; HESSINI, Leila; MITCHELL, Ellen. *Conceptualising abortion stigma*. **Culture, Health and Sexuality**, vol. 11, n. 6, p. 625-639, 2009, p. 628).

⁶⁸ COCKRILL, Kate; WEITZ, Tracy Ann. *Abortion patients perceptions of abortion regulation*. **Women’s Health Issues**, vol. 20, p. 12-19, 2010; COCKRILL, Kate; NACK, Adina. **I’m not that type of person: Managing the stigma of having an abortion**. Op. cit.; JONES, Rachel; FROHWIRTH, Lori; MOORE, Ann. *I would want to give my child, like, everything in the world: How issues of motherhood influence women who have abortions*. **Journal of Family Issues**, vol. 29, n. 1, p. 79-99, 2008.

⁶⁹ SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: A decade of uneven progress**. Op. cit.

delinquentes⁷⁰ imposto pela lei penal à mulher: o *estigma sobre o status criminal*. Neste caso, o estigma da criminalização atinge a mulher de diversas formas e em diversos ambientes, sendo que os mais perversos talvez sejam aqueles originados dos provedores de saúde, a quem a mulher se volta para obter ajuda médica, e dos agentes de segurança pública, a quem a mulher busca auxílio em caso de violência sexual. A triste conclusão é de que, não poucas vezes, aqueles que deveriam ajudá-la a recuperar sua saúde e dignidade agem de forma preconceituosa ou indiferente, preocupados em não estarem participando de alguma uma prática criminosa ou acobertando-a.

Pode-se dizer, então, que o estigma social afeta não só a mulher, mas igualmente seus parceiros, os provedores ou facilitadores do procedimento abortivo e outras pessoas que, de algum modo, auxiliaram ou deram suporte àquelas mulheres que realizaram o aborto⁷¹. Dessa forma, a conclusão é de que o estigma do aborto é uma das principais causas da existência de obstáculos para o acesso ao aborto seguro e legal, isso porque é ele que impede que profissionais da saúde possam ter conforto e segurança na aplicação da lei por conta do receio de serem responsabilizados criminalmente ou rotulados de forma discriminatória. Não é raro, assim, que haja um retardo do atendimento médico, uma falta de interesse em ouvir e

⁷⁰ A referência é ao fenômeno do *etiquetamento (labeling approach)* estudado pela criminologia norte-americana sobretudo após a década de 60 do século XX, tendo Howard Becker elaborado a obra mais influente sobre o tema em 1963 (BECKER, Howard. **Outsiders: Studies in the sociology of deviance**. New York and London: The Free Press of Glencoe, 1963). Segundo a teoria, a qualidade de criminoso ou de desviante seria uma adjetivação através de processos de reação social, ou seja, a noção de criminoso seria construída socialmente a partir de reações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos. Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, “o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41). O grande problema surge quando os processos de definição e de reação social são acompanhados da desigual distribuição do poder de definição e de reação. Neste caso, a criminologia crítica expõe de forma precisa a circularidade do Direito Penal, já que o “sistema criminal a um só tempo, reflete a realidade social e concorre para sua reprodução” (BARATTA, Alessandro. *O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana*. In: CAMPOS, Carmen Hein de [org.]. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, p. 41-42). No caso da desigualdade de gênero, o processo de criminalização retrata de forma bastante clara a divisão social do trabalho e a estrutura dos papéis sociais, já que a tradicional sociedade patriarcal, a qual ainda estamos inseridos, “reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres” (Ibidem, p. 45). Dessa forma, a “criminalização do aborto serve, em primeiro lugar, para representar simbolicamente o papel conferido à mulher na esfera (privada) da reprodução natural. Depois, para assegurar o domínio patriarcal sobre a mulher; por derradeiro, para impor à mesma – através de sua função na esfera reprodutiva – um papel subordinado no regime da transmissão da propriedade e na formação dos patrimônios”. (Ibidem, p. 49)

⁷¹ Um efeito pernicioso do estigma social do aborto é que os profissionais de saúde não conseguem receber treinamento adequado em procedimentos de aborto ou mesmo se recusam a ser treinados por objeção de consciência, aumentando ainda mais o estigma do aborto (LIPP, Allyson. *Stigma in abortion care: Application to a grounded theory study*. **Contemporary Nurse**, vol. 37, n. 2, p. 115-123, 2011; NORRIS, Alison *et al.* *Abortion Stigma: A reconceptualization of constituents, causes, and consequences*. **Womens Health Issues**, vol. 21, n. 3, p. S49-S54, 2011, p. S50. Disponível em: <http://www.whijournal.com/>. Acesso em 21 out. 2017).

entender o problema ou até mesmo uma discriminação explícita por meio de palavras e atitudes condenatórias e maléficas⁷². No Brasil, alguns estudos apontam para um déficit de treinamento, maus tratos e baixa qualidade nos serviços públicos de assistência social e médica nos casos em que a mulher busca um aborto legal, principalmente no caso de gravidez decorrente de estupro⁷³. Lisa Harris e seguidores afirmam, ainda, que este tipo de estigma leva os profissionais de saúde a não revelarem seus trabalhos nos encontros cotidianos com outras pessoas o que, segundo eles, geraria um “*paradoxo de legitimidade*”. O paradoxo seria que, embora muitos médicos capacitados e legítimos ofereçam atendimento ao aborto, esses profissionais ainda são retratados como ilegítimos, desviantes ou de baixa qualidade, o que faz com que surjam adversidades para a política pública de saúde no caso do aborto⁷⁴.

O impacto do estigma social do aborto na individualidade e na dignidade da mulher é tão elevado que pode ser considerado como causa determinante para a manutenção do *status quo* de insegurança e de clandestinidade no aborto, mesmo nos casos legalmente permissivos. Segundo recorrentes estudos formulados pela Psicologia, o estigma social possui diversas consequências para a vida do indivíduo, tal como: influenciar decisões e comportamentos, principalmente no que se refere à decisão de revelar ou ocultar a situação estigmatizada; ter um impacto no bem-estar geral, afetando igualmente a saúde física e mental da mulher; criar conflitos em relacionamentos com familiares, amigos e parceiros; fomentar a discriminação nas áreas de saúde e emprego⁷⁵. Observe-se que o estigma será determinante na divulgação pela mulher de suas intenções ou experiências sobre aborto para terceiros, sejam eles parceiros, pais, amigos ou prestadores de cuidados de saúde. Dessa forma, será o estigma e sua incorporação na psique feminina que determinará a opção por um aborto clandestino e inseguro, o que pode colocar em risco a saúde e a fertilidade da mulher, já que dificulta cuidados médicos nas complicações pós-aborto e tratamentos adequados em futura gravidez.

Além disso, o estigma afeta de tal forma as mulheres que elas próprias podem internalizar aspectos discriminatórios (autoestigma), podendo ter opiniões conflitantes a respeito de sua identidade e de seu papel na sociedade. Ao desvalorizar e depreciar aquela

⁷² MARTINS, Alaerte Leandro; MENDONÇA, Lígia Cardieri. **Dossiê Aborto: Mortes preveníveis e evitáveis: dossiê**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005, p. 8.

⁷³ ADESSE, Leila. *Assistência à mulher em abortamento: a necessária revisão de práticas de má conduta, preconceito e abuso*. In: DESLANDES, Suely Ferreira (org.). **Humanização dos cuidados em saúde: conceitos, dilemas e práticas**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006, p. 371-387.

⁷⁴ HARRIS, Lisa *et al.* *Physicians, abortion provision and the legitimacy paradox*. **Contraception**, vol. 87, n. 1, p. 11-16, 2013.

⁷⁵ MAJOR, Brenda; O'BRIEN, Laurie. *The social psychology of stigma*. **Annual Review of Psychology**, vol. 56, p. 393-421, 2005.

mulher que pratica o aborto, o estigma social opera no imaginário feminino, estabelecendo uma “identidade deteriorada” em que a mulher é vista e se vê como uma pessoa possuidora de atributos e características em descompasso com o padrão imposto pela sociedade⁷⁶. Por esta razão é que muitas mulheres não reconhecem a proibição e criminalização do aborto como uma questão de gênero, sendo muito comum que até mesmo algumas mulheres que já realizaram o aborto sejam a favor de restrições legais de acesso ao aborto seguro.

Diversos estudos realizados nas últimas décadas apontam que o estigma do aborto, também existente em contextos de leis liberais, poderá colocar a saúde emocional e física das mulheres em perigo, sobretudo, em ambientes onde o aborto é altamente restrito. Isso ocorre porque a restrição do aborto, longe de impedir sua prática, apenas faz com que ele seja feito às sombras, de forma oculta da sociedade e das pessoas próximas da mulher, o que, por sua vez, cria um ciclo vicioso que reforça a perpetuação do estigma⁷⁷. Segundo estudo formulado por Kristen Shellenberg e parceiros, o estigma foi mais pronunciado em quatro países onde o aborto era altamente restringido: México, Nigéria, Paquistão e Peru. Nesses países, as mulheres que realizaram um aborto eram vistas por alguns como assassinas, prostitutas ou possuidoras de espíritos malignos, havendo, assim, a pensamento de que tais mulheres potencialmente poderiam prejudicar outras pessoas na comunidade. Nesse mesmo estudo, várias mulheres relataram sentimentos intensos de vergonha e reprovação associados à realização do aborto, sendo que alguns membros do sexo masculino declararam que a única razão pela qual eles eram contra o aborto seria porque eles não queriam que suas esposas fossem julgadas por familiares ou membros da comunidade⁷⁸. Assim sendo, pode-se dizer que uma mudança na proibição e na criminalização do aborto, com uma maior liberalização do aborto voluntário, poderá ter um aspecto positivo na diminuição do estigma, servindo como um impulsionador de transformações sociais e culturais⁷⁹.

Em termos de saúde pública, a medida criminalizadora traz igualmente um impacto negativo elevado. Como já foi visto, no mundo inteiro, cerca de 70.000 mulheres veem a óbito todos os anos por conta dos efeitos do aborto inseguro, sendo que, por ano, cerca de 8

⁷⁶ ADESSE, Leila *et al.* *Aborto e estigma: Uma análise da produção científica sobre a temática*. **Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 21, n. 12, p. 3819-3822, 2016.

⁷⁷ MAJOR, Brenda; GRAMZOW, Richard. *Abortion as stigma: Cognitive and emotional implications of concealment*. **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 77, n. 4, p. 735-745, 1999.

⁷⁸ SHELLENBERG, Kristen *et al.* *Social stigma and disclosure about induced abortion: Results from an exploratory study*. **Global Public Health**, vol. 6, p. 1-15, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/>. Acesso em 20 out. 2017.

⁷⁹ ADESSE, Leila *et al.* **Aborto e estigma: Uma análise da produção científica sobre a temática**. Op. cit., p. 3830.

milhões de mulheres apresentam complicações no procedimento abortivo e necessitam de tratamento médico. No Brasil, quase metade das mulheres que realizam o aborto recorreram ao sistema de saúde e foram internadas por complicações relacionadas ao procedimento abortivo, tais como perfuração do útero, hemorragia e infecção. Por óbvio, os riscos de procedimentos clandestinos de aborto são maximizados, principalmente quando a escolha recai pela realização de um aborto autoinduzido, sem qualquer acompanhamento de um profissional de saúde. No entanto, o estigma social e a possibilidade de aplicação de uma sanção penal fazem com que esta modalidade de aborto possua um elevado número de ocorrência, uma vez que representa uma forma bastante eficaz de as mulheres ocultarem a gravidez indesejada, bem como de evitarem o desprezo social pela prática do aborto⁸⁰.

Além da grave intervenção na dignidade e na saúde mental e física da mulher, a criminalização quase irrestrita do aborto, como bem apontou o Min. Luís Roberto Barroso no HC 124.306, também apresenta “reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres”⁸¹. Em última análise, o estigma social é algo complexo, uma vez que pode ser considerado tanto uma causa como uma consequência da desigualdade de gênero. Assim, o fato de o acesso ao aborto ser tão limitado e de as leis do aborto fazerem parte do Direito Penal pode ser apontado tanto como causa como consequência do estigma do aborto e sua distribuição desigual entre os indivíduos de uma comunidade. Ou, como bem colocou Anuradha Kumar, o mais provável é que não estejamos diante de termos binários e claramente determinados, podendo a intensidade do estigma flutuar e variar a depender de como o aborto é legalmente restringido⁸². Em outras palavras, o estigma do aborto não é algo preciso, senão representa um processo social extremamente complexo e dinâmico. De qualquer forma, é inegável que o estigma que recai sobre as mulheres, em comunidades que criminalizam de forma ampla o aborto, representa uma condição desigual imposta a um grupo de *subintegrados* ou de *subcidadãos*⁸³, que não podem desempenhar outro papel senão aquele fixado pelos integrantes da sociedade. Nesse cenário, a

⁸⁰ GROSSMAN, Daniel. *Self-induction of abortion among women in the United States*. **Reproductive Health Matters**, vol. 18, n. 36, p. 136–146, 2010.

⁸¹ STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Roberto Barroso, DJE 17.03.2017 (Informativo 849 do STF).

⁸² KUMAR, Anuradha. *Everything is not abortion stigma*. **Women's Health Issues**, v. 23, n. 6, p. e329-e331, 2013. Disponível em: <http://www.whijournal.com/>. Acesso em 22 out. 2017.

⁸³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016 p. 248-250 (afirmando que os *subintegrados* ou *subcidadãos* são aqueles que não são inteiramente excluídos da sociedade, mas que são incluídos, não para serem detentores de direitos, mas para serem atingidos pelos “deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivistas”).

independência ética e a liberdade existencial feminina são sublocadas como questões sem importância, não merecedoras de igual respeito e consideração⁸⁴, devendo ceder por completo para manutenção de uma estrutura social voltada para a reprodução e para um estereótipo familiar traçado e moldado pelos “bons costumes” da comunidade patriarcal.

Além de afetar de forma negativa exclusivamente as mulheres e, portanto, haver uma inegável desigualdade de gênero por detrás da lei restritiva, a criminalização irrestrita do aborto voluntário também afeta de maneira desproporcional as mulheres mais carentes da sociedade, representando igualmente uma desigualdade de classe. Segundo estudos pautados em evidências trazidas de diversos países, as mulheres rurais e as mulheres pobres são mais propensas a recorrerem a praticantes tradicionais e métodos inseguros e, portanto, a experimentar complicações de saúde no procedimento de interrupção da gestação. Entretanto, ao mesmo tempo que experimentam com maior intensidade o aborto inseguro, as mulheres pobres são menos propensas a receber o tratamento pós-aborto de que necessitam, sendo duplamente penalizadas⁸⁵. Em estudos feitos na Guatemala⁸⁶, no México⁸⁷, no Paquistão⁸⁸ e em Uganda⁸⁹, especialistas relatam que o risco de complicações médicas após um aborto inseguro será praticamente o dobro para as mulheres mais pobres, isso porque as estimativas sugerem que 42-67% das mulheres pobres experimentam tais complicações de saúde, em comparação com 28-38% das mulheres com melhor renda.

A razão evidente para esse grande diferencial de risco pelo nível de pobreza é a maior probabilidade de as mulheres pobres tentarem acabar com a gravidez através de seus próprios esforços ou através dos serviços inseguros de prestadores não qualificados. Contudo, a discrepância não significa que mulheres com maiores recursos financeiros estão livres de risco quando realizam procedimentos clandestinos. Um estudo recente na Tailândia descobriu que 11% dos abortos praticados por obstetras e ginecologistas resultaram em complicações

⁸⁴ PINTO, Thiago Ferrare. *Aborto no Brasil atual: entre o direito e as políticas públicas*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 3, n. 1, p. 13-24, 2013, p. 21; FRASER, Nancy. *Igualdade, identidades e justiça social*. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 59, p. 34-35, 2012, p. 34.

⁸⁵ SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: A decade of uneven progress**. Op. cit.

⁸⁶ PRADA, Elena *et al.* **Embarazo no planeado y aborto inseguro en Guatemala: Causas y consecuencias**. New York: Guttmacher Institute, 2007.

⁸⁷ JUÁREZ, Fátima *et al.* *Estimates of induced abortion in Mexico: What's changed between 1990 and 2006?* **International Family Planning Perspectives**, vol. 34, n. 4, p. 158-168, 2008.

⁸⁸ SATHAR, Zeba *et al.* *Post-abortion care in Pakistan: A national study*. **Population Council**, 2013. Disponível em: <https://www.popcouncil.org/>. Acesso em 20 out. 2017.

⁸⁹ SINGH, Susheela *et al.* **Unintended pregnancy and induced abortion in Uganda: Causes and consequences**. Guttmacher Institute, 2006. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/>. Acesso em 20 out. 2017.

graves, assim como 27% dos praticados por médicos em geral⁹⁰. O número elevado demonstra que, mesmo com suporte médico, o aborto realizado em países em desenvolvimento não é seguro, especialmente quando a lei é altamente restritiva.

Como se não bastasse, o elevado custo social da lei restritiva perpassa direitos fundamentais na sua essência e alcança também o orçamento estatal e as despesas públicas. Ainda que não concordemos com a exclusividade de um cálculo financeiro típico do utilitarismo para a medição da correção de determinada política pública, é notável que o tratamento de complicações médicas de abortos inseguros coloca um encargo financeiro considerável nos sistemas de saúde pública, sobretudo nos países em desenvolvimento, o que, por sua vez, pode impactar negativamente na concretização de outros direitos fundamentais que também demandam recursos financeiros. De acordo com estimativas para 2014, o custo efetivo anual do fornecimento de atendimento pós-procedimento em países em desenvolvimento foi de 232 milhões de dólares. Por outro lado, o mesmo estudo apontou que o gasto seria ainda maior se todas as mulheres que precisassem de tratamento realmente o recebessem. Neste último caso, o custo estimado seria de 562 milhões de dólares⁹¹. Contudo, se todos os abortos ocorressem de forma segura, o custo estimado de tais tratamentos pós-procedimento seria de apenas 20 milhões de dólares. Ou seja, haveria uma economia de mais de 200 milhões de dólares. A conclusão, então, é de que as consequências do aborto inseguro sobrecarregam e oneram os serviços de saúde, podendo o gasto com internações por complicações do aborto chegar até 50% de todo o valor consumido com internações obstétricas⁹².

Claro que, para que todos os abortos sejam considerados seguros e que o custo de tratamento pós-aborto seja baixo é necessário que haja investimentos em medidas preventivas e em aconselhamento psicológico e médico. Por conta disso, a estimativa do custo total em saúde para que todos os 36 milhões abortos registrados nos países em desenvolvimento sejam efetivamente seguros é, em termos absolutos, de 833 milhões de dólares, ou seja, um investimento de cerca de 23 dólares por aborto! Será que economicamente proveitoso investir nesta política pública? Sem dúvida que sim. Por outro lado, em termos relativos, os números também impressionam. Segundo estudos mais completos e recentes de países em desenvolvimento como Etiópia, Uganda, Ruanda e Colômbia, o custo médio por paciente com

⁹⁰ SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: A decade of uneven progress**. Op. cit.

⁹¹ SINGH, Susheela; DARROCH, Jacqueline; ASHFORD, Lori. **Adding it up: The costs and benefits of investing in sexual and reproductive health 2014**. New York: Guttmacher Institute, 2014, p. 22.

⁹² GRIMES, David *et al.* **Abortion: The preventable pandemic**. Op. cit.

complicações com o aborto girou em cerca de 500 dólares, variando de 345 dólares (Uganda) até 972 dólares (Colômbia)⁹³. Estas diversas estimativas sugerem que os gastos com complicações pós-aborto são um importante ônus financeiro para o Estado, mesmo naqueles países em que o aborto é amplamente proibido ou mesmo criminalizado. No Brasil, considerando que são internadas todo ano no Sistema Único de Saúde (SUS) cerca de 250.000 mulheres com diagnóstico de aborto⁹⁴, pode-se estimar que os gastos com complicações pós-aborto são na monta de 125 milhões de dólares em se considerando o custo médio obtido acima.

Observe-se, assim, que a criminalização irrestrita do aborto voluntário apresenta um elevado custo individual e social para os direitos fundamentais da mulher. Tal fato faz com que haja a exigência de uma justificativa razoável para sua manutenção, com a necessidade da apresentação de evidências da probabilidade de um grande incremento para os fins almejados (razoabilidade probabilística), na mesma proporção ao elevado grau de restrição apresentado. No entanto, conforme já se demonstrou no tópico anterior, a criminalização irrestrita não pode ser considerada como um meio que proporcione uma ampla proteção para o direito à vida. Em última análise, a criminalização do aborto somente terá o benefício de ocultar os dados e impedir um adequado tratamento do problema.

Não se pode negar, todavia, que a afirmação de que o direito à vida do feto deve se sobrepor ao direito de liberdade da mãe é um argumento bastante convincente, afinal o direito à vida aparentemente possui um peso em abstrato mais relevante do que o direito de liberdade. Ou seja, é bastante comum e razoável o argumento de que o valor vida possui uma prevalência *prima facie* em relação ao valor liberdade. Ocorre que, em algumas situações, ainda que excepcionais, muitos de nós não concordaremos com a ideia de que o direito à vida possuirá sempre um peso em concreto maior, ou seja, não concordaremos que o direito à vida irá prevalecer em definitivo em todo e em qualquer caso. Com efeito, ao analisarmos determinadas hipóteses, podemos entender que existirão peculiaridades que poderão afetar o peso em concreto destes interesses ou valores sopesados, de modo que nem sempre o direito à vida irá prevalecer. Imagine a seguinte situação formulada por Judith Jarvis Thomson. Em um determinado dia, você acorda em um hospital e descobre que seu sistema circulatório está

⁹³ VLASSOFF, Michael; SINGH, Susheela; ONDA, Tsuyoshi. *The cost of post-abortion care in developing countries: a comparative analysis of four studies*. **Health Policy and Planning**, vol. 31, n. 8, p. 1020-1030, 2016.

⁹⁴ BURSZTYN, Ivani; TURA, Luiz Fernando Rangel; CORREA, Jéssica da Silva. **Acesso ao aborto seguro: Um fator para a promoção da equidade em saúde**. Op. cit., p. 478; MARTINS, Alaerte Leandro; MENDONÇA, Lígia Cardieri. **Dossiê Aborto: Mortes preveníveis e evitáveis: dossiê**. Op. cit., p. 20.

ligado a um homem inconsciente através de tubos que estão inseridos em seu corpo. O diretor do hospital, então, afirma que o homem inconsciente é um famoso violinista e que possui uma doença renal fatal, sendo você a única pessoa que teria a compatibilidade sanguínea para salvá-lo. Por conta disso, inclusive, a Sociedade de Amantes da Música teria te sequestrado e conectado seu sistema circulatório com o do violinista, no intuito de salvá-lo. No entanto, se o violinista for desconectado de você, morrerá imediatamente, salvo se houver o transcurso de nove meses, período dentro do qual o violinista terá se recuperado plenamente de sua doença⁹⁵. Thomson então indaga se haveria uma obrigação moral de você ficar conectado ao violinista por nove meses (ou nove anos?), já que, afinal, toda pessoa tem direito à vida e os violinistas são pessoas. A resposta para essa indagação dada pela maioria, provavelmente, não será favorável à existência de uma obrigação que vá contra a liberdade individual. Assim, ainda que aceitemos a vida do violinista como relevante, não parece correto dizer que temos o dever de ficar conectados com outras pessoas de forma obrigatória para salvá-las.

Muitos podem dizer que existe uma diferença marcante entre o caso do violinista e o caso do aborto: no caso do violinista, a pessoa foi forçada a se conectar com o violinista contra sua vontade, não havendo qualquer fato que seja de responsabilidade da pessoa que teve sua liberdade tolhida para a colocação naquela situação, ou seja, o indivíduo não concorreu ou deu causa para aquela situação. Enquanto no aborto, a conduta da mulher de realizar sexo sem contraceptivos e de forma irresponsável seria uma causa direta para a gravidez. Seguindo essa lógica de raciocínio, o caso de aborto justificado por uma gravidez decorrente de estupro seria um exemplo mais semelhante ao caso do violinista e, por isso, poderia ser utilizado como uma forma legítima de derrotabilidade do valor vida pelo valor liberdade⁹⁶. Ocorre que parece um pouco estranho afirmar que a vida de um feto gerado por uma relação sexual não desejada e violenta tem um valor diferente daquele feto concebido pela via consensual. Será que a vida do feto gerado pelo estupro seria indigna, enquanto a vida do feto gerado pela relação sexual consensual será digna? Por outro ponto de vista, qual seria a responsabilidade e participação no feto no estupro? Talvez o melhor caminho não seja diminuir o peso do direito de proteção à vida com a consequente desvalorização da dignidade do feto, mas sim a ampliação do peso em concreto do direito de liberdade por conta da dignidade da mulher que seria obrigada a prosseguir com uma gravidez não desejada e ser

⁹⁵ THOMSON, Judith Jarvis. A defense of abortion. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n. 1, p. 47-66, 1971, p. 49-50.

⁹⁶ Lembremos que, daqueles que concordam alguma forma de aborto legítimo, a justificativa mais aceita foi o estupro (91%), vencendo, inclusive, da justificativa do possível risco para a vida da própria mãe (85%), onde, neste último caso, está presente um conflito entre dois valores idênticos, *Vida v. Vida*.

mãe de uma criança fruto de um momento repulsivo que gostaria de esquecer. É possível, assim, que o leitor considere este argumento muito mais apropriado, já que valoriza o direito de liberdade sem que seja diminuído o valor vida do feto, uma vez que não se pode dizer que a vida de um feto terá menor valor ou menor peso que a vida de outro feto simplesmente porque foi concebido de forma não consentida.

Pois bem. Seguindo o mesmo raciocínio do parágrafo anterior, pode-se dizer que, em algumas circunstâncias excepcionais, o peso em concreto do direito de liberdade poderá ser maior que o peso em concreto do direito à vida, apesar de a maioria concordar que este último possui um peso em abstrato maior. Em outras palavras, havendo uma justificativa de excepcionalidade, como no caso da gravidez decorrente de estupro, a maioria provavelmente concordará que o aborto é uma prática legítima, de modo que o direito de liberdade poderá vencer em uma ponderação feita em concreto com o direito à vida do feto. Para sermos coerentes, devemos investigar quais são as circunstâncias excepcionais que tornariam o aborto legítimo para saber se esta excepcionalidade poderia ser aplicada não somente no caso de gravidez decorrente de estupro, mas em outros casos em que a continuidade da gravidez fosse tão onerosa para a mulher a ponto de afetar sua dignidade da mesma forma que no caso do estupro. Refletindo sobre este ponto, a conclusão é de que os casos em que a gravidez pode representar um grande ônus para a vida digna da mulher podem ser variados, sendo certo que somente o próprio indivíduo, a mulher, poderá dizer o quanto que uma gravidez indesejada pode ser algo muito oneroso a ponto de afetar sua dignidade. Em outras palavras, acreditamos que o sopesamento entre a liberdade e a vida, no caso do aborto (pelo menos no aborto no início da gravidez), deve ficar a cargo exclusivamente da mulher grávida, já que é ela quem irá suportar os encargos da gravidez e da maternidade, não sem legítimo que terceiro ou o Estado realize esta ponderação em nome dela⁹⁷.

Contudo, não se pode negar que o apelo emotivo da política antiabortiva é muito grande, principalmente no caso de aborto tardio, o que amplia ainda mais o estigma por detrás do aborto. É extremamente emocionante lembrar a todos que o feto poderá se tornar uma pequena e linda criança, parecida com nossos filhos, netos, sobrinhos ou afilhados. Isso ocorre de forma mais flagrante nas últimas décadas por conta de mudanças tecnológicas que permitiram uma visão mais clara do feto e de sua forma humana. O ultrassom, a fotografia em terceira dimensão, os avanços no cuidado de recém-nascidos prematuros e a cirurgia fetal facilitaram ainda mais a personificação e humanização do feto, desafiando as fronteiras com o

⁹⁷ Lembremos que, segundo pesquisa do IBOPE, para 64% dos brasileiros que a interrupção da gravidez deve ser uma escolha exclusiva da própria mulher e não de outras pessoas ou instituições.

recém-nascido⁹⁸. Mas devemos ter cuidado para que não haja exageros que façam com que o aborto legal seja visto como algo ruim, com a conseqüente ampliação do estigma contra a mulher. Ao construir o feto como uma pessoa já formada, tal como um bebê recém-nascido, muitos grupos contra o aborto apelam para sentimentalismos e emoções ao argumentar que as mulheres ou os fornecedores devem ser vistos como assassinos. Ocorre que essa visão estigmatizadora, como tivemos oportunidade de verificar, deve ser evitada no tratamento do problema, tendo em vista o grande ônus infringido a dignidade e aos direitos fundamentais que o estigma produz. No entanto, não devemos ignorar o fato de que as emoções e os sentimentos são importantes vetores de nossa moralidade, também merecendo ser levados em consideração nas escolhas comunitárias. É por esta e outras razões que eventual mudança legislativa ou judicial sobre o tema deve ocorrer de modo gradual e prudente, sendo aconselhado que a descriminalização e a regulamentação do aborto voluntário ocorram apenas nas etapas iniciais da gestação, momento no qual o feto ainda não possui o desenvolvimento biológico considerável. Qual seria, então, o marco a ser fixado como adequado e necessário para uma política de aborto? Em qualquer caso, não é possível o estabelecimento de um marco absoluto e imutável, mas sim um marco provisório que poderá ser submetido a debates e a alterações futuras. Mais do que isso, a prudência recomenda que, caso a opção a favor do aborto venha através de uma decisão da Corte Constitucional como defendemos neste trabalho, a melhor escolha será pela fixação de um marco temporal o mais próximo possível do início da gravidez e do início do desenvolvimento físico e mental do feto. Entretanto, ainda que o marco seja no limiar da gravidez, acreditamos que ele não poderá ser fixado antes da 8ª semana da gravidez, sob pena de se inviabilizar por via transversa o aborto voluntário, já que a grande maioria das mulheres descobre a gravidez entre a 4 e a 8 semana do período gestacional, impedindo, assim, qualquer tipo de reflexão e de escolha.

Utilizando experiências bem-sucedidas de outras legislações, o marco a ser fixado pode ser, então, aquele utilizado pela grande maioria dos países com leis permissivas, principalmente por conta do conhecimento já demonstrado e consolidado sobre a eficácia e a efetividade da política pública sobre o aborto. Nesse contexto, o que se observa mais corriqueiramente é que o aborto voluntário seja permitido até as primeiras 12 semanas de gestação, como pode ser observado no gráfico abaixo. Dessa forma, acreditamos correto uma certa dose de experimentalismo judicial que tenta buscar novas soluções com base em experiências bem-sucedidas de outros ordenamentos. Por esta razão, a postura da Corte

⁹⁸ KIRKLIN, Deborah. *The role of medical imaging in the abortion debate*. **Journal of Medical Ethics**, vol. 30, n. 5, p. 426, 2004.

Constitucional na utilização de uma “reengenharia constitucional” ou em um “transconstitucionalismo”, que se pautam em uma aplicação de ideias de outros sistemas constitucionais com a adequação à realidade de nossa sociedade, pode ser bastante produtiva para alcançar melhores soluções ao mesmo tempo em que pode ser fomentadora de um diálogo com a sociedade e com as instituições políticas.

Limite de semanas para a realização do aborto voluntário	Países e Regiões
24 semanas	EUA ⁱ , Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Escócia) ⁱⁱⁱ , Singapura, Victoria (Austrália).
22 semanas	Noruega
18 semanas	Suécia ^{iv}
16 semanas	Tasmânia (Austrália)
14 semanas	Espanha, Luxemburgo, Mongólia. Romênia
13 semanas	Holanda ^v
12 semanas	África do Sul, Albânia, Alemanha, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bielorrússia, Bulgária, Cabo Verde, Camboja, Cazaquistão, Cidade do México, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Estônia, França, Grécia, Hungria, Itália ^{vi} , Letônia, Lituânia, Moçambique, Moldávia, Quirquistão, República Checa, Rússia, São Tomé e Príncipe, Tunísia, Turcomenistão, Ucrânia, Uruguai, Uzbequistão
10 semanas	Angola, Croácia, Eslovênia, Macedônia, Montenegro, Portugal, Sérvia, Turquia
8 semanas	Guiana

ⁱ Dados coletados do *The Global Abortion Policies Database*, repositório interativo de acesso aberto das leis, políticas e padrões nacionais sobre o aborto disponibilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Disponível em: <https://srhr.org/abortion-policies/>. Acesso em 04 nov. 2017.

ⁱⁱ Após o precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), em que a Suprema Corte norte-americana afastou o critério trimestral, cada Estado passou a regular a matéria, apesar de haver certa homogeneidade. Segundo o Instituto Guttmacher, 43 Estados norte-americanos proíbem abortos após um ponto específico na gravidez, exceto quando necessário para proteger a vida ou a saúde da mulher. Na grande maioria dos casos, o limite varia da 20 semana até a 28 semana. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws>. Acesso em 05 nov. 2017.

ⁱⁱⁱ O aborto é permitido na Inglaterra, no País de Gales e na Escócia para salvar a vida de uma mulher, por razões de saúde física e mental, econômicas ou sociais e por conta de graves anormalidades físicas ou mentais do feto.

^{iv} Entre 12 e 18 semanas de gestação, as mulheres devem discutir o procedimento com um assistente social. Após 18 semanas, a autorização deve ser obtida junto do Conselho Nacional de Saúde e Bem-Estar.

^v O aborto é permitido após 13 semanas (até 24 semanas) se a mulher alega estar em estado de aflição (*distress*).

^{vi} A legislação utiliza o limite temporal em dias, 90 dias, o que equivale ao período de 12-13 semanas. Após 90 dias, o aborto só é permitido se o feto tiver uma deficiência genética ou se for realizado para preservar a saúde física e mental da mãe.

5.6. Conclusão

Toda e qualquer política a respeito do aborto deve sempre ser pautada pela proporcionalidade e, nesse contexto, ganha destaque a busca por uma política pública humanizada que seja capaz de promover uma assistência integral às mulheres gestantes, o que necessariamente “pressupõe a substituição da ideia da mulher como sujeito reprodutivo pela ideia de mulher como titular de direitos reprodutivos”⁹⁹. É evidente que, para haver a diminuição do número de abortos e do número de mortes decorrentes, mostra-se importantíssimo que haja alguma forma de expansão na informação e no acesso a métodos modernos de contracepção. Contudo, para que realmente o aborto deixe de ser inseguro e continue a provocar diversos danos sociais, econômicos e morais, é fundamental que haja a substituição da política de criminalização para uma política de permissão da realização do aborto voluntário nas primeiras semanas da gravidez. Assim, a passagem da criminalização plena para a liberalização limitada é apenas o primeiro e necessário passo para se transformar os abortos inseguros em abortos seguros. Somente com esse primeiro passo é que os serviços de saúde seguros podem ser acessíveis a todas as mulheres, sejam elas pobres ou ricas, brancas ou negras, mais jovens ou mais velhas.

Como vimos, o aborto inseguro prejudica a saúde de milhões de mulheres, principalmente aquelas mais pobres e carentes, trazendo consequências dispendiosas para os sistemas de saúde pública que já tem que lidar com um baixo orçamento e necessitam de recursos para diversas outras questões médicas relevantes. Assim, do ponto de vista da proporcionalidade, vista através de seu controle intermediário da razoabilidade probabilística, há a conclusão de que uma política pública de aborto jamais poderá ter no Direito Penal a sua principal ou única fórmula de enfrentamento. Em uma comunidade que está preocupada com o respeito aos direitos fundamentais, sobretudo à dignidade humana, autonomia privada, igualdade de gênero e de classe, e saúde física e mental de todo e qualquer indivíduo, jamais será aceita, por conta de simples observação de evidências perfeitamente demonstradas, uma política considerada como inadequada, desnecessária e desproporcional. Assim sendo, o Judiciário, como órgão protetor dos direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo, possui necessariamente o dever de reconhecer e declarar a incompatibilidade de uma política de aborto focada unicamente na criminalização em relação às normas constitucionais e aos direitos fundamentais da mulher, ainda que esta declaração de incompatibilidade não possua

⁹⁹ PINTO, Thiago Ferrare. **Aborto no Brasil atual**. Op. cit., p. 23.

efeitos vinculantes e caráter obrigatório por conta de uma opção pelo modelo fraco de controle judicial.

CONCLUSÕES FINAIS

1. Analisando o panorama global das últimas décadas a respeito do aborto, em primeiro lugar (i), pode-se dizer que, desde a década de 60, existe uma tendência mundial a ser dada uma proteção mais destacada para os direitos individuais da mulher sem, contudo, ignorar a necessidade de se estabelecer proteção razoável para à vida do nascituro. Em segundo lugar (ii), também há uma tendência mundial em retirada da questão do aborto da seara penal para a seara da saúde pública, o que representa um incremento à dignidade e ao direito de liberdade da mulher ao mesmo tempo em que assegura uma proteção mais adequada para o direito à vida digna tanto da mãe quanto do nascituro. Por fim, em terceiro lugar (iii), na grande maioria dos países mencionados, as Cortes Constitucionais foram instadas a se manifestar a respeito da constitucionalidade da medida adotada pelo legislador, o que demonstra que houve também sobre a questão do aborto um *processo global de judicialização* tal como vem ocorrendo com outras matérias.

2. Por outro lado, ao se analisar como a questão é tratada pela legislação e pela jurisdição brasileira, podemos dizer que, primeiro (i), a legislação brasileira, não obstante uma tendência mundial liberalizante, se manteve altamente restritiva, com pequenas mudanças perceptíveis da primeira tipificação em 1830 até o momento. Segundo, (ii) com o aumento de pressões de grupos internacionais e internos, cresce a necessidade de revisão da legislação brasileira, sendo que, não havendo qualquer perspectiva de mudança legislativa, a intervenção judicial surge como meio possível de enfrentamento da questão, tal como já ocorreu em países como Canadá, Colômbia e Estados Unidos.

3. Em um contexto de pluralismo político de ampla divergência em questões relacionadas à moralidade política, existirá uma forma especial de desacordos morais que serão mais (i) *profundos*, já que afetarão a essência da concepção de justiça que a comunidade possui, e serão mais (ii) *persistentes*, já que não serão resolvidos sequer através de um debate mais duradouro e engajado. A esse tipo de desacordo profundo e persistente denominamos de *desacordo moral razoável* ou de *desacordo deliberativo*.

4. Em um contexto de democracia deliberativa, este desacordo moral razoável se desprende de um construtivismo moral contrafático e passa a ser desenvolvido em termos mais modestos, combinando elementos mais concretos e de possível implementação prática, como diálogo, respeito mútuo e razão pública. Tais elementos são, assim, considerados *condições deliberativas* e serão eles, ainda que indiretamente, determinantes para a delimitação do desacordo moral razoável.

5. O contexto de pluralismo político e de democracia deliberativa, os juízes não devem adotar uma postura de único “guardião da Constituição”, mas respeitar alguns *deveres deliberativos* em sua função institucional. Primeiro, partindo-se do pressuposto de que deliberação é um importante elemento da democracia e de que o desacordo moral razoável somente estará caracterizado após um amplo debate com o uso de razões públicas, os juízes não só devem utilizar a razão pública em seus argumentos judiciais, como também devem agir a favor da democracia, intervindo de modo mais flagrante nos desacordos quando houver algum *vício na deliberação*, seja porque o procedimento democrático não foi observado, seja porque os interlocutores não observaram a reciprocidade ou o respeito mútuo do debate público. Segundo, em havendo um real desacordo moral razoável por detrás da escolha da maioria, a posição da Corte Constitucional não deve ser pela elaboração de uma decisão vinculante e obrigatória, ainda que sua opinião seja pela incompatibilidade do ato da maioria com a Constituição, devendo, assim, ser preferida uma *postura econômica* que promova a harmonia social e respeite o pluralismo natural da sociedade política. Seja do ponto de vista descritivo ou prescritivo, uma postura de predomínio do diálogo e da deferência, ao mesmo tempo que não institui os juízes como defensores platônicos infalíveis, (i) assegura o equilíbrio entre os poderes estatais, (ii) possibilita que haja um incremento para o discurso pautado em direitos e (iii) que haja o fortalecimento da democrática com o fomento das *condições de deliberação*.

6. A dificuldade contramajoritária inegavelmente pode apresentar ao Judiciário diversos percalços de legitimidade no controle judicial de constitucionalidade. Assim, considerando as propostas das mais diversas teorias dialógicas, a conclusão é de que a melhor postura do Judiciário será deliberativa, principalmente naqueles casos em que a interpretação constitucional envolver alguma forma de desacordo moral razoável. Correta a afirmação de que a interação e o diálogo entre as instituições políticas estabelecem um equilíbrio constitucional adequado para o contexto político vivenciado. Como consequência, uma nova abordagem do controle judicial além da *supremacia judicial* deve ser apresentada, mas sem a retirada por completo da possibilidade de elaboração de um controle judicial mais forte na proteção de direitos fundamentais em algumas hipóteses mais sensíveis. O caminho dialógico, ao invés de desproteger direitos fundamentais como muitos podem entender, incrementa a conscientização por esses direitos não só entre advogados, promotores e juízes, mas também entre todos os cidadãos, fortalecendo, ainda, a deliberação democrática e a democracia de direitos.

7. Nesse contexto deliberativo e dialógico, devem os juízes e os tribunais realizar, em

todos os casos, mas principalmente naqueles em que houver um desacordo moral razoável, uma *metadecisão ou decisão de segunda ordem* a respeito de questões institucionais para a construção de uma *decisão final ou decisão de primeira ordem* que seja adequada ao contexto político e social. Nessa metadecisão, seriam analisados (i) o grau de profundidade da fundamentação que será efetuada na decisão de primeira ordem; (ii) o grau de cognição e avaliação das premissas e evidências apresentadas; e (iii) o grau de eficácia da decisão final.

8. Quanto ao grau de profundidade da fundamentação, a decisão de segunda ordem poderá ser utilizada para diminuir os riscos de uma decisão ampla e profunda, com a possibilidade de os juízes adotarem uma postura mais respeitosa para com a divergência ao assumirem um *minimalismo judicial* com a adoção de uma *argumentação teoricamente incompleta* e pautada no *uso de razões públicas*, diminuindo, assim, as divergências em questões que de alta complexidade moral ou cultural.

9. Quanto ao grau de cognição e avaliação das premissas e evidências apresentadas, a decisão de segunda ordem poderá ser utilizada para fixar um procedimento de interpretação das normas constitucionais e para graduar a cognição das justificativas do ato supostamente inconstitucional, possibilitando, conseqüentemente, uma menor ou maior deferência aos atos dos outros poderes, principalmente em questões de alta complexidade institucional ou moral. Nesse contexto, primeiro, o uso da proporcionalidade, ainda que existam divergências na doutrina, pode contribuir não só para ampliar a margem de consensos, já que permite o uso mais flagrante de razões públicas em um terreno mais tolerante e de baixa divergência moral, mas também servirá de instrumento de legitimidade, uma vez possui uma ampla aceitação jurisprudencial, visto pela maioria como instrumento adequado de interpretação e de resolução de conflitos de normas constitucionais. Segundo, além de fixar um procedimento de interpretação das normas constitucionais mais ou menos deferente, a decisão de segunda ordem pode ser utilizada também para determinar a escolha da graduação da cognição das evidências e das premissas apresentadas naquele procedimento. Assim, o controle de proporcionalidade poderá ser dividido em três tipos com base na cognição que será feita sobre a razoabilidade ou credibilidade das premissas e das evidências apresentadas, devendo o juiz optar por uma delas antes de aferir se a legislação é considerada arbitrária ou abusiva. Dentro da proporcionalidade como método interpretativo dos direitos fundamentais, pode ser acrescida, então, a análise da razoabilidade, vista como aferição da credibilidade da justificação de forma gradiente, ou seja, com base em uma cognição e avaliação mais ou menos rigorosa das evidências e das premissas apresentadas. Os graus de controle de proporcionalidade com base na razoabilidade serão então: o controle severo, o controle

probabilístico e o controle satisfatório.

10. Quanto ao grau de eficácia da decisão final, a decisão de segunda ordem também poderá ser utilizada para recomendar que os juízes e, sobretudo, a Corte Constitucional estabeleçam uma forma de implementação dos efeitos de sua decisão no controle de constitucionalidade que não seja impositiva ou mandatória, mas que seja apenas indicativa e não vinculante. Poderá, assim, a Corte Constitucional entender por bem não reconhecer a invalidade automática da norma (*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia ou decretação de nulidade*) ou deixar que os efeitos da decretação da nulidade surjam apenas em um momento futuro (*declaração de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro ou prospectivos*), após o exaurimento de determinado prazo ou após uma reanálise da questão pela Corte. Através dessa postura, as cortes possibilitam que haja uma apreciação prévia da matéria pelo Legislativo e que haja um aprofundamento do debate público sobre a questão.

11. Os direitos fundamentais podem vir através de regras jurídicas ou princípios jurídicos. Apesar disso, na maioria dos casos, os direitos fundamentais apresentam-se formulados através de princípios jurídicos, possuindo, conseqüentemente, um maior grau de abstração e um âmbito normativo dúctil e indeterminado. Assim sendo, ocorrerá necessariamente de os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais entrarem em atrito uns com os outros, necessitando, eventualmente, que seja formulada uma delimitação de conteúdo recíproca no plano legislativo (através da edição de atos normativos genéricos ou específicos) ou no plano jurisdicional (através da solução de casos concretos).

12. Na empreitada de construção do conteúdo dos direitos fundamentais, ganha destaque o *princípio* ou *postulado da proporcionalidade*, usado de forma predominante na doutrina e na jurisprudência para resolver disputas entre (i) dois direitos fundamentais ou (ii) um direito fundamental e um interesse legítimo da coletividade. Pode-se dizer que o método ou princípio da proporcionalidade é um procedimento analítico e estrutural que permite o intérprete a expor suas razões e confrontar interesses e valores em jogo, dando maior transparência à interpretação constitucional sobre direitos fundamentais, sem, todavia, ter a pretensão de estabelecer respostas corretas do ponto de vista da justiça substantiva. A ideia de proporcionalidade é apenas tentar *racionalizar o procedimento* interpretativo dos direitos fundamentais não só com juízos morais abstratos e divergentes, mas também com *critérios comuns* e de percepção mais simples, tais como “graus”, “pesos” e “meio/fim”, com o nítido propósito de haver alguma forma de comparação e sopesamento entre os interesses e valores ao fixar uma *linguagem comum* de extração de conteúdo de normas sobre direitos fundamentais.

13. Por outro lado, ao estabelecer a necessidade de uma ampla justificação para a conformação ou restrição dos direitos fundamentais com critérios dos mais diversos tipos, a proporcionalidade consolida alguns *deveres de justificação* (demonstração dos fins e de sua legitimidade e relevância, bem como a demonstração da adequação, necessidade e proporcional intervenção dos meios) que se mostram essenciais para o debate público a respeito das intervenções e restrições nos direitos fundamentais. Assim sendo, ao contrário do que possa parecer, a proporcionalidade, ao invés de impedir a utilização da moral e da política no debate, provoca de forma mais contundente a sua presença nos atos dos órgãos estatais ao exigir uma justificação mais elaborada e analítica, permitindo que argumentos substantivos que antes estavam nas sombras sejam revelados e rebatidos.

14. Por conta do respeito a valores políticos importantes, como a contenção do poder político instrumentalizado pela separação dos poderes e o autogoverno instrumentalizado pela deliberação, o controle de proporcionalidade pode ser mais forte ou mais fraco, a depender (i) da *especificidade da matéria* tratada pelo legislador (em algumas matérias o legislador teria maior ou menor capacidade para dar a decisão adequada); (ii) da *relevância dos direitos* ou interesses envolvidos na contenda (determinados direitos devem ter um controle maior por conta de sua jusfundamentalidade e seu peso axiológico maior); e (iii) do *grau de intervenção* que se propõe a incidir sobre esses direitos e interesses (a preservação e a harmonização dos interesses envolvidos deve ser sempre o caminho a ser buscado, sendo que o controle mais rigoroso servirá para se evitar exageros).

15. Essa graduação do controle da proporcionalidade irá incidir sobre a razoabilidade, vista como a credibilidade das premissas e dos argumentos utilizados na justificação do ato interventivo, tendo como base uma maior ou menor cognição das evidências e das premissas apresentadas. Dessa forma, considerando três formas de cognição e avaliação das evidências (juízo de certeza, juízo de probabilidade e juízo de possibilidade), foram estabelecidas três formas de controle de proporcionalidade pelo uso da razoabilidade da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito: controle severo, controle probabilístico e controle satisfatório.

16. Em relação à legislação interventiva que proíbe e/ou criminaliza a prática do aborto, sempre haverá a necessidade de que a política adotada seja pautada pela proporcionalidade por conta dos direitos fundamentais envolvidos. De qualquer forma, a análise da proporcionalidade da lei interventiva deve ser inserida em um contexto de grandes reivindicações de órgãos internacionais pela substituição de uma política pautada na criminalização por uma política humanizada, que seja capaz de promover uma assistência

integral às mulheres gestantes, o que necessariamente “pressupõe a substituição da ideia da mulher como sujeito reprodutivo pela ideia de mulher como titular de direitos reprodutivos”. Assim sendo, a passagem da criminalização plena para a liberalização limitada seria apenas o primeiro e necessário passo para se transformar os abortos inseguros em abortos seguros. Somente com esse primeiro passo é que os serviços de saúde seguros poderiam ser acessíveis a todas as mulheres, sejam elas pobres ou ricas, brancas ou negras, mais jovens ou mais velhas.

17. Adotando-se o controle de proporcionalidade pautado por uma *razoabilidade intermediária ou probabilística*, fundada em uma cognição não muito profunda e também não muito rarefeita, mas sim através de uma cognição pautada em um *juízo de probabilidade* da correção das premissas e das evidências apresentadas na justificação do ato interventivo, verifica-se que a ampla criminalização do aborto, tal como prevista no Código Penal brasileiro, não possui qualquer probabilidade de ser considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Assim sendo, do ponto de vista da proporcionalidade, há a conclusão de que uma política pública de aborto jamais poderá ter no Direito Penal a sua principal ou única fórmula de enfrentamento. Em uma comunidade que está preocupada com o respeito aos direitos fundamentais, sobretudo com a dignidade humana, autonomia privada, igualdade de gênero e de classe, e saúde física e mental de todo e qualquer indivíduo, jamais deve ser aceita uma política considerada como inadequada, desnecessária e desproporcional.

18. Como conclusão, a *decisão de primeira ordem* a ser feita sobre a legislação do aborto deve indicar a inconstitucionalidade parcial do Código Penal brasileiro, ainda que essa decisão, conforme uma escolha adequada de segunda ordem, não goze de efeitos vinculantes ou obrigatórios, por conta tentativa deliberativa de amplificar o diálogo constitucional, sem prejuízo de a Corte reanalisar a questão no futuro e, dessa vez, através de uma decisão vinculante. O Judiciário, como órgão protetor dos direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo, possui necessariamente a função de reconhecer e declarar a incompatibilidade de uma política de aborto focada unicamente na criminalização para com os direitos fundamentais da mulher, ainda que esta declaração de incompatibilidade venha acompanhada da opção por um modelo fraco de controle judicial.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Constitutional Politics/Constitutional Law*. **Yale Law Journal**, vol. 99, n. 3, p. 453-547, 1989.

_____. *The Holmes lectures: The Living Constitution*. **Harvard Law Review**, vol. 120, n. 7, 2007.

_____. *The rise of world constitutionalism*. **Virginia Law Review**, vol. 83, p. 771-797, 1997.

_____. *The Storrs lectures: Discovering the Constitution*. **Yale Law Journal**, vol. 93, p. 1013-1072, 1984.

_____. **We the people: Foundations**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1991.

ADESSE, Leila et al. *Aborto e estigma: Uma análise da produção científica sobre a temática*. **Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 21, n. 12, p. 3819-3822, 2016.

ADESSE, Leila. *Assistência à mulher em abortamento: a necessária revisão de práticas de má conduta, preconceito e abuso*. In: DESLANDES, Suely Ferreira (org.). **Humanização dos cuidados em saúde: Conceitos, dilemas e práticas**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

ALEINIKOFF, Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. **Yale Law Journal**, vol. 96, n. 5, p. 943-1005, 1987.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: A reply*. **Constitutional Commentary**, vol. 17, p. 455-482, 2000.

_____. *On extrajudicial constitutional interpretation*. **Harvard Law Review**, vol. 110, p. 1359-1387, 1997.

ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence. *Popular? Constitutionalism?* **Harvard Law Review**, vol. 118, p. 1594-1640, 2005.

ALEXANDER, Larry. *Judicial review and moral rights*. **Queen's Law Journal**, vol. 33, p. 1-19, 2007.

ALEXY, Robert. *Constitutional rights and proportionality*. **Revus**, vol. 22, p. 51-65, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (org.). **Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland: Hart Pub, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **The human condition**. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição ao caso brasileiro*. **Direito e Praxis**, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: Preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. **Universitas JUS**, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014

ARROW, Kenneth. **Social choice and individual values**. New Haven: Yale University Press, 1951.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 215, p. 151-179, p. 1999.

_____. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BALKIN, Jack. *How social movements change (or fail to change) the Constitution: The case of the new departure*. **Suffolk University Law Review**, vol. 39, p. 27-65, 2005.

_____. *Original meaning and constitutional redemption*. **Constitutional Commentary**, vol. 24, p. 427-532, 2007.

_____. *Respect worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution*. **Tulsa Law Review**, vol. 39, p. 485-509, 2004.

BARAK, Aharon. **Human dignity: The constitutional value and the constitutional right**. Trans. Daniel Kyro. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

_____. **Proportionality: Constitutional rights and their limitations**. Trans. Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARATTA, Alessandro. *O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

_____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNES, Jeb. *Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine*. In: MILLER, Mark; BARNES, Jeb (eds.). **Making policy, making law: An interbranch perspective**. Washington: Georgetown University Press, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial – Direito e política no Brasil contemporâneo*. In: **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

_____. *O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios*. In: **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARTLETT, Linda *et al.* *Risk factors for legal induced abortion-related mortality in the United States*. **Obstetrics and Gynecology**, vol. 103, n. 4, p. 729-737, 2004.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, vol. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BEATTY, David. **The ultimate rule of law**. New York: Oxford University Press, 2004.

BECK, Randy. *Gonzales, Casey and the viability rule*. **Northwestern University Law Review**, vol. 103, p. 249-280, 2009.

BECKER, Howard. **Outsiders: Studies in the sociology of deviance**. New York and London: The Free Press of Glencoe, 1963.

BEEBE, Barton. *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*. **California Law Review**, vol. 94, n. 6, p. 1581-1654, 2006.

BENHABIB, Seyla. **The claims of culture: Equality and diversity in the global era**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BERNSTEIN, Anya. *Differentiating deference*. **Yale Journal on Regulation**, vol. 33, n. 1, 2016.

BERNSTORFF, Jochen Von. *Proportionality without balancing: why judicial ad hoc balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination?* In: LAZARUS, Liora; MCCRUDDEN, Christopher; BOWLES, Nigel (eds.). **Reasoning rights: comparative judicial engagement**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

BESSON, Samantha. **The morality of conflict: Reasonable disagreement and the law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1962.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. *Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIX, Brian. **Jurisprudence: Theory and context**. 4ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **El problema del positivismo jurídico**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 1991.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995.

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BOHMAN, James; REHG, William (eds.). **Deliberative democracy: Essays on reason and politics**. Cambridge and London: The MIT Press, 1997.

- BOHMAN, James. *Deliberative toleration*. **Political theory**, vol. 31, n. 6, p. 757-779, 2003.
- BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: The origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGMANN, Caitlin. *Winter count: Taking stock of abortion rights after Casey and Carhart*. **Fordham Urban Law Journal**, vol. 31, p. 675-716, 2004.
- BORK, Robert. **The tempting of America: The political seduction of the law**. New York: Free Press, 1990.
- BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*. Trad. R. Arango. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 59, p. 29-56, 2000.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-10-ABRIL-2007-RODRIGO%20BRANDAO.pdf>. Acesso em 20 jun. 2017.
- _____. *Emendas Constitucionais e restrições aos direitos fundamentais*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 246, p. 288-317, 2007.
- _____. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Renovar, 2011
- BRENNAN, Thomas; EPSTEIN, Lee; STAUDT, Nancy. *The political economy of judging*. **Minnesota Law Review**, vol. 93, p. 1503-1534, 2009.
- BRUGGER, Winfried. *May government ever use torture? Two responses from German law*. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 48, n. 4, p. 661-678, 2000.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BURSZTYN, Ivani; TURA, Luiz Fernando Rangel; CORREA, Jéssica da Silva. *Acesso ao aborto seguro, um fator para a promoção da equidade em saúde*. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, vol. 19, n. 2, p. 475-487, 2009.
- CALDEIRA, Gregory; GIBSON, James; BAIRD, Vanessa. *On the legitimacy of National High Courts*. **American Journal of Political Science**, vol. 92, n. 2, p. 343-358, 1998.
- CALT, Shannon. *A, B & C v. Ireland: 'Europe's Roe v. Wade'?* **Lewis and Clark Law Review**, vol. 14, n. 3, p. 1189-1232, 2010.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodvim, 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

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**, vol. 51, n. 202, p. 159-179, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil: Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões**. Niterói: Impetus, 2010.

CASTRO, Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. *Abortion: a woman's private choice*. **Texas Law Review**, vol. 95, p. 1189-1247, 2017.

CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review, the perils of popular constitutionalism*. **University of Illinois Law Review**, vol. n. 3, p. 673-690, 2004.

_____. *The Vanishing Constitution*. **Harvard Law Review**, vol. 103, p. 43-104, 1989.

CHOPER, Jesse. *The Supreme Court and the political branches: Democratic theory and practice*. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 122, p. 810-858, 1973.

CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (orgs.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COCKRILL, Kate; NACK, Adina. *I'm not that type of person: Managing the stigma of having an abortion*. **Deviant Behaviour**, vol. 34, n. 12, p. 973-990, 2013.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *American balancing and German proportionality: The historical origins*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 8, n. 2, p. 263-286, 2010.

_____. *Proportionality and the culture of justification*. **American Journal of Comparative Law**, vol. 59, n. 2, p. 463-490, 2011.

_____. *The hidden foreign law debate in Heller: The proportionality approach in American constitutional law*. **San Diego Law Review**, vol. 46, p. 367, 2009.

COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip (eds.). **The good polity: normative analysis of the state**. Oxford: Blackwell, p. 17-34, 1989.

COHEN, Susan. *New data on abortion incidence, safety illuminate key aspects of worldwide abortion debate*. **Guttmacher Policy Review**, vol. 10, n. 4, 2007. Disponível em: < <https://www.guttmacher.org>. Acesso em 12 out. 2017.

COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; BLISS, Laura. *International developments in abortion law from 1988 to 1998*. **American Journal of Public Health**, vol. 89, n. 4, p. 579-589, 1999.

COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *A decade of international change in abortion law: 1967-1977*. **American Journal of Public Health**, vol. 68, n. 7, p. 637-644, 1978.

_____. *Human rights and abortion laws*. **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, vol. 65, p. 81-87, 1999.

_____. *Human rights dynamics of abortion law reform*. **Human Rights Quarterly**, vol. 25, p. 01-59, 2003.

COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (eds.). **Abortion law in transnational perspective: Cases and controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

CORWIN, Edward. **Court over constitution**. Princeton: Princeton University Press, 1938.

COSTA-NETO, João. *Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable?* **Revista de Direito GV**, v. 11, n. 1, p. 159-187, 2015.

COVER, Robert. **Justice accused: Antislavery and the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1975.

_____. *The Supreme Court 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. **Harvard Law Review**, vol. 97, n. 4, p. 04-68, 1983.

CROSS, Frank. *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*. **Cornell Law Review**, vol. 85, p. 1529-1607, 2000.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; GREENE, Joshua. *Multi-system moral psychology*. In: DOROIS, John e Moral Psychology Research Group (eds.). **The moral psychology handbook**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DAHL, Robert. **A preface to democratic theory: expanded edition**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

DESLANDES, Suely Ferreira (org.). **Humanização dos cuidados em saúde: conceitos, dilemas e práticas**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *Judicial exclusivity and political instability*. **Virginia Law Review**, vol. 84, p. 83-106, 1998.

DEVINS, Neal. **Shaping constitutional values: Elected government, the Supreme Court, and the abortion debate.** Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade.* In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016.* **Ciência Saúde Coletiva**, vol. 22, n. 2, p. 653-660, 2017.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna.* **Ciência Saúde Coletiva**, vol. 15, n. 1, p. 959-966, 2010.

DINIZ, Débora. *Aborto e inviabilidade fetal: el debate brasileño.* **Cadernos de Saúde Pública**, vol. 21, n. 2, p. 634-639, 2005.

DOROIS, John e MORAL PSYCHOLOGY RESEARCH GROUP (eds.). **The moral psychology handbook.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy.** New Haven: Yale University Press, 1963.

DRYZEK, John; LIST, Christian. *Social choice theory and deliberative democracy.* **British Journal of Political Science**, vol. 33, n. 1, p. 1-28, 2003.

DRYZEK, John. **Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Darwin's new bulldog.* **Harvard Law Review**, vol. 111, n. 7, p. 1718-1738, 1998.

_____. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Life's Dominion: An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom.** New York: Alfred A. Knopf, 1993.

_____. *Rights as trumps.* In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights.** Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DYZENHAUS, David. *Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts?* **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 1, p. 46-52, 2009.

EASTON, David. *A re-assessment of the concept of political support.* **British Journal of Political Science**, vol. 5, p. 435-457, 1975.

_____. **A systems analysis of political life.** New York: Wiley, 1965.

ELLIOTT, Mark. *Proportionality and deference: the importance of a structured approach*. **University of Cambridge Faculty of Law Research Paper**, n. 32/2013, 2013, p. 12. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2326987>. Acesso em 25 jul. 2017.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *The wages of the crying wolf: a coment on Roe v. Wade*. **Yale Law Journal**, vol. 82, p. 920-939, 1973.

EPSTEIN, Richard. *Animals as objects or subjects of rights*. **University Chicago Law and Economics, Olin Working Paper** n. 171, 2002.

EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the perspective of cognitive-experiential self-theory*. In: PLESSNER, Henning; BETSCH, Cornelia; BETSCH, Tilmann (ed.). **Intuition in judgment and decision making**. New York and London: Lawrence Erlbaum Associates, 2008.

ERDMAN, Joanna. *In the back alleys of health care: abortion, equality and community in Canada*. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 1093-1155, 2007.

ESKRIDGE Jr, William; FRICKEY, Philip. *The Supreme Court 1993 Term – Foreword: Law as equilibrium*. **Harvard Law Review**, vol. 108, p. 26-108, 1994.

ESKRIDGE JR, William. *Pluralism and distrust. how courts can support democracy by lowering the stakes of politics*. **Yale Law Journal**, vol. 114, p. 1279-1328, 2005.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1961.

FALLON JR., Richard. *The core of an uneasy case for judicial review*. **Harvard Law Review**, vol. 121, n. 7, p. 1693-1736, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

FEREJOHN, John. *Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence*. **Southern California Law Review**, vol. 72, p. 353-384, 1999.

_____. *Judicializing politics, politicizing law*. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

FORRESTER, Ray. *The new constitutional right to buy elections*. **American Bar Association Journal**, vol. 69, p. 1078-1082, 1983.

FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial**. Trad. Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: Parte especial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRASER, Nancy. *Igualdade, identidades e justiça social*. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 59, p. 34-35, 2012.

FREDERICK, Danny. *Pro-tanto versus absolute rights*. **Philosophical Forum**, vol. 45, n. 4, p. 375-394, 2014.

FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and judicial review*. **Michigan Law Review**, vol. 91, n. 4, p. 577-562, 1993.

_____. *Mediated popular constitutionalism*. **Michigan Law Review**, vol. 101, p. 2595-2632, 2003.

_____. *The birth of an academic obsession: the history of countermajoritarian difficulty, Part Five*. **Yale Law Journal**, vol. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.

_____. *The politics of judicial review*. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

_____. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARDBAUM, Stephen. *A comparative perspective on reforming the New Zealand Bill of Rights Act*. **Policy Quarterly**, vol. 10, n. 4, p. 33-38, 2014.

_____. *Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies?* **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 53, p. 285-320, 2015.

_____. *en. Positive and horizontal rights: Proportionality's next frontier or a bridge too far?* In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark (eds.). **Proportionality: new frontiers, new challenges**. Cambridge University Press, 2017 (*Forthcoming*). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2726794>. Acesso em 20 jun. 2017.

_____. *Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale?)*. **American Journal of Comparative Law**, vol. 62, p. 613-639, 2014.

_____. *The case for the new commonwealth model of constitutionalism*. **German Law Journal**, vol. 14, n. 12, p. 2229-2248, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de la justicia después de Rawls: um breve manual de filosofía política**. Barcelona: Paídos, 1999.

GAUS, Gerald. **The order of public reason: A theory of freedom and morality in a diverse and bounded world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

GAUTHIER, David. **Morals by agreement**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

GENCOGLU-ONBASI, Funda. *Democracy, pluralism and the idea of public reason: Rawls and Habermas in comparative perspective*. **CEU Political Science Journal**, vol. 6, n. 3, p. 433-457, 2011.

GERARDS, Janneke. *How to improve the necessity test of the European court of human rights*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 2, p. 466-490, 2013.

GEWIRTH, Alan. *Are there any absolute rights?* In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, p. 91-109, 1990.

GEWIRTZMAN, Doni. *Glory Days: Popular constitutionalism, nostalgia, and the true nature of constitutional culture*. **Georgetown Law Journal**, vol. 93, p. 897-938, 2005.

GINSBURG, Ruth Bader. *Some oughts on autonomy and equality in relation to Roe v. Wade*. **North Carolina Law Review**, vol. 63, p. 375-386, 1985.

_____. *Speaking in a judicial voice*. **New York University Law Review**, vol. 67, n. 6, p. 1185-1209, 1992.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why Do Countries Adopt Judicial Review?* **Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 30, n. 3, p. 587-622, 2014.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. *The global spread of constitutional review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (eds.). **The Oxford handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008.

GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: The impoverishment of political discourse**. New York: Free Press, 1991.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Homogenizing Constitutions*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 23, n. 3, p. 483-505, 2003.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodvim, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito penal**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRABER, Mark. *Constructing Judicial Review*. **Annual Review of Political Science**, vol. 8, p. 425-451, 2005.

_____. *The nonmajoritarian difficulty: Legislative deference to the judiciary*. **Studies in American Political Development**, vol. 7, p. 35-73, 1993.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (orgs.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Vol. 2. Niterói: Impetus, 2009.

GREENAWALT, Kent. *On public reason*. **Chicago-Kent Law Review, Symposium on John Rawl's Political Liberalism**, vol. 69, p. 669-689, 1995.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. *The difference a whole woman makes: protection for the abortion right after Whole Woman's Health*. **Yale Law Journal Forum**, vol. 126, 2016. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/forum/the-difference-a-whole-woman-makes>. Acesso em 15 mai. 2017.

GRIMES, David *et al.* *Abortion: the preventable pandemic*. **The Lancet**, v. 368, p. 1908-1919, 2006.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 3-22, 2006.

_____. *Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence*. **University of Toronto Law Journal**, vol. 57, p. 383-397, 2007.

GROSSMAN, Daniel. *Self-induction of abortion among women in the United States*. **Reproductive Health Matters**, vol. 18, n. 36, p. 136-146, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUNTHER, Gerald. *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer equal protection*. **Harvard Law Review**, vol. 86, n. 1, p. 1-48, 1972

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Blinking on the bench: How judges decide cases*. **Cornell Law Review**, vol. 93, n. 1, 2007.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement: Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Why deliberative democracy?** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007.

GUTMANN, Amy. *Introduction*. In: GUTMANN, Amy (ed.). **Multiculturalism and the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's Political Liberalism*. **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n. 3, p. 109-131, 1995.

_____. **The theory of communicative action: reason and the rationalization of society**. Trad. Thomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1984.

HADFIELD, Gillian; MACEDO, Stephen. *Rational reasonableness: Toward a positive theory of public reason*. **Law and Ethics of Human Rights**, vol. 6, n. 1, p. 6-46, 2012.

HAMILTON, Alexander. *Federalist n. 78*. In: ROSSITER, Clinton (ed.). **The Federalist Papers**. New York: New American Library, 1961.

HANEY, Craig; BANKS, Curtis; ZIMBARDO, Phillip. *A study of prisoners and guards in a simulated prison*. **Naval Research Reviews**, p. 1-17, September 1973.

HARPER, Cynthia; HENDERSON, Jillian; DARNEY, Philip. *Abortion in the United States*. **Annual Review Public Health**, vol. 26, p. 501-512, 2005.

HARRIS, Lisa *et al.* *Physicians, abortion provision and the legitimacy paradox*. **Contraception**, vol. 87, n. 1, p. 11-16, 2013.

HART, Herbert. *American Jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream*. **Georgia Law Review**, vol. 11, n. 5, p. 969-989, 1977.

_____. **O conceito de direito**. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASNAS, John. *Back to the future: From critical legal studies forward to legal realism, or how not to miss the point of the indeterminacy argument*. **Duke Law Journal**, vol. 45, p. 84-132, 1995.

HEISE, Michael. *Preliminary thoughts on the virtues of passive dialogue*. **Akron Law Review**, vol. 34, n. 1, p. 73-106, 2000.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968

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

HIEBERT, Janet. *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?* **International Journal of Constitutional Law**, vol. 4, n. 1, p. 1-38, 2006.

HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006.

_____. *The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions*. **Law and Social Inquiry**, vol. 25, n. 1, p. 91-149, 2000.

_____. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. *The Charter dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the law*. **Harvard Law Review**, vol. 10, p. 457, 1897.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

HOLYOAK, Keith; MORRISON, Robert (eds.). **Cambridge handbook of thinking and reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ISSACHAROFF, Samuel. *Constitutional courts and democratic hedging*. **Georgetown Law Journal**, vol. 99, p. 961-1012, 2011.

JACKSON, Vicki. *Constitutional law in an age of proportionality*. **Yale Law Journal**, vol. 124, n. 8, p. 3094-3196, 2015.

JACOB, Brad. *Griswold and the defense of traditional marriage*. **North Dakota Law Review**, vol. 83, p. 1199-1225, 2007.

JEFFERSON, Thomas. *To James Madison, September 6, 1789*. In: FORD, Paul Leicester (ed.). **The works of Thomas Jefferson in twelve volumes**. Vol. 6. New York and London: G.P. Putnam's Sons, 1904.

JONES, Rachel; FROHWIRTH, Lori; MOORE, Ann. *I would want to give my child, like, everything in the world: How issues of motherhood influence women who have abortions*. **Journal of Family Issues**, vol. 29, n. 1, p. 79-99, 2008.

JONES, Rachel; JERMAN, Jenna. *Abortion incidence and service availability in the United States*. **Perspectives on Sexual and Reproductive Health**, vol. 49, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.guttmacher.org>. Acesso em 17 out. 2017.

JUÁREZ, Fátima *et al.* *Estimates of induced abortion in Mexico: what's changed between 1990 and 2006?* **International Family Planning Perspectives**, vol. 34, n. 4, p. 158-168, 2008.

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. *A model of heuristic judgment*. In: HOLYOAK, Keith; MORRISON, Robert (eds.). **Cambridge handbook of thinking and reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KASSEBAUM, Nicholas *et al.* *Global, regional, and national levels and causes of maternal mortality during 1990–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013*. **The Lancet**, vol. 384, p. 890-1004, 2014.

KATYAL, Neal Kumar. *Judge as advicegivers*. **Stanford Law Review**, vol. 50, p. 1709-1824, 1999.

KAVANAGH, Aileen. *Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron*. **Law and Philosophy**, vol. 22, p. 451-486, 2003.

KENNEDY, Duncan. *Legal formality*. **Journal of Legal Studies**, vol. 2, n. 2, p. 351-355, 1973.

_____. *Proportionality and 'deference' in contemporary constitutional thought*. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 17-09, 2016, p. 30. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2931220>. Acesso em 24 jul. 2017.

KIRKLIN, Deborah. *The role of medical imaging in the abortion debate*. **Journal of Medical Ethics**, vol. 30, n. 5, p. 426, 2004.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *A proporcionalidade como princípio constitucional universal*. Trad. Philippe Seyfarth de Souza Porto. **Revista Publicum**, n. 1, p. 30-70, 2015.

_____. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KOMESAR, Neil. *Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis*. **The University of Chicago Law Review**, vol. 51, p. 366-446, 1984.

KOMMERS, Donald. *Autonomy, dignity and abortion*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, p. 441-458, 2011.

KRAMER, Larry. **The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review**. Oxford and New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *The Supreme Court 2000 - Term forward: We the court*. **Harvard Law Review**, vol. 115, p. 05-169, 2001.

KUMAR, Anuradha; HESSINI, Leila; MITCHELL, Ellen. *Conceptualising abortion stigma*. **Culture, Health and Sexuality**, vol. 11, n. 6, p. 625-639, 2009.

KUMAR, Anuradha. *Everything is not abortion stigma*. **Women's Health Issues**, v. 23, n. 6, p. e329-e331, 2013. Disponível em: <http://www.whijournal.com/>. Acesso em 22 out. 2017.

KUMM, Matthias. *The idea of socratic constestations in the right to justification: the point of rights-based proportionality*. **Law and Ethics of Human Rights**, n. 4, p. 141-157, 2010.

_____. *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on "A Theory of constitutional rights"*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 2, n. 3, p. 574-596, 2004.

_____. *Institutionalizing Socratic contestation. The rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review*. **European Journal of Legal Studies**, vol. 1, n. 2, p. 153-183, 2007.

KUTZ, Christopher. *Just disagreement, indeterminacy and rationality in the rule of law*. **Yale Law Journal**, vol. 103, p. 997-1030, 1993.

KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LAIN, Corinna Barrett. *Upside-down judicial review*. **Georgetown Law Journal**, vol. 101, p. 113-183, 2012.

LAW, David. *A theory of judicial power and judicial review*. **Georgetown Law Journal**, vol. 97, p. 723-801, 2009.

LAZARE, Daniel. *America the undemocratic*. **New Left Review**, vol. 232, p. 3-40, 1998.

LAZARUS, Liora; MCCRUDDEN, Chistrophe; BOWLES, Nigel (eds.). **Reasoning rights: comparative judicial engagement**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

LEIGH, Ian. *Taking rights proportionately: Judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg*. **Public Law**, vol. 47, n.1, p. 265-287, 2002.

LEVIN, Ronald. *The anatomy of chevron: step two reconsidered*. **Chicago-Kent Law Review**, vol. 72, n. 4, p. 1253, 1997.

LEVINSON, Sanford. **Constitutional faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

LEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, n. 4, p. 572-582, 2005.

LIPKIN, Robert Justin. *What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?* **Widener Law Review**, vol. 14, p. 1-51, 2008.

_____. *Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution*. **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, p. 1055-1132, 2006.

LIPP, Allyson. *Stigma in abortion care: Application to a grounded theory study*. **Contemporary Nurse**, vol. 37, n. 2, p. 115-123, 2011.

LIVIATAN, Ofrit. *From abortion to Islam: The changing function of law in Europe's cultural debates*. **Fordham International Law Journal**, vol. 36, n. 1, p. 93-135, 2012.

LUBAN, David. *Incommensurable values, rational choice, and moral absolutes*. **Cleveland State Law Review**, vol. 38, p. 65-84, 1990.

_____. *Liberalism, torture and the ticking bomb*. **Virginia Law Review**, vol. 91, p. 1425-1461, 2005.

MACEDO, Stephen. **Liberal virtues: Citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: A study in moral theory**. 3^a ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.

MACKIE, John. **Ethics: Inventing right and wrong**. New York: Penguin Books, 1977.

MACMAHON, Christopher. **Reasonable disagreement: A theory of political morality**. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2009.

- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAJOR, Brenda; GRAMZOW, Richard. *Abortion as stigma: Cognitive and emotional implications of concealment*. **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 77, n. 4, p. 735-745, 1999.
- MAJOR, Brenda; O'BRIEN, Laurie. *The social psychology of stigma*. **Annual Review of Psychology**, vol. 56, p. 393-421, 2005.
- MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de direito penal**. Vol. 2, Campinas: Millenium, 1999.
- MARTINS, Alaerte Leandro; MENDONÇA, Lígia Cardieri. **Dossiê Aborto: Mortes preveníveis e evitáveis: dossiê**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.
- MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000.
- MAVRONICOLA, Natasa. *What is an 'absolute right'? Deciphering absoluteness in the context of article 3 of the European Convention on Human Rights*. **Human Rights Law Review**, vol. 12, n. 4, p. 723-758, 2012.
- MCCARTHY, Thomas. *Kantian constructivism and reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue*. **Ethics**, vol. 105, n. 1, p. 44-63, 1994.
- MCCRUDDEN, Christopher. *Human dignity in human rights interpretation*. **The European Journal of International Law**, vol. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. *Neither dialogue nor last word – Deliberative separation of powers 3*. **Legisprudence**, vol. 5, n. 1, p. 1-40, 2011.
- _____. *Not the last word, but dialogue – Deliberative separation of powers 2*. **Legisprudence**, vol. 3, n. 2, p. 191-246, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2010. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso em 20 dez. 2017.
- MICHELMAN, Frank. *How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy*. In: BOHMAN, James; REHG, Willian (orgs). **Deliberative democracy: Essays on reason and politics**. Cambridge and London: The MIT Press, 1997.

MILLER, Mark; BARNES, Jeb (eds.). **Making policy, making law: An interbranch perspective**. Washington: Georgetown University Press, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Magnitude do aborto no Brasil: Aspectos epidemiológicos e sócio-culturais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MÖLLER Kai. *Balancing and the structure of constitutional rights*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 5, n. 3, p. 453-468, 2007.

_____. *Proportionality: Challenging the critics*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 10, n. 3, p. 709-731, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOUFFE, Chantal. **On the political**. London and New York: Routledge, 2005.

_____. **The democratic paradox**. London and New York: Verso, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NICHOLS, Shaun. **Sentimental rules: On the natural foundations of moral judgment**. New York: Oxford University Press, 2004.

NIJSTEN, Machteld. **Abortion and constitutional law: A comparative European-American study**. European University Institute: Florence, 1990.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

NORRIS, Alison *et al.* *Abortion Stigma: A reconceptualization of constituents, causes, and consequences*. **Womens Health Issues**, vol. 21, n. 3, p. S49-S54, 2011, p. S50. Disponível em: <http://www.whijournal.com/>. Acesso em 21 out. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald. **Constitutional Law**. 8ª ed. St. Paul: West Publishing, 2010.

NOVELINO, Marcelo (org.), **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da constituição**. Salvador: Juspodvim, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and utopia**. New York: Basic Books, 1974.

NUSSBAUM, Martha. **Political emotions: Why love matters for justice**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2013.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967.

PAREKH, Bhikhu. **Rethinking multiculturalism: Cultural diversity and political theory**. Basingstoke and London: Macmillan, 2000.

PARKER, Richard. *Here, the people rule: A constitutional populist manifesto*. **Valparaiso University Law Review**, vol. 27, n. 3, p. 531-584, 1993.

PAÚL, Álvaro. *Controversial conceptions: The unborn and the American Convention on Human Rights*. **Loyola University Chicago International Law Review**, vol. 9, n. 2, p. 209-247, 2012.

PAVLAKOS, George (org.). **Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland: Hart Pub, 2007.

PAXMAN, John; RIZO, Alberto; BROWN, Laura; BENSON, Janie. *The clandestine epidemic: the practice of unsafe abortion in Latin America*. **Studies in Family Planning**, vol. 24, p. 205-226, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Representação democrática do judiciário: Reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. **Revista Juris Poiesis**, v. 17, p. 343-359, 2014.

PERRONE, Patrícia. *Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERRY, Michael. **The idea of human rights: four inquiries**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

PETERSEN, Niels. *How to compare the length of lines to the weight of stones: balancing and the resolution of value conflicts in constitutional law*. **German Law Journal**, vol. 14, p. 1387-1408, 2013.

_____. **Proportionality and judicial activism: Fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antonio de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Thiago Ferrare. *Aborto no Brasil atual: entre o direito e as políticas públicas*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 3, n. 1, p. 13-24, 2013.

PLESSNER, Henning; BETSCH, Cornelia; BETSCH, Tilmann (ed.). **Intuition in judgment and decision making**. New York and London: Lawrence Erlbaum Associates, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PONOMARENKO, Iryna. *The unbearable lightness of balancing: Towards a theoretical framework for the doctrinal complexity in proportionality analysis in constitutional adjudication*. **UBC Law Review**, vol. 49, n. 3, p. 1103-1164, 2016.

POSNER, Richard. *Animal rights: legal, philosophical and pragmatic perspectives*. In: SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (eds.). **Animal rights: current debates and new directions**. Oxford University Press, 2004.

_____. *Legal formalism, legal realism, and the interpretation of statutes and the constitution*. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 37, n. 2, p. 179-212, 1986.

_____. *The problematics of moral and legal theory*. **Harvard Law Review**, vol. 111, n. 7, p. 1637-1717, 1998.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007.

POST, Robert. *Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics*. **California Law Review**, vol. 98, p. 1319-1350, 2010.

POSTEMA, Gerald. *Public practical reason: An archeology*. **Social Philosophy and Policy**, vol. 12, p. 43-86, 1995.

POUND, Roscoe. *A survey of social interests*. **Harvard Law Review**, vol. 57, p. 1-39, 1943.

_____. *Mechanical Jurisprudence*. **Columbia Law Review**, vol. 08, p. 605-623, 1908.

PRADA, Elena et al. **Embarazo no planeado y aborto inseguro en Guatemala: causas y consecuencias**. New York: Guttmacher Institute, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española*. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vol. 30, p. 273-291, 2007.

PUPPINCK, Gregor. *Abortion and the European Convention on Human Rights*. **Irish Journal of Legal Studies**, vol. 3, n. 2, p. 142-193, 2013.

PURDY, Jedediah. *Presidential popular constitutionalism*. **Fordham Law Review**, vol. 77, p. 1837-1871, 2009.

RANCIÈRE, Jacques. **On the shores of politics in a shared**. Trans. Liz Heron. London and New York: Verso, 1995.

RAO, Kamini; FAÚNDES, Anibal. *Access to safe abortion within the limits of the law*. **Best Practice and Research: Clinical Obstetrics and Gynaecology**, v. 20, n. 3, p. 421-432, 2006.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001.

_____. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. *The domain of the political and overlapping consensus*. **New York University Law Review**, vol. 64, n. 2, p. 233-255, 1989.

_____. *The idea of an overlapping consensus*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 7, n. 1, p. 1-25, 1987.

_____. *The idea of public reason revisited*. **The University of Chicago Law Review**, vol. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.

_____. *The idea of public reason*. In: BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative democracy: Essays on reason and politics**. Cambridge and London: The MIT Press, 1997.

RAZ, Joseph. *Disagreement in politics*. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 43, p. 25-52, 1998.

_____. *Facing diversity: the case of epistemic abstinence*. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 19, n. 1, p. 3-46, 1990.

RE, Richard. *Should chevron have two steps?* **Indiana Law Journal**, vol. 85, n. 2, p. 605-642, 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REAUME, Denise. *Limitations on constitutional rights: the logic of proportionality*. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 26/2009, 2009, p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1463853>. Acesso em 20 jul. 2017.

RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. **Representing justice: Invention, controversy, and rights in city-states and democratic courtrooms**. New Haven: Yale University Press, 2011.

RIKER, William. **Liberalism against populism. A confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice**. Prospect Heights: Waveland Press, 1982.

ROACH, Kent. *Constitutional and common law dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures*. **Canadian Bar Review**, vol. 80, 481-533, 2001.

_____. *Dialogic judicial review and its critics*. **Supreme Court Law Review**, vol. 23, 49-104, 2004.

RODRIGUEZ, Karen; STRICKLER, Jennifer. *Clandestine abortion in Latin America: Provider perspectives*. **Women and Health**, vol. 28, n. 3, p. 59-76, 1999.

RONCHI, Paolo. *A, B and C v. Ireland: Europe's Roe v. Wade still has to wait*. **Oxford Student Legal Studies Paper**, n. 14, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1950133>. Acesso em 18 mai. 2017.

ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch: How the courts serve America**. New York and Oxford: Oxford University Press, 2006.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSENFELD, Michel. *Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 6, n. 3-4, p. 415-455, 2008.

ROSSITER, Clinton (Ed.). **The Federalist Papers**. New York: New American Library, 1961.

RUBIN, Edward. *Judicial review and the right to resist*. **Georgetown Law Journal**, vol. 97, p. 61-118, 2008.

RUBIO-MARÍN, Ruth. *Abortion in Portugal: New trends in European constitutionalism*. In: COOK, Rebecca; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard (eds.). **Abortion law in transnational perspective: Cases and controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e do direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O STF, novamente, diante dos desafios da proteção jurídica nos limites da vida**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-abr-07/stf-diante-desafios-protecao-juridica-limites-vida>. Acesso em 11 jul. 2017.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **A dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Legalização do aborto e constituição*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43-82, 2005.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: NOVELINO, Marcelo (Org.), **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da constituição**. Salvador: Juspodvim, 2009.

_____. *A ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. **Revista de Direito do Estado**, n. 2, p. 83-118, 2006.

SATHAR, Zeba *et al.* *Post-Abortion Care in Pakistan: a National Study*. **Population Council**, 2013. Disponível em: <https://www.popcouncil.org/>. Acesso em 20 out. 2017.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas: Edicamp, 2001.

SAY, Lale *et al.* *Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis*. **The Lancet Global Health**, vol. 2, p. 323-333, 2014. Disponível em: <http://www.thelancet.com/lancetgh>. Acesso em 13 out. 2017.

SCANLON, Thomas. *A dificuldade da tolerância*. Trad. Mauro Victoria Soares. **Novos Estudos CEBRAP**, vol. 84, p. 31-45, 2009.

_____. **What do we owe each other?** Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SCHAUER, Frederick. *A comment on the structure of rights*. **Georgia Law Review**, vol. 27, p. 415-434, 1993.

_____. *Formalism: legal, constitutional, judicial*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (Eds.). **The Oxford handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *Judicial supremacy and the modest constitution*. **California Law Review**, vol. 92, p. 1045-1067, 2004.

SCHLINK, Bernhard. *Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here?* **Duke Journal of Comparative and International Law**, vol. 22, n. 2, p. 291-302, 2012.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. 2^a ed. Floyd: Sublime Books, 2014.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEDGH, Gilda *et al.* *Abortion incidence between 1990 and 2014: Global, regional, and subregional levels and trends*. **The Lancet**, vol. 388, p. 258-267, 2016.

SEGAL, Jeffrey *et al.* *Ideological values the votes of US Supreme Court justices revisited*. **The Journal of Politics**, vol. 57, n. 3, p. 812-823, 1995

SHAFER-LANDAU, Russ. *Specifying absolute rights*. **Arizona Law Review**, vol. 37, p. 209-224, 1995.

SHELLENBERG, Kristen *et al.* *Social stigma and disclosure about induced abortion: Results from an exploratory study*. **Global Public Health**, vol. 6, p. 1-15, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/>. Acesso em 20 out. 2017.

SHERRY, Suzanna. *Putting law back to in constitutional law*. **Constitutional Commentary**, vol. 25, 2009.

_____. *Why we need more judicial activism*. **Vanderbilt Public Law Research Paper**, n. 13-3, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2213372>. Acesso em 20 nov. 2017.

SIEGEL, Reva. *Sex equality arguments for reproductive rights: Their critical basis and evolving constitutional expression*. **Emory Law Journal**, vol. 56, n. 4, p. 815-842, 2007.

_____. *The constitutionalization of abortion*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SIEGEL, Stephen. *The origin of the compelling state interest test and strict scrutiny*. **American Journal of Legal History**, vol. 48, n. 4, p. 355-407, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Anderson Santos; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Salvador: Juspodvim, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Comparing the incommensurable: Constitutional principles, balancing, and rational decision*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 31, p. 273–301, 2011.

_____. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, p. 197-227, 2009.

_____. *O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização*. **Revista de Direito UnB**, v. 2, n. 1, p. 96-118, 2016.

_____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, vol. 1, p. 607-630, 2003.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. **Revista de Direito do Estado**, vol. 4, p. 23-51, 2006.

SINGER, Peter. **Animal liberation**. New York: Harper Collins, 2002.

SINGH, Susheela *et al.* **Abortion worldwide: a decade of uneven progress**. New York: Guttmacher Institute, 2009.

SINGH, Susheela *et al.* **Unintended pregnancy and induced abortion in Uganda: Causes and consequences**. Guttmacher Institute, 2006. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/>. Acesso em 20 out. 2017.

SINGH, Susheela; MADDOW-ZIMET, Isaac. *Facility-based treatment for medical complications resulting from unsafe pregnancy termination in the developing world, 2012: a review of evidence from 26 countries*. **BJOG**, vol. 123, n. 9, p. 1489-1498, 2016.

SINGH, Susheela. *Hospital admissions resulting from unsafe abortion: estimates from 13 developing countries*. **The Lancet**, v. 368, p. 1887-1892, 2006.

SLOMAN, Steven. *The empirical case for two systems of reasoning*. **Psychological Bulletin**, vol. 119, n. 1, p. 3-22, 1996.

SOLUM, Lawrence. *Pluralism and public legal reason*. **William and Mary Bill of Rights Journal**, vol. 15, p. 7-23, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e “standards” de ponderação*. **Boletim Científico ESMPU**, n. 15, p. 207-227, 2005.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEPHENSON, Matthew; VERMEULE, Adrian. *Chevron has only one step*. **Virginia Law Review**, vol. 95, p. 597-609, 2009.

STEPHENSON, Scott. *Constitutional reengineering: Dialogue’s migration from Canada to Australia*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 4, p. 870-897, 2013.

STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales em la Republica Federal de Alemania*. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em 05 dez. 2017.

STRUCHINER, Noel. *Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SULLIVAN, Kathleen. *The Supreme Court, 1991 Term - Foreword: The justices of rules and standards*. **Harvard Law Review**, vol. 106, n. 1, p. 22, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio é preguiça?* In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (eds.). **Animal rights: current debates and new directions**. Oxford University Press, 2004.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. **Ethics**, vol. 110, n. 1, p. 5-31, 1999.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and institutions*. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *Incommensurability and valuation in law*. **Michigan Law Review**, vol. 92, p. 779-861, 1993.

_____. *Incompletely theorized agreements commentary*. **Harvard Law Review**, vol. 108, p. 1733-1772, 1994.

_____. *Incompletely theorized agreements in Constitutional Law*. **University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 147, 2007. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em 05 dez. 2017.

_____. *Interest groups in American Public Law*. **Stanford Law Review**, vol. 38, p. 29-87, 1985, p. 48.

_____. **One case at time: Judicial minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Political conflict and legal agreement*. **Tanner Lectures in Human Values**, vol. 17, p. 137-249, 1996.

_____. *The Supreme Court 1995 Term - Foreword: Leaving things undecided*. **Harvard Law Review**, vol. 110, n. 4, p. 06-101, 1996.

_____. **There is nothing that interpretation just is**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2489088>. Acesso em 30 nov. 2017.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *All things in proportion? American rights doctrine and the problem of balancing*. **Emory Law Journal**, vol. 60, n. 4, p. 101-180, 2011.

_____. *Proportionality, balancing and global constitutionalism*. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 47, p. 68-149, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helen; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. I: parte geral e obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Libertarian paternalism*. **The American Economic Review**, v. 93, n. 2, p. 175-179, 2003.

_____. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*. **Harvard Law Review**, vol. 7, n. 3, p. 129-156, 1893.

THOMSON, Judith Jarvis. *A defense of abortion*. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 1, n. 1, p. 47-66, 1971.

_____. **The realm of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TREMBLAY, Luc. *An egalitarian defense of proportionality-based balancing*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, n. 4, p. 864-890, 2014.

TRIBE, Laurence. **Abortion: The clash of absolutes**. New York: W. W. Norton & Company, 1990.

_____. *Foreword: Toward a model of roles in the due process of life and law*. **Harvard Law Review**, vol. 87, n. 1, p. 1-53, 1973.

TRUBEK, David. *Where the action Is: critical legal studies and empiricism*. **Stanford Law Review**, vol. 36, n. 1/2, p. 575-622, 1984.

TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: An assault on human rights?* **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 3, p. 468-493, 2009.

TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. **Michigan Law Review**, vol. 101, p. 2781-2802, 2003.

_____. *Anti-formalism in recent constitutional theory*. **Michigan Law Review**, vol. 83, n. 6, p. 1502-1544, 1985.

_____. *Red, white and blue: a critical analysis of Constitutional Law*. **New York Law School Law Review**, vol. 34, p. 727-733, 1990.

_____. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *The limits of the involvement of religion in the body politic*. In: WOOD JR, James; DAVIS, Derek (Eds.). **The role of religion in the making of public policy**. Waco: Dawson Institute of Church-State Studies, 1991.

_____. *The rise of weak-form judicial review*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011.

_____. *Three essays on proportionality doctrine*. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 16, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2818860>. Acesso em 20 jun. 2017.

_____. **Weak courts, strong rights: Judicial review in social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UNDURRAGA, Veronica; COOK, Rebecca. *Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court decision C-355/2006*. In: WILLIAMS, Susan (ed.). **Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

UNITED NATIONS. *Abortion policies and reproductive health around the world*. New York: United Nations Department of Economic and Social Affairs Population Division, 2014.

VAGO, Steven. **Law and Society**. 10ª ed. London and New York: Routledge, 2012.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal (Ed.). **The global expansion of judicial power: The judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

VERMUELLE, Adrian. **Judging under uncertainty: An institutional theory for legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Supremocracia.* **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

VLASSOFF, Michael; SINGH, Susheela; ONDA, Tsuyoshi. *The cost of post-abortion care in developing countries: a comparative analysis of four studies.* **Health Policy and Planning**, vol. 31, n. 8, p. 1020-1030, 2016.

WALDRON, Jeremy (Ed.). **Theories of rights.** Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Judges as moral reasoners.* **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 1, p. 02-24, 2009.

_____. **Law and disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *The core of the case against judicial review.* **Yale Law Journal**, vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

_____. **The dignity of legislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. *The dignity of legislation.* **Maryland Law Review**, vol. 54, p. 633-665, 1995.

_____. *Torture and positive law: jurisprudence for the White House.* **Columbia Law Review**, vol. 105, p. 1681-1750, 2005.

WEBBER, Grégoire. *Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship.* **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 23, n. 1, p. 179-202, 2010.

WEINRIB, Lorraine. *The postwar paradigm and american exceptionalism.* In: CHOUDHRY, Sujit (Ed.). **The migration of constitutional ideas.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WENAR, Leif. *Political liberalism: an internal critique.* **Ethics**, vol. 106, n. 1, p. 32-62, 1995.

WERTHEIMER, Alan. *Internal disagreements: Deliberation and abortion.* In: MACEDO, Stephen (Ed.). **Deliberative politics: Essays on democracy and disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999.

WEXLER, Jay. *Defending the middle way: intermediate scrutiny as judicial minimalism.* **George Washington Law Review**, vol. 66, p. 298, 1998.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (Eds.). **The Oxford handbook of Law and Politics.** New York: Oxford University Press, 2008.

WHITTINGTON, Keith. *Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses.* **North Carolina Law Review**, vol. 80, p. 773-851, 2002.

WILLIAMS, Susan (Ed.). **Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

WILSON, Woodrow. **Constitutional government in the United States**. New York: Columbia University Press, 1908.

WINTER, Steven. *Indeterminacy and incommensurability in Constitutional Law*. **California Law Review**, vol. 78, n. 6, p. 1441-1541, 1990.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The prevention and management of unsafe abortion: Report of a technical working group**. Geneva: World Health Organization, 1992.

_____. **Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008**. 6^a ed. Geneva: World Health Organization, 2011.

WULF, Deirdre. **Sharing responsibility: Women, society and abortion worldwide**. New York: Alan Guttmacher Institute, 1999.

ZIMBARDO, Philip. **The Lucifer effect: Understanding how good people turn evil**. New York: Random House, 2007.