

ARISTIDES PEDRO MARTINS JUNIOR

A ADPF 442:

uma análise pragmática



Editora
DIN.CE
Crescendo e Evoluindo

Aristides Pedro Martins Junior

A ADPF 442: **Uma análise pragmática**



Fortaleza-CE
2019

© Copyright 2019 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: da autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

MARTINS JUNIOR, Aristides Pedro

A ADPF 442: Uma análise pragmática

Editora DIN.CE 2015 – 160P

ISBN: 978-85-7872-802-1

DOI: 10.56089/978-85-7872-802-1

1 Direito Constitucional 2. Inconstitucionalidade 3. ADPF

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Arquivo disponível em <https://dince2editora.com>

AGRADECIMENTOS

A Maria Alaide Prado, minha mãe, pessoa iluminada, batalhadora e resiliente que sempre esteve comigo nos piores e melhores momentos, me apoiando de maneira que ela sequer concebe ser possível. Sem ela, nada faz sentido. A ela dedico e continuarei dedicando todas as minhas conquistas.

À minha esposa Bianca Ferreira Martins Gomes. Você é minha âncora, norte e estrela mais brilhante. Com você aprendi tanto que nem saberia colocar em palavras, seja no campo emocional, intelectual, ou mesmo de imaginação de um futuro brilhante juntos. Para sempre quero continuar sendo o executor dos seus sonhos.

Aos meus colegas da Transpetro, com quem empreendo debates jurídicos arrojados e compartilho dicas de leitura e estudo.

APRESENTAÇÃO

O objetivo do presente trabalho é análise a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada no dia sete de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. A ação constitucional intenta a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a declaração vinculante e *erga omnes* da descriminalização da interrupção induzida e voluntária da gestação até 12 (doze) semanas pela Suprema Corte. Será desenvolvido os marcos históricos, teóricos e filosóficos do constitucionalismo contemporâneo no sentido de contextualização da resolução de *hard cases* pelo STF.

Discorrer-se-á, também, sob a ótica consequencialista, acerca dos efeitos e externalidades imprevisíveis de eventual decisão de procedência da ação. Esse trabalho não se digna a esgotar o assunto suscitado, mas sim a auxiliar na criação de um diálogo entre correntes contrárias de pensamento acerca de assuntos morais imersos no subjetivismo, enquanto reflete sobre o conceito de razão pública e sua delimitação no Estado Constitucional de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 13

CAPÍTULO 1 - CONTRIBUIÇÕES TRANSVERSAIS
PARA UMA LEITURA CONSTITUCIONAL SOBRE O
ABORTO..... 25

1.1 Contribuições do direito comparado 25

1.2 EUA 27

1.3 Alemanha: Aborto I e II 35

1.4 Espanha, Portugal, França e Itália..... 38

1.5 A conturbada trajetória constitucional brasileira 44

CAPÍTULO 2 - QUESTÕES MORAIS E
INTERPRETATIVAS DO ABORTO 51

2.1 A reaproximação entre direito e moral pelo pós-
positivismo 51

2.2 O princípio da proporcionalidade-razoabilidade e a ponderação.....	60
2.3 A interpretação construtivista.....	65
2.4 O pragmatismo jurídico e suas feições.....	68
2.4.1 As cautelas a serem tomadas com o pragmatismo	78

CAPÍTULO 3 - A RACIONALIDADE E FUNDAMENTOS ARGUMENTATIVOS DO ABORTO..... 89

3.1 A corrente contrária à descriminalização	92
3.1.1 Tensão entre democracia e constitucionalismo .	95
3.1.2 A interpretação constitucional para a preservação da proibição	101
3.1.3 O perigo do efeito <i>backlash</i> da jurisdição constitucional pelo Legislativo	110
3.1.4 A responsabilidade pelo ônus da democracia .	115
3.2 A corrente favorável à descriminalização	121
3.2.1 Constitucionalismo e democracia no aborto	127
3.2.2 Proteção constitucional da vida humana intrauterina.....	131

3.2.3 O estado de lesão desproporcional ao direito de saúde das gestantes.....	135
3.2.4 Dignidade humana, igualdade e liberdade para as mulheres.....	140
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de análise a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada no dia sete de março de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, visando a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a declaração vinculante e *erga omnes* da descriminalização da interrupção induzida e voluntária da gestação até 12 semanas, e seu consentimento, pela Suprema Corte. A conduta descrita será doravante denominada aborto, tendo em vista a nomenclatura da lei penal, e por motivos de ordem prática, tal qual a simetriação com o termo utilizado na ação constitucional objeto desse estudo.

Os tipos penais impugnados são “provocar o aborto em si mesma” ou “consentir que outrem lhe provoque, e provocar o aborto com o consentimento da gestante”. O partido pede a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos referidos diplomas. No mérito, pede a declaração de não recepção parcial dos dispositivos pela Constituição, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas:

[...] de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento¹ (Supremo Tribunal Federal, 2018).

Sendo certo que, os dados empíricos têm elevada importância para o deslinde da questão, alguns dados relevantes são apresentados, como a pesquisa realizada por Diniz; Medeiros; Madeiro (2017), pesquisadoras pela Universidade de Brasília e pelo Instituto ANIS, respectivamente, em que uma em cada cinco mulheres de 40 anos já realizou, ao menos, um aborto ao longo da vida. A Pesquisa Nacional do Aborto mostrou que, em 2015, 417 mil mulheres realizaram aborto no Brasil urbano e 503 mil em extrapolação para o restante do país. Alegam significar que uma mulher faz aborto a cada minuto no Brasil.

Nessa esteira, importa também o fato de que a desigualdade racial e social aflige diferentemente mulheres de diferentes classes, pois 15% de negras e indígenas já o fizeram, ao passo em que somente 9% de mulheres brancas o fizeram. Estima-se, no âmbito da criminalização e sua eficácia, que das que já o realizaram uma vez, 3.019.797 já tenham filhos, ou seja, estariam presas pelo crime. O sistema carcerário

¹ Notícias STF. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>.

brasileiro, cujo Estado de Coisas Inconstitucional denota extensas violações de direitos humanos, seria quadruplicado, e, majoritariamente, por detentas negras, pobres e menos escolarizadas.

Acrescenta-se ainda que os efeitos da lei penal, ainda que quantitativamente desprezíveis, causam inúmeras lesões às decisões reprodutivas, oriundas da autodeterminação da pessoa humana, bem como ao direito à vida, posto que estudos² (SINGH; DARROCH; ASHFORD, 2014), estimam que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorrem de abortos inseguros, concentrados em países pobres. A criminalização ainda dificulta a produção de dados nacionais confiáveis sobre a mortandade na matéria, mas sabe-se que metade das mulheres que realizam um aborto ilegal são internadas (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define aborto como a interrupção de uma gravidez antes do marco de viabilidade do feto, ou seja, antes de o feto se tornar viável para a vida extrauterina. A definição de “viabilidade” é variável em diferentes países, podendo variar entre tempo gestacional mínimo de 20 a 28 semanas, e de peso fetal mínimo de 400 a 1000 gramas (WHO, 1970). Embrião é o desenvolvimento celular de um óvulo fecundado por um espermatozoide até 8 semanas após a fertilização, e “feto” é o termo usado para designar esse desenvolvimento celular a partir de 8 semanas de gravidez até o nascimento ou aborto (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009).

² Guttmacher Institute, 2014. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/>.

Ademais, o requerente entende que a impugnação da ação constitucional deve ser analisada dentro de um contexto jurisprudencial do assunto em que se valorizará a cumulatividade, consistência e coerência do STF no enfrentamento da questão do aborto como matéria de direitos fundamentais. Para demonstrar esse processo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, julgada em 2008, na qual a Corte legalizou pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADPF 54, em 2012, que garantiu às gestantes de fetos anencefálicos o direito à interrupção da gestação; e o Habeas Corpus (HC) 124.306, em 2016, em que a Primeira Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto.

A temática é altamente delicada e controvertida em todos os setores da sociedade. Como bem se sabe, foram julgados procedentes os pedidos nas duas ações e concedida a ordem de ofício no remédio constitucional. O HC 124.306 foi mais a fundo na questão da criminalização ou não da conduta sobre a esfera do controle difuso e a necessidade de prisão preventiva. Os fundamentos e motivos variam entre inúmeras regras e princípios, como direito à vida, liberdade, igualdade, vedação à tortura e tratamento desumano ou degradante, à saúde ou planejamento familiar, proporcionalidade, bem como direitos reprodutivos das mulheres.

O STF recebeu a ação em 27 de março de 2017 e tem como Relatora a Ministra Rosa Weber. A relatora já aplicou o procedimento de tutela de urgência das ações de controle concentrado, previsto no art.12 da L9868/99. Na forma do art.7, 2º da Lei 9868/99, admitiu como *amici curiae* o Partido Social Cristão, União dos Juristas

Católicos de São Paulo e o Instituto de Defesa da Vida e da Família, entre muitos outros, bem como marcou audiências públicas nos dias 03.08.2018 e 06.08.2018. Com atenção à sensibilidade técnica inerente à matéria, além de seu contato com assuntos de ordem ética, religiosa, moral, filosófica, a Relatora deferiu diversos pedidos de habilitação para depoimentos³.

A Ministra Relatora elencou os requisitos esperados de participação em audiência pública: representatividade, especialização técnica e expertise do expositor ou da entidade interessada e garantia da pluralidade da composição da audiência e das perspectivas argumentativas a serem defendidas, como forma de se assegurar a legitimidade do processo de tomada de decisão e a utilidade dessa técnica processual para o esclarecimento de dúvidas acerca das diretivas e conteúdos interpretativos da matéria em debate. Ainda, como requisito à habilitação, os postulantes deverão apresentar justificativas que demonstrem capacidade técnica e/ou jurisdicional da sua contribuição para o diálogo sobre a questão.

A audiência pública tem fundamento de validade no art. 58, §2º, II, da CRFB, que prescreve a possibilidade de convocação de audiência pública para ouvir entidades da sociedade civil, por parte das

³ ADPF/442 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que sustenta que os dois dispositivos do Código Penal afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos.

comissões que integram o desenho institucional e funcional do Congresso Nacional e suas respectivas Casas. A razão subjacente a esta regra constitucional reside na ordem normativa de tutela da participação e pluralização das deliberações sobre questões políticas controversas com a sociedade civil, técnica que, ao mesmo tempo, assegura um processo de contestação pública efetivo, na medida em que fomenta ampla construção de argumentos e abordagens sobre o problema e controvérsia posta. Ainda a deliberação política externa agrega legitimidade no perfil da democracia representativa e ajuda a resolver o problema já conhecido da dificuldade contramajoritária.

Por isso, o contexto constitucional da audiência pública com toda certeza transfere seus argumentos para o exercício da jurisdição constitucional, no sentido da previsão dessa técnica processual para este espaço de tomada de decisão coletiva. As razões normativas que justificam a audiência pública na Constituição Federal são válidas e pertinentes para o espaço jurisdicional. Ou seja, explicam-se por fundamentos de pluralização da deliberação, legitimidade da jurisdição constitucional e coleta de informações e argumentos especializados, por ausência de capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal para a adequada discussão de questões técnicas, com reflexos em outros campos do conhecimento. Esse entendimento já é pacífico na doutrina brasileira.

Vale ressaltar a função democratizante dos *Amici Curiae* e audiências públicas na jurisdição constitucional, na medida em que reduzem o déficit democrático, aumentando, relativamente, a legitimação e o processo

de convencimento da decisão judicial. Ademais, aumenta consideravelmente o acervo informacional do STF, o que é importante no combate à mitificação do papel criticado por Ronald Dworkin (2007), do “juiz hercúleo”:

O método de Hércules não leva em conta o importante princípio, firmemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com o que os juízes acreditam que iria torná-las melhores, mas de acordo com o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram. Suponhamos que Hércules decida, depois de ter levado em conta tudo que seu método interpretativo recomenda que a lei é melhor se entendida que não concede ao ministro o poder de interromper projetos muito dispendiosos e quase concluídos. Os congressistas que a promulgaram podem ter pretendido dar ao ministro exatamente aquele poder. Em tais circunstâncias, nossa prática jurídica, baseada em princípios democráticos, insiste em que Hércules se submeta à intenção deles, e não a seu ponto de vista diferente (DWORKIN, 2007, p. 378).

Com esses instrumentos, o STF pode se posicionar de maneira a reconhecer sua devida capacidade institucional sobre os mais variados assuntos, sendo comedido, sem se destituir da

competência atribuída pela própria Carta Magna quanto ao controle concentrado em âmbito federal.

No polo requerido, a Presidência da República, intimada para se manifestar, assentou a existência de desacordo moral razoável acerca da questão da descriminalização do aborto nas primeiras 12 (doze) semanas na sociedade brasileira, diante da ausência de consenso mínimo acerca das concepções morais, filosóficas e mesmo religiosas sobre a matéria. Em decorrência desse desacordo razoável, defende ser o Poder Legislativo a arena deliberativa competente para promover a discussão e o processo da tomada de decisão política, vinculante para todos os integrantes da sociedade. Isso porque o Parlamento é o espaço democrático, dentro da estrutura procedimental do Estado de Direito, responsável por tutelar o pluralismo político, premissa para a legitimidade das decisões políticas majoritárias.

Quanto aos três precedentes citados pelo PSOL para a uniformização da jurisprudência da Corte acerca do aborto, a chefia do Executivo Federal sustenta a existência de circunstâncias de fato e questões de direito variáveis que criam o contexto decisório do caso do feto anencéfalo e da descriminalização do aborto (ou interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas da gestação), como fundamento para o uso da técnica da distinção do precedente judicial na ADPF 442, de modo a afastar a aplicação do precedente formado na decisão da ADPF 54. No mesmo sentido, alega a não aplicação do precedente extraído do julgamento do HC 124.306 à disputa judicial em análise, porquanto a discussão e interpretação jurídica definida ocorreram

apenas de forma incidental, sem caráter vinculante. Ainda, com relação à ADI 3510, justifica a distinção entre os casos em cotejo, ao argumento de que neste precedente ficou assinalada a ausência de vinculação da controvérsia constitucional debatida - consistente na lei de biossegurança - com o aborto.

O Senado Federal, por sua vez, apresentou que os artigos questionados nesta ADPF não foram objeto da reforma legislativa empreendida no Código Penal, conforme a Lei n. 7.209/1984, motivo pelo qual são dispositivos legais plenamente aplicáveis pelas autoridades judiciais do país. Acrescenta a aprovação pelo Poder Legislativo do art. 2º do Código Civil de 2002, o qual assegura direitos ao nascituro e a teoria concepcionista da personalidade. Afirma que, para além da disciplina jurídica da matéria em questão, o Parlamento está promovendo as discussões pertinentes para eventual modificação do parâmetro legal em na sede legitimada para tal, o debate político atinente às políticas públicas.

A Câmara dos Deputados, nas informações prestadas, afirmou a vigência dos dispositivos legais questionados há mais de setenta anos, fato jurídico que, ao lado da vigência da regulamentação da ação constitucional da ADPF desde 1999 (Lei n. 9.882/99), evidencia a não configuração do requisito legal do perigo da demora para a concessão da medida cautelar. Quanto ao mérito, assevera que as normas impugnadas têm por objeto a tutela da vida humana intrauterina, de modo que a prática do aborto implica o atentado contra a vida humana, direito fundamental inviolável, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal. Invocando o

caráter relativo dos direitos fundamentais frente aos demais direitos fundamentais, alega a adequação e proporcional do marco legal do aborto na ordem jurídica brasileira, quando consideradas as hipóteses de excludente de ilicitude.

Assim como fez o Senado, a Câmara se posicionou no sentido que “A descriminalização da conduta, se for o caso, deverá ocorrer por intermédio do Poder Legislativo”. Ressaltou que, quando teve a oportunidade de apreciar a matéria no PL1135/91⁴, rejeitou a descriminalização do aborto, considerando a proposta inconstitucional e inoportuna no mérito, como é possível depreender dos pareceres da Comissão de Seguridade Social e da Família e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (BRASIL, 2008). Nesse contexto, informou o trâmite de proposições que preveem a proteção da vida desde a concepção, entre elas: a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 164/2012, que “estabelece a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção”; o Projeto de Lei – PL n. 8.116/2004, que “dispõe sobre a proteção ao nascituro”, em clara adoção da teoria concepcionista; o PL n. 478/2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências’, entre outras. Tramitam, também, projetos que descriminalizam o aborto, como, por exemplo, o PL n. 4.403/2004, que “acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal”; e o Projeto de Lei n. 882/2015, que “estabelece as políticas públicas no âmbito da vida

⁴ Suprime o artigo que caracteriza crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; (legalização do aborto); altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Co-autora: deputada Sandra Starling - Pt/Mg.

sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências.” Ou seja, lembrou-se de todas as instâncias legislativas em que se delibera um assunto correlato a políticas públicas.

A AGU opinou pela constitucionalidade das normas impugnadas entendendo que, por não ter sido disciplinado diretamente pela Carta Magna, não é possível inferir de seu texto a existência de um suposto direito constitucional ao aborto. Outrossim, sustentam que a ponderação entre direitos fundamentais já foi feita pelo legislador quando da edição dos dispositivos penais e que esta deve ter preferência por representar o princípio democrático.

O presente trabalho não se digna a opinar acerca do mérito da lide objetiva, mas sim a debater questões jurídicas atinentes à legitimidade da Suprema Corte para assuntos polêmicos e analisar os argumentos envolvendo o tema, passando por aspectos morais e interpretativos. Para tal, serão expostas as contribuições do direito comparado para a leitura constitucional brasileira sobre o tema.

Quanto a este particular, dedicar-se-á capítulo específico sob as contribuições trazidas pelos precedentes estrangeiros invocados – casos *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte Americana (*Supreme Court of the United States*) em 22 de janeiro de 1973, e *Aborto I* e *Aborto II*, julgados pela Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), em 1975 e 1993, respectivamente, todos trazidos pelo requerente em sua exordial.

Os precedentes podem ser vistos como auxílio e parametrização para solução de casos difíceis (NEVES, 2009, p. 251-293), ou também como meros instrumentos de racionalização de uma decisão pautada pela visão subjetiva do julgador, o que remonta a questões problemáticas no que tange ao caráter democrático. As múltiplas interconexões cognitivas decorrentes da dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1978, p. 35) e teorias argumentativas serão refletidas focando a atual quadra constitucional brasileira.

Serão expostos e aprofundados os argumentos contra e a favor do aborto, envolvendo a tensão sempre presente entre constitucionalismo e democracia, aproveitando o ensejo trazido pela discussão acerca da argumentação jurídica racional e o imperativo categórico kantiano, reavivado pelo pós-positivismo. Também se falará dos direitos fundamentais atinentes ao caso, que envolvem questões complexas das áreas da biologia, sociologia, filosofia, ética, e dados empíricos.

O método científico usado foi o hipotético dedutivo.

CAPÍTULO 1

CONTRIBUIÇÕES TRANSVERSAIS PARA UMA LEITURA CONSTITUCIONAL

1.1 Contribuições do direito comparado

Para que se facilitar a leitura constitucional do aborto, é preciso comentar brevemente as origens históricas e jurídicas tanto do constitucionalismo quanto do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. A história, como se sabe, é rica em detalhes, mas tenta-se aqui ser o mais sucinto possível para evitar desvirtuamentos do tema em debate. Após essa introdução, serão vistas também resumidamente temas relevantes acerca da interpretação constitucional.

Constitucionalismo, assim definido por José Joaquim Gomes Canotilho (2001), é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Em outras palavras, é o movimento político, social e jurídico que faz surgir a Constituição de um Estado, cujo objetivo é limitação de poder, supremacia

da lei, estruturação da organização estatal e disciplina dos direitos fundamentais.

É certo que o termo constitucionalismo é de uso recente no vocabulário jurídico do mundo ocidental, associado aos processos revolucionários francês e americano. No entanto, as ideias pré-constitucionalismo remontam à Antiguidade Clássica, ao pensamento filosófico de homens como Sócrates, Platão e Aristóteles, cuja influência ainda se nota dois milênios e meio depois, e às instituições políticas ali nascidas, como o rascunho inicial da ideia de democracia.

A existência de um documento constitucional escrito não basta para configurá-lo. Em um Estado de Direito, normalmente se identificam três ordens de limitação de poder: materiais, orgânicas e processuais. As matérias consistem em valores básicos imprescindíveis para a configuração da soberania de um Estado – democracia, direitos fundamentais. A limitação orgânica determina a descentralização dos poderes estatais, oriunda de Montesquieu, significando que as funções típicas de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e sem subordinação entre si, mas que se controlem mútua e harmoniosamente. As processuais impõem a observância do devido processo legal tanto em sua aferição procedimental (direitos fundamentais processuais, legislativos e administrativos), quanto substantiva (racionalidade, razoabilidade, proporcionalidade, inteligibilidade).

Para que essa estrutura constitucional rígida e delineada seja respeitada por todos, existem diversos mecanismos de fiscalização, cuja principal manifestação

é o controle de constitucionalidade, o *judicial review*, a análise da compatibilidade de um ato normativo primário tendo a Constituição como parâmetro.

É de se notar que a ótica pela qual se descrevem os inúmeros fenômenos atinentes à evolução histórica do objeto desse estudo é a da cultura e valores ocidentais. Também essa questão deverá ser observada com maior atenção quando se fala de transtitucionalismo e os problemas comuns a várias ordens jurídicas democráticas, dotadas de peculiaridades e estágios jurisprudenciais, culturais e institucionais distintos.

Busca-se, no transcorrer desse capítulo, trazer trechos relevantes dos entendimentos consolidados de alguns países que nos influenciam quanto ao direito constitucional, filosofia jurídica e ciência política. Além de análise histórica envolvendo os precedentes *Roe v. Wade* (410 U.S. 113,93 S.Ct. 705) e Aborto II (88 *BverfGE* 203), trazidos pelo PSOL na exordial da Arguição estudada, destacou-se também a Decisão n. 2001-446 do Conselho Constitucional Francês, a Sentença 35, da Corte Constitucional Italiana, o Acórdão 53/1985 da Corte Constitucional Espanhola e o Acórdão 25/84 do Tribunal Constitucional Português.

1.2 EUA

Após a sangrenta guerra revolucionária das Trezes Colônias da América do Norte contra o Reino da

Grã-Bretanha em 1781, cujos ideais passaram do “*no taxation without representation*” à efetiva declaração e reconhecimento da independência estadunidense, foram ratificados os Artigos da Confederação (*Articles of Confederation*), originariamente aprovados em 1778. Inicialmente sob a forma de confederação, os Estados, soberanos, se depararam com a fragilidade e incapacidade de seu vínculo, que não impedia a competição predatória entre si, mediante anomias no tocante a guerras fiscais, comércio e inúmeras lides da vida em sociedade.

Em vistas dessa patente necessidade de pacificação se convocou a Convenção de Filadélfia em 1787 (ACKERMAN, 1995, p. 41), concebida para revisão do modelo confederativo, mas que terminou por convolar-se em Convenção Constitucional. Foi a primeira Constituição escrita do mundo moderno, e, sob influência dos “*founding fathers*”, idealizou um modelo político que deve ser visto como bem-sucedido, à luz de sua permanência e desenvolvimento do país como potência econômica, bélica e cultural nos séculos seguintes. Entre seus principais fundadores estavam George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton e James Madison, um dos mais influentes juristas à época, que inclusive foi a figura principal da ação inaugural de controle de constitucionalidade moderno, que será comentada mais à frente.

A Convenção de Filadélfia, marco simbólico da vitória da Revolução Americana, tinha três premissas básicas: a independência das colônias, superação do modelo monárquico e implantação de uma democracia constitucional, fundado na separação de poderes,

igualdade (*equality under the law*) e na supremacia da lei (*rule of law*). Nessa toada, o modelo de Federação, ou Estado Federado, foi concebido para acomodar um governo central com a existência de Estados autônomos.

De fato, o que ocorreu foi a cessão da soberania de todos os Estados americanos para os Estados Unidos da América, o poder federal, em troca de autonomia, o que permitiu maior harmonização e pacificação interfederativa. Até pela forma como ocorreu, centrípeta, na qual entes políticos cedem competências legislativas e administrativas próprias, os Estados membros conservaram grande parte de seus reais poderes. O desenho de federação nos remonta à ideia de unidade na diversidade, um jeito de se preservar as particularidades de cada parcela territorial com segurança jurídica e previsibilidade nas relações do Poder Público central com os cidadãos e entes federativos integrantes do sistema.

É certo que o modelo constitucional americano, fundado no direito costumeiro ou consuetudinário (*common law*), deu amplo poder de criação e adaptação do Direito, pautado na supremacia da Constituição, e na modalidade de controle difuso de constitucionalidade. Isso permitiu que a Lei Fundamental americana, sintética e dotada de textos de linguagem aberta, se adaptasse ao tempo, através de sucessivas mutações constitucionais e algumas poucas alterações formais em seu texto, totalizando vinte e sete emendas, sendo que dez oriundas do *Bill of Rights*, de 1791, de forma complementar ao documento original, que versava basicamente acerca da organização federativa, separação de poderes e direitos políticos.

Devido à adoção do sistema do *common law*, a história do constitucionalismo americano é contada pela perspectiva dos precedentes de sua Suprema Corte, marcada por momentos de ativismo e autocontenção, marcos temporais de predominâncias liberais e outras conservadoras. A brevidade da Lei Maior e suas cláusulas gerais e abertas deram azo a um papel privilegiado de interpretação e definição dos valores da sociedade por mais de dois séculos.

Desde que autoproclamada a guardiã da Constituição no célebre *Marbury v. Madison*, ficou incumbida também de definir as competências e prerrogativas dos três Poderes e delimitar os poderes dos entes políticos no pacto federativo.

No âmbito dos direitos fundamentais, teve que estabelecer o alcance e significado de princípios fluidos como devido processo legal (*procedural and substantive due process of law*), igualdade (de *Dred Scott v. Sandford* em 1856, passando pelo caso *Plessy v. Ferguson* em 1896 até *Brown v. Board of Education* em 1954), e assegurar liberdades fundamentais, como liberdade de expressão, religião, privacidade, dos acusados em matéria penal, limites para a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica.

Uma das principais contribuições para o mundo, no entanto, parece ter sido a fixação de parâmetros para o controle de constitucionalidade e da discricionariedade administrativa também com base no conteúdo (inconstitucionalidade material), utilizando o *substantive due process of law*, conhecido atualmente como princípio

da razoabilidade. Grande parte da doutrina o considera sinônimo de proporcionalidade (de matriz alemã), com bons motivos. Apesar de origens e desenvolvimentos distintos, os dois conceitos consubstanciam os mesmos valores: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos⁵.

Aqui se buscou falar da longa história evolutiva do constitucionalismo americano não somente para ilustrar a essencialidade do direito constitucional para o desenvolvimento político das sociedades atuais, mas também por conta do processo decisório inerente a todo conflito entre direitos fundamentais de alta carga axiológica, como é o caso do direito à vida do feto já concebido em face dos direitos reprodutivos e à vida da mulher. Há altíssima probabilidade de que a interpretação evolutiva, a leitura moral e o pragmatismo jurídico, oriundas da interpretação construtivista estadunidense, prestarão papéis de instrumentalização no deslinde de assunto tão complexo.

Agora parte-se para a análise pontual do precedente americano para o aborto, que estabeleceu as diretrizes mínimas nacionais para os EUA, uma espécie de norma geral de incidência por todo o país, por meio do *stare decisis*.

Em *Roe v. Wade*, a Suprema Corte Americana, em uma de suas era mais progressistas (Era Warren), utilizou silogismo com base em outro precedente, o caso *Griswold v. Connecticut* de 1965, para fundamentar que o direito à privacidade comportaria abstenção estatal

⁵Cf BARROSO, 2017, p. 345.

suficiente para que as mulheres decidissem sobre a continuidade ou não da sua gestação, sem interferências externas às suas pessoas. Declararam inconstitucional, por 7 votos a 2, lei do Estado do Texas que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante.

Destaca-se o trecho da decisão de redação do Justice Harry Blackmun (1973 apud SARMENTO, 2005)⁶:

O direito de privacidade é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto. Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.

Ali foram definidos os parâmetros para que os Estados legislassem de forma constitucional, dividindo os

⁶ Tradução livre do autor.

marcos da gestação em três. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo trimestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação - período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extrauterina -, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe.

Em 1976 no caso *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* (428 U.S. 52), também se reconheceu a inconstitucionalidade quanto à condicionante do consentimento do pai do nascituro. Admitiu-se, porém, a exigência de consentimento dos pais de gestante menor de idade, mas apenas se a legislação contemplar a possibilidade de suprimento judicial deste consentimento, a ser concedido quando se verifique que a gestante é madura o suficiente para decidir sozinha, ou quando se conclua que a interrupção da gravidez atende aos seus interesses. Este procedimento judicial deve ser sigiloso e suficientemente célere de modo a não retardar em excesso o exercício do direito pela gestante menor de idade.

O entendimento continuou sofrendo mitigação em *Harris v. McRae* (448 U.S. 297, 1980), firmada a tese de que o Estado não está obrigado a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde ou a arcar com os respectivos custos, mesmo tratando-se de mulheres

pobres, incapazes de pagar os custos do procedimento interruptivo. Tal entendimento foi consonante com a visão dominante no país, de que não existe, em regra, direito prestacional gratuito a ser fornecido pelo Estado. De fato, como é sabido, a saúde não é vista como direito subjetivo ou serviço público.

Em época mais conservadora, a Corte chegou a permitir maiores vedações para o aborto ainda no primeiro trimestre, se demonstrada a viabilidade extrauterina, em *Planned Parenthood v. Casey*, proferida em 1992 (112 S.Ct. 2791).

Em suma, no âmbito dos EUA, a regra é ser permitido o aborto sem condicionantes no primeiro trimestre de gestação. Nada impede a atuação dos Estados no sentido de aconselhamento e promoção de educação sexual e contraceptiva, desde que não coíbam a livre atuação da mulher.

Breve questionamento nesse ponto: como compatibilizar o já precário sistema de saúde pública brasileiro, supostamente garantidor gratuito de direito à saúde, com essa sistemática de procedimentos céleres, também no âmbito administrativo? Não parece ser impossível de se resolver, mas há de reconhecer a complexidade envolvida, especialmente se levando em conta a burocracia envolvendo a Administração e a morosidade do Judiciário, que teriam prazos exíguos de atuação efetiva para resolver as inúmeras controvérsias.

1.3 Alemanha - Aborto I e II⁷

O Tribunal Federal Alemão, *Bundesverfassungsgerricht*, com sua notoriamente avançada teorização dogmática e doutrinária, utilizou o princípio da proporcionalidade de forma brilhante em sua atuação ao longo do tempo. No Aborto I (39 *BverfGE I*), a Corte rechaçou a alegação de que o direito à vida só começaria com o nascimento, afirmando que o feto já seria "um ser em desenvolvimento", dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, a qual deveria iniciar-se, de acordo com critérios biológicos de prudência, a partir do 14º dia de gestação – momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno. O Tribunal reconheceu a relevância do direito à privacidade da mulher grávida em questões relativas à procriação, mas afirmou que, numa ponderação, este direito deveria ceder diante do direito à vida do feto, a não ser em certas situações especiais, como risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de estupro.

Mais tarde, com a unificação da Alemanha, foi necessária a edição de nova lei, visando conciliar o tratamento dispensado ao tema na antiga Alemanha Oriental, onde o aborto era livre no primeiro trimestre de gestação.

⁷ Partes aqui comentadas em KOMMERS, 1997, p. 336-346.

Com este objetivo, foi elaborada nova lei, promulgada em 1992, que permitia, mais uma vez, a prática do aborto no primeiro trimestre de gestação. A norma dispunha que, antes de realizar a interrupção da gravidez, a gestante deveria submeter-se a um serviço de aconselhamento visando o desincentivo da prática, e aguardar três dias para decisão final. A principal característica da nova legislação era a criação de medidas de caráter educativo, planejamento familiar e benefícios assistenciais às mulheres que procurassem a interrupção da gravidez, ao invés de tratar o assunto sob a ótica repressiva do direito penal. A premissa era que o aborto envolve saúde pública, e não uma moralidade de um grupo específico.

Em 1993, ao analisar a nova legislação, procedeu-se a uma das decisões mais famosas do mundo quanto ao assunto, conhecida como Aborto II (*88 BverfGE 203*). Nesse julgamento, o Tribunal considerou inconstitucional a livre legalização do aborto na fase inicial de gestação, porém a permitiu com a tese do ônus desarrazoado:

Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende ao ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatório. Em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo. Isto não significa que a única exceção constitucional admissível (à proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar até o fim quando isto ameace sua vida ou

saúde. Outras exceções são imagináveis. Esta Corte estabeleceu o standard do ônus desarrazoado para identificação destas exceções. O ônus desarrazoado não se caracteriza nas circunstâncias de uma gravidez ordinária. Ao contrário, o ônus desarrazoado tem de envolver uma medida de sacrifício de valores existenciais que não possa ser exigida de qualquer mulher. Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas que justificariam o aborto, outras situações em que o aborto seja aceitável podem ocorrer. Este cenário inclui situações psicológicas e sociais graves em que um ônus desarrazoado para mulher possa ser demonstrado (SARMENTO, 2005).

Em suma, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu que, em regra, o aborto seria ilegal, a não ser na hipótese do ônus desarrazoado, em que a gestação traria sacrifícios e violações ao direito da gestante de forma desproporcional no presente e futuro. A gravidez na Alemanha, portanto, não pode ser vista como um sacrifício, um fato que impeça o pleno desenvolvimento da pessoa em condições precárias, sem condições de criar uma criança, seja pela maturidade, seja pelo contexto social e econômico, entre outras situações que se encaixem numa violação do núcleo essencial de seus direitos fundamentais.

No julgamento, o Tribunal Federal Alemão também assentou que a proteção ao feto não precisava ser realizada necessariamente através dos meios repressivos do Direito Penal e poderia ser buscada através de outras medidas de caráter assistencial e administrativo, mais eficazes para a proteção dos direitos das mulheres envolvidas.

1.4 Espanha, Portugal, França e Itália

Aqui se buscará trazer de forma sucinta a forma como os quatro países acima tratam o assunto, para fins de auxílio na caracterização da dogmática, argumentação e processos de ponderação envolvidos.

Na França, em 1975, se aprovou uma lei que vigoraria por cinco anos que permitia a realização, por médico, do procedimento abortivo a pedido da gestante nas dez primeiras semanas de gestação por motivos de angústia, e a qualquer tempo, quando houvesse risco de vida ou saúde, ou se o feto tivesse forte probabilidade de sofrer de enfermidade cuja cura se desconhecesse no momento do diagnóstico. A lei também condicionava, em todos os casos, a interrupção a consulta previa em instituições de assistência e conselhos para resolução de problemas sociais que pudessem estar motivando o aborto.

O Conselho Constitucional, provocado por parlamentares, exerceu controle preventivo e declarou a

compatibilidade da norma com a Constituição francesa e com seu “bloco de constitucionalidade⁸”.

Em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que ampliou o prazo geral de interrupção da gravidez de 10 para 12 semanas e tornou facultativo para mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos de conselho e assistência.

O Conselho Constitucional francês também se manifestou no sentido da constitucionalidade da Lei 2001-588⁹ na sua Decisão n. 2001-446¹⁰. Afirmou-se que a lei não romperia o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre, de um lado, a salvaguarda da pessoa humana contra toda forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Na Itália, foi a edição da Lei nº 194 em 1978 que provocou a atuação da Corte Constitucional. A lei autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher. Também permitiu, no primeiro trimestre, a interrupção nos casos de risco à saúde física ou psíquica da gestante, comprometimento das condições econômicas, sociais e familiares e circunstâncias da

⁸ Decisão reproduzida em: FAVOREAU, 1999, p. 317-318.

⁹ FRANÇA. Conseil Constitutionnel, 2001.

¹⁰ Cf. SARMENTO, 2005.

concepção. Afirmou-se, na Sentença 108¹¹, que a despenalização de condutas se inscreve na competência discricionária do legislador.

Na Espanha, a primeira manifestação da Corte Constitucional sobre o assunto foi em controle preventivo de constitucionalidade, no Acórdão 53/1985¹², no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de projeto de lei que permitia o procedimento, por médico, em casos de risco grave à vida, saúde física ou psíquica da gestante, a qualquer momento. A lei permitia o aborto também nos casos de estupro, até o fim do primeiro trimestre, e para casos de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas. O motivo da declaração da inconstitucionalidade não foi porque a interrupção da gravidez feria a Constituição e sim porque consideraram desarrazoado que não houvesse prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento, nos casos de aborto terapêutico ou eugênico.

A Corte assentou, portanto, que a permissão para a interrupção não seria incompatível com a lógica da ponderação que se impõe frente a conflitos entre direitos fundamentais. A premissa era de que o nascituro tinha sua proteção pelo texto constitucional, mas isso não assegura um direito à gestação completa. Daí porque admissível a ponderação pelo legislador da vida do embrião em face de outros direitos da gestante, mas não de forma isolada. Além disso, asseveraram que não existe direito fundamental incondicionalmente superior a todos os outros, pois inexistente hierarquia entre normas

¹¹ Giurisprudenza Costituzionale, Ano XXVI, 1981, sentença 108, fasc. 06, p. 908 et seq.

¹² ESPANHA. Tribunal Constitucional, 1985.

constitucionais. Na medida da relatividade, fica a cargo do legislador esse juízo, que é essencialmente político.

Posteriormente, o projeto de lei foi usado para a feitura de outro projeto que sanava o vício do diagnóstico prévio, e este se converteu em lei, estando em vigor até hoje. Na prática, prevalece um conceito amplo de risco à saúde psíquica da mulher, o que permite um alargamento das hipóteses em que o aborto é permitido legalmente.

Em Portugal, a sistematização também se deu em sede de controle preventivo, no Acórdão 25/84¹³, advindo do julgamento de projeto de lei que permitia o aborto em caso de risco de vida ou à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável ou gravidez resultante de estupro.

O Tribunal Constitucional Português traçou duas premissas. A primeira é que a tutela da vida do nascituro não dispõe da mesma intensidade que a vida da pessoa humana, ainda que mereça proteção. Ficou expresso no Acórdão 25 que só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, pois não há direitos fundamentais sem sujeito, e o embrião ou feto não estariam sujeitos, ou seja, pessoa humana de direitos. É a distinção entre vida e pessoa humana, conhecida no debate do aborto em âmbito internacional.

Em segundo lugar, tal qual a Corte Espanhola, admitiu que o direito à vida do nascituro fosse ponderável frente a outros direitos fundamentais,

¹³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional, 1984.

mormente o das mulheres envolvidas em certas situações desproporcionais ao que se espera de uma gravidez em um cenário de prestígio à dignidade humana.

Mais recentemente, no Acórdão 288/1998¹⁴, após reiterar que a vida do nascituro não teria o mesmo status de proteção pelo ordenamento, asseverou-se que o tempo de gestação seria sim um critério válido de aumento progressivo da proteção à vida do feto, ao declarar a constitucionalidade de uma proposta de referendo que permitiria o aborto até a décima semana por mera vontade da gestante. O referendo, que não tinha efeito vinculativo, teve reprovação popular, no entanto, e a lei não veio a ser editada.

Em suma, a Corte lusitana estabeleceu que: a) a tutela da vida nascituro não tem a mesma proteção que a da vida humana; b) os direitos do nascituro são relativos como todos os outros, e comportam ponderação; c) os marcos temporais de gestação são um critério válido para se estabelecerem graus distintos de proteção ao nascituro.

A Lei 16/2007¹⁵ é o mais recente desdobramento acerca do aborto em Portugal e positivou, finalmente, a opção pela interrupção até as primeiras dez semanas pela gestante. Seguindo a jurisprudência do Acórdão 288, a Corte Constitucional lusitana a considerou constitucional no Acórdão 75/2010¹⁶, na qual se consolidou o modelo de proteção progressivo quanto ao

¹⁴ Id, 1998.

¹⁵ PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), 2007.

¹⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional, 2010.

período gestacional, ou seja, reiterou-se a legitimidade dos graus temporais.

Resumidamente, o que se pode extrair dos notórios julgados acima é uma prevalência de três ordens de argumentos. A primeira é que a vida intrauterina, ainda que merecedora de proteção, não tem a mesma tutela que a vida humana. A segunda é que, por serem todos os direitos relativos, todos são passíveis de ponderação, e isso se encaixa na seara de conformação do legislador ou da Corte Constitucional. Esta última tem maior ônus argumentativo, naturalmente.

Em terceiro lugar, que a opção legislativa deve ser respeitada, e deve também observar a proporcionalidade quando estabelecer vedações e deveres. O Direito não deve ser visto de forma isolada, mas contextualizado para que faça sentido em suas abstrações e adquira concretude na realidade subjacente, de modo a não perder sua efetividade.

Um quarto e último ponto relevante: todos os países analisados deixaram de tratar o aborto como uma questão de direito penal, e passaram a ver a questão como sendo de saúde pública. As análises das Cortes concluíram que dessa forma se protegem os direitos das mulheres de forma mais consentânea à centralidade da dignidade humana.

1.5 A conturbada trajetória constitucional brasileira

A criação do Supremo Tribunal Federal em 1891 era sonhada por alguns juristas no final do Segundo Reinado, fruto do extenso trabalho técnico de nomes como Rui Barbosa, Saldanha Marinho e Rangel Pestana, entre outros célebres estudiosos. É importante assinalar que o seu surgimento, advindo com o movimento republicano de 1889, não resultou apenas de um anseio de um grupo de juristas. Entre os vários fatores que contribuíram para viabilizar e consolidar o STF há o contato com a Escola Exegética alemã (CRUZ, 2004), a forte influência do Direito Romano e Canônico, o positivismo de Augusto Comte, o pensamento político de Benjamim Constant, o Código Civil Napoleônico e sua tendência centralizadora, a pressão positivista do Exército em pretender criar uma instituição capaz de *judicial review*, e, por fim, a contribuição notória do saudoso Rui Barbosa, defensor arraigado da doutrina constitucional norte-americana.

No entanto, fato é que ao longo da sua história até os dias atuais, a nossa Suprema Corte teve muitos momentos de subjugação à política, seja por retirada autoritária de seus poderes, por consonância com os interesses dominantes – nem sempre legítimos democraticamente – ou por deliberada omissão. Pela leitura e análise de julgados em períodos distintos e da breve história do Judiciário em pouco mais de cem anos e muita instabilidade institucional, percebe-se que os ministros nem sempre tiveram autonomia em suas decisões, que na maioria das vezes foram influenciadas

por circunstâncias transitórias políticas, econômicas e institucionais.

No que pese o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional sejam ideias concebidas para a estabilização do Estado, da ordem jurídica vigente e da paz social, porquanto permite que as regras que permeiam a sociedade somente vigorem se compatíveis com a Lei Maior do Estado Nação, não raros foram os momentos de instabilidade no uso desse dever-poder pelo STF, que se viu impossibilitado de utilizar a lógica racional de construção de decisões judiciais. Há de se reconhecer que o *judicial review* não tem natureza puramente jurídica, mas também é político, ainda que tenha sofrido críticas de correntes como a teoria do formalismo jurídico e do positivismo. Para podermos seguir na análise da legitimidade decisória do Pretório Excelso, é consentâneo fazer um breve apanhado da história do STF, sua relação e evolução institucionais com o controle de constitucionalidade no Brasil.

A primeira Constituição Brasileira em 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, que dissolvera a Assembleia Constituinte em 1823, por não concordar com o projeto elaborado por Antônio Carlos de Andrada (por não ser uma Constituição digna dele), não cuidava de controle de constitucionalidade. A Constituição revelava uma solução de compromisso entre elementos conservadores e liberais.

Havia por um lado a atribuição ao Imperador do Poder Moderador e a garantia da sua irresponsabilidade frente a quaisquer efeitos decisórios. Por outro lado, a Constituição tratou de regular a separação de poderes e

um catálogo de direitos civis e políticos. Por força do Poder Moderador, o *judicial review* se mostrou completamente impensável naquela época. Ao Judiciário cabia somente pacificar a interpretação da lei e uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores (BRANDAO, 2012, p. 89-93).

O *judicial review* é inserido formalmente com a Proclamação da República Velha em 1891, em seus artigos 59 e 60. Se extraía do texto a competência da União e Estados pronunciarem-se acerca da invalidade de leis em face da Constituição. O modelo, devido às ideias de Rui Barbosa, era o controle judicial, repressivo, incidental e difuso, de inspiração intelectual dos Estados Unidos da América. Somente na Constituição de 1934 houve a introdução da primeira ação de controle abstrato, a Representação Interventiva, que tinha como escopo controle da constitucionalidade pela Suprema Corte de lei que decretasse intervenção federal por violação a princípios constitucionais sensíveis (de observância obrigatória pelos Estados).

Essa primeira ação direta tinha como único titular o Procurador-Geral da República (PGR) e era necessária para a validade da intervenção. Quanto ao controle difuso, ainda na Carta de 1934 tivemos a adição da cláusula de reserva de plenário, o que fortaleceu o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Além disso, surgiu o instituto da Resolução do Senado que suspende eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle incidental, dispositivo que, hoje, expresso no art. 52, X da Carta da República, é alvo de intensa discussão acerca de sua mutação constitucional. Entretanto, nada

disso promoveu mudanças substanciais no *judicial review* brasileiro.

A inovação realmente ocorreu com a EC16/65, na vigência da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar. Por seu intermédio foi criada a ação genérica de constitucionalidade, a primeira ação de controle concentrado e abstrato do Brasil. Por ela, o STF passou a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo PGR.

Foi a introdução do mecanismo análogo ao do sistema europeu, por via principal, mediante ação direta, de compatibilidade abstrata entre normas jurídicas. É certo que a novidade foi, em síntese, meramente formal, de introdução positiva do instituto, pois não teve eficácia plena se comparado com sua inspiração europeia, por conta do controle de nomeação e exoneração *ad nutum* da autoridade legitimada ativa, pelo Presidente do regime ditatorial militar.

Além disso, o STF passava por momento de ameaça de sua autonomia, tanto com a efetiva tomada do poder pelos militares, quanto pelo Ato Institucional nº 2, que cassou o mandato de três de seus Ministros. O controle incidental e difuso permaneceu inalterado, permanecendo o foco do controle brasileiro, mas pode-se dizer que, a partir daí nosso modelo de controle se tornou efetivamente misto, ainda que sob a ótica estritamente formal.

A Constituição de 1967, classificada como semântica, segundo Karl Loewenstein (1964. p. 216-

231), não trouxe modificações importantes ao sistema, somente deixando de prever a ação genérica estadual contida na EC16/65. A Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969), por sua vez, recolocou a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção estadual em Municípios. Posteriormente, com a EC07/77, surgiu a possibilidade de concessão de liminar pelo STF em representação de inconstitucionalidade de forma expressa (art.119, I, p). Com ela também foi instituída a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, por meio do qual o STF, mediante representação do PGR, poderia fixar, em tese, e com efeito vinculante, o sentido de norma. A CRFB de 1988 suprimiu esse instituto do texto expresso.

Na atual Carta Magna de 1988, foi mantido o sistema eclético, híbrido ou misto e se trouxe uma variedade de inovações, tendo em vista a redemocratização. Primeiramente, ampliou-se significativamente o rol de legitimados ativos para propositura de ação direta no artigo 103. Também se introduziu mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a ADin por omissão (art. 103, §2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Recriou-se a ADin estadual, referida agora como Representação de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 125, §2º. Nasceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art.102, §1º). Outrossim, limitou-se a interposição de recursos extraordinários às questões constitucionais (art.102, III) e redefiniu-se o papel da Reclamação Constitucional.

Portanto, é seguro dizer que, no Brasil, só começa realmente a se discutir questões de supremacia judicial em 1988, pois apesar de já existir o *judicial review*, este era pouco significativo em sua substância, objetivos e capacidade de otimização de normas eventualmente programáticas. Coube, por boa parte de nossa história, ao Executivo e ao Legislativo o papel de concretizar a Constituição.

A atual Carta marcou uma prodigalidade de direitos fundamentais e matérias abarcadas pela hierarquia constitucional, o que denotou também uma expansão da cúpula do Poder Judiciário como guardião da Lei Maior. O Supremo Tribunal Federal passou a ter alta capacidade de concentração de poder no âmbito da República, com efeitos de vinculação de suas decisões pelos mais variados mecanismos processuais, seja pelas mudanças legislativas posteriores, seja pelo déficit de representatividade do Legislativo, ou até mesmo por razões pragmáticas, como o extenuante volume de processos com que se depara.

Passou, portanto, a ocupar vazios institucionais anteriormente ocupados pelo Parlamento e pelos líderes populistas antidemocráticos, ainda que tenha assumido posturas extremamente defensivas e deferentes num primeiro momento após a redemocratização.

Por conta disso é que atualmente se olha para o STF como o principal solucionador de problemas, e é aí que começam as discussões acerca de legitimidade decisória de forma mais acalorada no Brasil, assunto que teve grandes contribuições acadêmicas nesse sentido da doutrina internacional. O assunto nos remete a

discussões mais aprofundadas acerca do neoconstitucionalismo, pós-positivismo e argumentação jurídica, tópico analisado a seguir.

CAPÍTULO 2

QUESTÕES MORAIS E INTERPRETATIVAS DO ABORTO

2.1 A reaproximação entre direito e moral pelo pós-positivismo

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do Século XVI, aproximou a lei da razão, podendo ser considerado uma evolução quanto ao direito canônico – muitas vezes usado como disfarce de tiranias – e transformou-se na filosofia natural do Direito. Consiste na existência de um direito natural, na existência de um conjunto de valores e pretensões humanas legítimas independentes do direito positivo. Ele tem validade em si, legitimado por uma noção superior geral de ética e moral, e estabelece limites ao próprio Estado. Teve grande importância civilizatória e expoentes como Santo Tomás do Aquino, pois ajudou a superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico onde se originou. Pode-se dizer que daí surgiu a ideia de cultura jurídica laica e tolerância religiosa, bem como das bases da limitação do poder do Estado, sendo fundamento

jurídico do iluminismo e do rompimento com o *Ancien régime*.

Fundado, portanto, na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao auge com as Constituições escritas e as codificações (i.e *Code Napoléon*). Foi rechaçado, com o tempo, pelo positivismo jurídico, que o considerou irracional e anticientífico, no decorrer do século XIX. Este, por sua vez, com a pretensão de criar do Direito uma ciência, com a objetividade sendo a característica maior, o equiparou às leis, afastando-o da filosofia e discussões acerca de legitimidade e justiça, sendo o pensamento dominante até a metade do século XX. Como já dito, sua derrota é associada às barbáries cometidas pelo fascismo e nazismo na Segunda Guerra Mundial, regimes que somente puderam ser instrumentalizados pela absoluta proteção da legalidade, característica marcadamente positivista. Após o Holocausto, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente na forma de um esboço de jusnaturalismo, depois na roupagem pós-positivista.

Daí surgiu uma celeuma generalizada, uma vez que a ética e moral demonstraram-se valores inerentes ao processo civilizatório existente no mundo, indissociáveis do Direito justo, ao mesmo tempo em que seus operadores não desejavam o retorno aos fundamentos subjetivos, vagos, abstratos e metafísicos do jusnaturalismo. O pós-positivismo surge, portanto, como uma terceira via uma alternativa, guardando deferência ao ordenamento positivo, mas reaproximando as ideias de justiça e legitimidade. Ao não ignorar as

demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, porém também não o concebendo desconectado da filosofia e da ética, contesta a visão de ambas as correntes jusfilosóficas tradicionais, sem negar suas utilidades, mas, ao mesmo tempo, pondo em prática a necessária interseção e influência recíproca na construção de um novo modelo de se contemplar a ciência jurídica.

Não há dúvida na doutrina de que o marco filosófico do direito constitucional contemporâneo é o pós-positivismo, nessa reiterada tendência global de reaproximação entre Direito e moral. Sua conceituação situa-se na confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo, correntes filosóficas antagônicas e puras, que serviram como obstáculo natural à criação de teorias mais abrangentes, que veem na normatividade dos princípios e centralidade da argumentação jurídica fatores determinantes de se pensar o direito e a moral como esferas intrinsecamente complementares e não totalmente autônomas.

A ideia é: se é Direito, é moral, e vice-versa. A conexão é necessária, caso contrário, o ato normativo não poderá subsistir no mundo jurídico. Nesse sentido, se contrapõe frontalmente ao juspositivismo, que via o Direito como uma ciência isolada, com aspectos de moralidade completamente externos à normatividade.

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre ciência jurídica, filosofia do Direito e ética. Os princípios nada mais são que fatores instrumentalizadores da ética para o mundo jurídico,

materializados de forma explícita ou implícita. Alguns, como liberdade, igualdade e propriedade, sofreram evolução semântica, imposta pela remoralização, mas sem perda de identidade substancial. Outros, clássicos, inerentes à estrutura do Estado Democrático de Direito, como separação de poderes, democracia e República, foram relidos sob uma ótica complementar mais sutil, para permitir a manutenção da força normativa de suas essências. Nessa seara, notou-se uma tendência de se alçar a pessoa humana ao epicentro do ordenamento, por meio do reconhecimento da fundamentalidade da dignidade humana. A razoabilidade vem não como novidade, mas também como releitura do potencial das cláusulas do devido processo legal e do Estado democrático de Direito, com vistas a ser mais um mecanismo de proteção da dignidade dos cidadãos.

Disse-se que o neoconstitucionalismo é composto parcialmente pelo pós-positivismo. É verdade, porém os dois não se confundem. Para este, Direito é moral e vice-versa, sendo, num apanhado geral, a noção de justiça necessária para sua caracterização. Para aquele, no entanto, a conexão entre Direito e moral é apenas contingente, um fato das Constituições modernas, mas não necessária para toda e qualquer Carta política fundamental. Isso ocorre porque se enxerga como um dado objetivo a inserção dos princípios morais nas Constituições contemporâneas, que causa uma “inseparabilidade do valor ético em relação ao conteúdo meramente jurídico”, nas palavras de Suzanna Pozzolo (2005), o que impõe uma interpretação moral do texto constitucional.

Para isso seria necessário primeiro dar sentido concreto aos valores, adotando uma pré-concepção mínima da substância dos princípios e direitos fundamentais. Seria o consenso originário de John Rawls (2003), no qual as pessoas, desconhecedoras de suas posições na sociedade, quando deparadas com o momento constitucional de feitura de uma nova Constituição, chegam a patamares mínimos de consenso nos mais variados assuntos, pois pressupõem uma posição de igualdade nas negociações políticas no âmbito do Poder Constituinte Originário.

Por isso se diz que a reaproximação do Direito com a moral é um fato do neoconstitucionalismo, mas não seu fator determinante. Parece, inclusive, que a inserção dos valores morais na forma de princípios ajuda a manter a estabilidade do texto constitucional sem torná-lo excessivamente engessado, o que ajuda a preservar sua força normativa. Isso ocorre por conta da natureza dos vocábulos e semântica dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados, de textura aberta, que comportam zonas de certeza positiva e negativa, porém também uma zona de incerteza, uma área onde é possível conformação, seja pelo legislador, seja pelo intérprete. Até por isso se torna desnecessário, e até indevido, recorrer a morais externas ao ordenamento, porque o próprio direito já é suficientemente flexível sem perder a rigurosidade mínima de uma ciência social aplicada que se digne a refletir e dirigir uma sociedade. Ao consagrar a moral no texto constitucional, de forma democrática, o critério de justiça utilizado na aferição de legitimidade do Direito deve ser a própria constituição, em seu plano interno (NOVELINO, 2018). Daí porque também se eleva no neoconstitucionalismo outro fator

em comum com o pós-positivismo, a argumentação jurídica, que permite a adaptação de conceitos abertos, oriundos de enunciados normativos propositalmente ambíguos, a um caso específico. Em suma, diz-se, então, que o pós-positivismo pressupõe uma conexão entre direito e moral, ao passo em que o neoconstitucionalismo reconhece em certos modelos constitucionais, uma conexão contingente entre as duas esferas.

Um instrumento de aferição de legitimidade decisória é o instrumento da proporcionalidade na argumentação. Este princípio, conforme idealizado por Alexy (2009), não chega a ser somente um vetor interpretativo, mas o instrumento pelo qual os direitos fundamentais serão sopesados, restringidos e considerados vencedores num caso concreto, afastando outros princípios igualmente chancelados pela guarda dos direitos fundamentais. As alterações promovidas na LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) vêm no sentido de conferir mais parâmetros para a atuação da esfera decisória judicial. Ainda que o STF não se veja propriamente limitado às exigências de fundamentação infralegais no controle concentrado, por se tratar de controle de constitucionalidade em tese, parâmetros objetivos são sempre bem-vindos, ainda mais em se tratando de uma controvérsia onde inexistirá uma solução não trágica.

As teorias pós-positivistas se inspiram na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e legitimação democrática. Nesse contexto, não despreza o direito posto, mas se vai além da legalidade estrita. Impõe-se uma leitura moral (DWORKIN, 1977), da

Constituição e das leis, sem recorrer a categorias metafísicas, de valoração subjetiva. É nesse ponto que se reconhece a ascensão normativa dos princípios, ou seja, seu status de norma, não mais somente uma vertente interpretativa, abaixo até mesmo da analogia e costumes nas fontes do Direito (art.4, LINDB). Além de passarem a ser vistos como normas jurídicas, também se diferenciam das regras no aspecto qualitativo, pois atuam num âmbito necessário de ponderação, seja em sua aplicação, seja na criação do Direito pelo legislador ou intérprete no processo decisório. Por óbvio, essa delegação de delineamento conteudístico traz para si o ônus de mais convincente argumentação jurídica e a formação de uma nova hermenêutica, bem como reabilita a razão prática para os fins sociais, associada a uma teoria dos direitos fundamentais cujo máximo axioma se encontra na dignidade da pessoa humana.

Crítico meticuloso do positivismo jurídico, Ronald Dworkin (1977), tenta reconstruir as pontes entre direito, moral e política, destruídas pelas escolas analíticas. O principal alvo do seu “ataque ao positivismo” é exatamente o pressuposto da rígida distinção entre as três esferas. Na obra *“Taking Rights Seriously”*, após analisar as relações entre elas, confere à moral e à política um lugar de destaque em sua teoria do direito. Partindo do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto de princípios que justificam e conferem sentido às instituições jurídicas, Dworkin (1977), busca restaurar a íntima relação entre a argumentação jurídica e a argumentação moral.

Alexy (2009), outro grande expoente do pós-positivismo, aponta a relação entre direito e moral como o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito. Além da conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, existiriam razões normativas favoráveis à inclusão de elementos morais no conceito de direito. Para comprovar isso, utiliza, entre outros, o “argumento da injustiça”, baseado na ideia de que as normas de um ordenamento perdem validade quando ultrapassam o limite da injustiça, ou seja, quando uma ponderação, mesmo prévia, legislativa, viola o núcleo essencial de um direito fundamental. Por conta disso, o intérprete deve deixar de aplicar ou declarar inconstitucional uma lei que repute extremamente injusta. Por conta disso a lei é direito somente *prima facie*, passível de afastamento após procedimento de aplicação, quando direito e moral se contrapuserem em níveis não aceitáveis. Explicando isso, diz que a moral não será um conteúdo previamente definido, mas fundamentada caso a caso, ou seja, pautada na argumentação racional e fundamentação jurídica. Significa dizer que a moral correta terá o condão de objetivo a ser alcançado, bem como afastará componentes de irracionalidade e injustiça.

Esse conceito de direito proposto por Alexy (2009), introduz o ingrediente da *correção substancial* ao positivismo, por considerar que o Direito tem uma dupla natureza: além da dimensão real ou fática, representada por conceitos positivistas (validade formal e eficácia social), haveria também o elemento de natureza moral (correção substancial). A incorporação do procedimento de ponderação traria um patamar mínimo de justiça

material inerente a todo ordenamento jurídico, da qual podemos extrair o núcleo essencial dos direitos.

Isso influencia diretamente na argumentação jurídica: apesar da dignidade da pessoa humana ser um princípio intransponível e que tudo alcança, nenhum princípio terá seu conteúdo material previamente definido senão quando confrontado com outro no caso concreto, sob pena de ter sua aplicação desproporcional no mundo dos fatos pelo julgador. O limite dos princípios, portanto, é estabelecido diante de um contexto, e seu grau de satisfação só se delinea após colisão com outro de igual hierarquia. Não haverá, de fato, total sobreposição de um sobre o outro, mas menos ou mais incidência, ao mesmo tempo em que ambos continuarão servindo como parâmetro axiológico. Foram criadas no discurso racional as regras fundamentais, que regulam a estrutura do argumento (requisitos mínimos) e o procedimento discursivo, oriundo de raciocínio dedutivo e que leva em consideração as consequências e forma de argumento da ponderação de princípios, orientados por regras de prioridade, que regulam a possibilidade de participação universal no debate.

O pós-positivismo é marcado também pela consolidação da ascensão da Constituição ao status de norma jurídica. Conforme exposto anteriormente, na Europa Continental como um todo, até o segundo pós-guerra, a regra era que a Constituição de cada país era visto majoritariamente como um documento político, uma orientação sem força vinculante, um convite ao Parlamento para que atuasse em seu sentido, mas sem criar direitos subjetivos ou imposições ao Estado, no máximo definindo que se respeitariam as leis, sua

organização política e estabelecendo a separação de poderes.

É nesse sentido que se desenvolve a nova ideia de constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, que não só tem como característica a Constituição como norma fundamental de máxima hierarquia num ordenamento, institui a organização orgânica do Estado, forma e sistema de governo, atribui competências legislativas e administrativas aos Poderes, como também define direitos fundamentais e vem com a ideia de efetividade, que seria a eficácia no plano social.

2.2 O princípio da proporcionalidade-razoabilidade e a ponderação

Classicamente, era a lógica formal dedutiva a responsável pela aplicação do Direito. Utilizava-se a lógica da subsunção para tudo, porque o Direito tinha ares de ciência autônoma, completa e autossuficiente. Identificava-se a premissa maior, premissa menor, e chegava-se à conclusão, por raciocínio silogístico simples. Olhava-se para o enunciado normativo, dele se extraía a norma para o caso concreto, e finalmente ocorria sua aplicação. A influência de fatores externos era nula, ou pelo menos deveria ser. A expressão da supremacia do Parlamento era a máxima da Europa Continental. A Constituição não detinha força normativa.

E então, após sucessivos acontecimentos históricos que levaram grandes mentes a construir novas teorias jurídicas, sociológicas e filosóficas, percebeu-se a insuficiência disso tudo. Por conta da pluralidade das sociedades contemporâneas e necessidade de sua proteção das barbaridades perpetradas numa ótica formal positivista do Direito, passou-se a conceber a Constituição como norma superior. As teorias modernas da Constituição vieram em seguida, amadurecendo a forma como um povo pode utilizar sua soberania para se limitar, ao elencar em rolos de máxima hierarquia princípios de textura aberta, que permitem a constante adaptação de sua Lei Maior e impedem um governo dos mortos sobre os vivos.

Decorrência natural foi a constatação pela comunidade jurídica de que: a) os critérios tradicionais de solução de conflitos já não mais serviam; b) o método subsuntivo se tornara inadequado; c) os princípios, de igual hierarquia e merecimento de tutela pela ordem constitucional, deveriam ser analisados de uma nova forma quando em conflito.

Nessa esteira se desenvolveu a já comentada Teoria dos Princípios e o método da ponderação, de Robert Alexy (2009). Lá, lembra-se, restou consagrada a ideia de que nenhum direito, ainda que inviolável, é absoluto, seja ele fundamental ou infraconstitucional, subjetivo ou potestativo. Além disso, nenhum princípio terá seu âmbito de inviolabilidade previamente descrito como todo o máximo âmbito de interpretação possível, devendo ser delineado após ponderação, seja ela legislativa, seja ela feita pelo Estado-juiz, num caso

concreto, ou até mesmo na análise abstrata de constitucionalidade.

É verdade que a subsunção ainda é plenamente utilizável para os “casos fáceis”, como numa ação em que se discute uma repetição de indébito tributário ou cobrança de dívida particular. Apesar das complexidades inerentes a circunstâncias fáticas, probatórias e jurídicas, os direitos primariamente em jogo são definidos por regras, que se aplicam pela lógica do “tudo ou nada”, e levam à solução justa idealizada pelo ordenamento. Em todos os casos, o sistema processual brasileiro consagra diversos dispositivos e direitos fundamentais processuais para reforço de operabilidade.

No entanto, quando a subsunção é insuficiente, nos casos de embate de normas de mesma hierarquia indicadoras de soluções diferentes, tem-se utilizado a técnica da ponderação. Ela não é a única, é verdade. Há correntes como o conceptualismo, que entende não existir conflito real entre normas num ordenamento, ou a que oferece a solução de hierarquização prévia dos elementos normativos numa lide. Essas não são tão frequentemente disseminadas na prática brasileira, no entanto.

Antes da aplicação do filtro da proporcionalidade e seus três subprincípios, a ponderação passa também por três etapas argumentativas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar as normas relevantes para a solução do caso. Isso pode envolver um ou mais enunciados normativos dentro do Direito, afinal a norma se extrai do texto escrito da lei. Ainda, deve agrupar as normas que apontem para uma solução em um só conjunto de

argumentos. A finalidade disso é facilitar a posterior comparação entre as normas em jogo.

Na segunda, passa-se ao exame das circunstâncias concretas do caso e como interagem com os conjuntos de argumentos. Os fatos têm a função de desenhar com maior clareza a função dos princípios e regras atinentes ao caso, que só fazem sentido quando em contato com a realidade para que foram feitos. Uma abstração no mundo das ideias, afinal, é só isso, uma abstração.

Na terceira etapa que a ponderação se torna mais peculiar, pelo uso da fórmula de peso de Alexy (2009), pois o intérprete utilizará as duas primeiras etapas para aferir a intensidade ideal de aplicação das normas, peso de cada princípio no caso concreto e nível de restrição que está sendo dada a cada conjunto argumentativo em jogo. A partir disso é que se decide qual grupo de normas deve prevalecer e se constrói a decisão por meio da proporcionalidade.

A doutrina contemporânea desenvolveu certos elementos de segurança para diminuir o risco de voluntarismo e arbitrariedade judicial, para conferir maior legitimidade e racionalidade às decisões exaradas por esse método: a) a decisão deve ser passível de fundamentação pelo ordenamento constitucional – isso privilegia o princípio democrático ao evitar que um magistrado crie a solução de sua cabeça; b) o parâmetro utilizado deve ter pretensão de universalidade – tal qual a razão pública e os consensos sobrepostos (RAWLS, 2000), - isso evitaria casuísmo e a imposição da vontade e valores subjetivos aos jurisdicionados; c) preservar o

núcleo essencial dos direitos em jogo o tanto quanto for possível, na realidade fática, promovendo concessões recíprocas.

Parte considerável da doutrina considera a razoabilidade, de matriz americana, como sinônimo de proporcionalidade, com bons motivos. Apesar de origens e desenvolvimentos distintos, os dois conceitos consubstanciam os mesmos valores: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos (BARROSO, 2017, p. 345). Os três subprincípios da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – podem ser comparados com os *standards* fixados pela Suprema Corte Americana para o controle de atos do Poder Público ao longo do tempo.

A adequação significa a idoneidade da medida para o fim pretendido e é o primeiro filtro da ponderação, podendo ser vista como o *rational basis test*, ou simples aferição de racionalidade da medida. A necessidade, consistente na verificação se não há outra medida menos lesiva aos direitos fundamentais contrapostos, se identifica com o *strict scrutiny*, que inverte a presunção de constitucionalidade, referindo-se a leis com critérios de discriminação suspeitos, como religião, origem, nacionalidade, etnia e cor em prejuízo de minorias. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito, última etapa do processo de ponderação, que verifica se a medida trará efetivamente mais benefícios que malefícios, pode ser colocada em paralelo com o *intermediate scrutiny*, usado para leis ou atos normativos discriminantes por gênero.

2.3 A interpretação construtivista

A teoria constitucional americana se desenvolveu à luz de duas grandes correntes de interpretação: o interpretativismo e o não interpretativismo. A primeira nega legitimidade ao desempenho de atividade criativa por parte do juiz, que não está autorizado a impor seus valores à coletividade. A segunda confere aos intérpretes o poder de recorrer a elementos externos ao direito para atribuir sentido à Constituição, como as mudanças na realidade ou nos valores morais da sociedade.

Ao passo em que ambas as correntes tiveram grandes expoentes doutrinários e jurisprudenciais, fato é que, as influências do não interpretativismo, também conhecido como construtivismo, tiveram maior peso na progressiva alteração do texto constitucional americano. A doutrina destaca três principais modalidades de incidência: interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição de Dworkin (1996), e o pragmatismo jurídico (oriundo do realismo jurídico, referenciado por Richard Posner (2003). Essas influências não podem, de forma alguma, ser ignoradas pelo direito constitucional mundial porque reverberam de forma avassaladora no novo modo de pensar o direito. O pragmatismo, em especial, recebeu muita atenção da doutrina e do Legislativo brasileiro recentemente, ao ser positivado pelas alterações na LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) pela Lei 13655 de 2018. A reforma no referido diploma será comentada adiante.

Retomando o construtivismo, a interpretação evolutiva consiste em compreender a Constituição como um “documento vivo”, devendo suas normas e precedentes serem adaptados ao longo do tempo. Essa concepção permite uma plasticidade dos conceitos abertos do texto que acaba por valorizar sua força normativa, na medida em que a Lei Maior não se desprende da realidade, mantendo sua eficácia social. Evita também que o texto positivo por si só force um governo dos mortos sobre os vivos, possibilitando processos de reforma constitucional, ainda que informais. Isso permitiu que a cláusula da *equal protection from the law* evoluísse de sua concepção original de isonomia formal, do liberalismo jurídico clássico em 1868 da 14ª Emenda para a vedação à segregação racial, no já comentado *Brown v. Board of Education*. Pode-se dizer que é a base teórica para a mutação constitucional nos sistemas de direito romano-germânico, ainda que advinda de um modelo essencialmente costumeiro.

A famosa leitura moral de Ronald Dworkin (1996) preconiza que as cláusulas gerais de direito constitucional como devido processo legal e igualdade perante a lei devem ser interpretadas de acordo com os valores morais vigentes na sociedade. É uma perspectiva dinâmica, sempre apta a revisões e adaptações de acordo com as imprevisíveis evoluções da sociedade:

A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos essas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas

invocam princípios de decência política e de justiça (DWORKIN, 1996, p. 2 e 88).

O pragmatismo, que será estudado posteriormente nesse trabalho, trata de modalidade de interpretação voltada para os resultados. Sucintamente, significa o modo de pensar pelo qual o intérprete deve buscar a melhor solução para o caso a sua frente, sem se vincular ao direito posto. É a busca da decisão que gere “resultados bons” para o presente e futuro, com base em algum critério do que seja bom. É sabido que a Constituição, em sua concepção contemporânea, consubstancia direitos fundamentais e valores imprescindíveis para a sociedade, então isso só já gera uma forma de limitação desse método, uma vez que seu uso será legítimo sob a condição de atendimento aos preceitos em seu texto. Não pode um juiz decidir de forma pragmática uma situação de colisão entre direitos fundamentais com vistas a privilegiar a sua visão de intervenção do Estado na economia, por exemplo, se esta não está balizada pela Lei Fundamental.

O pragmatismo se faz presente por seus três pilares filosóficos de pensamento: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo. O primeiro importa que nenhuma verdade ou dogma deve ser tomado como absoluto ou incontestável, podendo o intérprete partir do zero teórico quando se depara com uma situação inusitada. O contextualismo importa que a decisão boa não poderá se desvincular do contexto em que se encontram as partes envolvidas, os direitos em jogo e, claro, a realidade fática subjacente. Por último, o consequencialismo é a direção final e essência do

pragmatismo, a busca efetiva para as melhores consequências práticas na criação da norma jurídica a ser aplicada.

2.4 O pragmatismo jurídico e suas feições

Questão relevante para o presente estudo é o pragmatismo jurídico. Conforme visto anteriormente, o pragmatismo é uma das principais modalidades de aplicação do construtivismo, atrelada à escola de pensamento do realismo jurídico. O realismo surgiu nos EUA na década de 1920, apoiado na teoria sociológica do alemão Rudolph von Ihering (2005). O quadro era de reação ao formalismo jurídico, que concebia o direito essencialmente como uma atividade mecânica, não aceitando outro método que não a subsunção dos fatos à norma. Ihering (2005), em sua teoria sociológica do direito, defendeu que este só seria completo se servisse aos fins sociais, sem prejuízo do devido valor às formalidades legais referentes à existência e validade e os dogmas desenvolvidos pela doutrina. O que se impunha, em sua concepção, era revisão do direito sob uma ótica finalista.

O realismo jurídico trata de uma análise sobre o que de fato ocorre no exercício da jurisdição e não sobre como ela deveria ser. Fala-se de uma especulação dos elementos metajurídicos que influenciam um juiz no auge do princípio do livre convencimento motivado para a boa aplicação do direito. A ideia é superar o formalismo

excessivo que os juristas tradicionalmente atribuíam à matéria na teoria formalista, em estado de negação da influência da realidade subjacente e do papel do intérprete na criação da efetiva norma a ser aplicada. Ganha relevância nos “*hard cases*”, casos difíceis que não se solucionam mediante o método clássico da subsunção e exigem certa criação dos intérpretes em caso de conflito entre direitos de mesma hierarquia no ordenamento constitucional. Aqui, inegável é a existência de influência por fatores extrajurídicos relevantes, tais como os valores pessoais do juiz, a relação do Judiciário com outros agentes, opinião pública e informações de outras áreas do conhecimento.

O realismo trazia três críticas (BARROSO, 2017, p. 270), ao formalismo no processo decisório: lógica, psicológica e sociológica. A lógica era de que conceitos gerais não resolvem casos concretos e muito menos produzem decisões unívocas, permitindo ao juiz a escolha do resultado. A psicológica afirmava que a decisão judicial ocultava sua motivação real, funcionando como realização *a posteriori* da decisão tomada por outras razões. A sociológica fundava-se em que os fatos sociais por trás da decisão é que fornecem sua verdadeira motivação.

O modelo real não é diametralmente oposto ao formalismo jurídico, mas sim um ponto de equilíbrio entre esse e a teoria crítica (BARROSO, 2017, p. 316), do ceticismo – que vê direito e política como sinônimos. Para o modelo real, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação complexa e variada. Não poderá o intérprete sempre fundar-se em pura racionalidade e objetividade, como ambicionam os

formalistas, mas não poderá também abandoná-la, e utilizar somente a subjetividade e discricionariedade, inerente à atuação política. Muito importante se fazem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, portanto, que devem poder ser entendidos e controlados pela comunidade como um todo.

Pela insuficiência do método da subsunção para se interpretar o enunciado normativo e dele se extrair a norma jurídica adequada ao caso, é preciso ir além. A solução não está clara no ordenamento. Daí porque será necessária alguma criação do intérprete, que deverá justificar seu itinerário lógico da forma mais objetiva possível, ainda que com uso de elementos extrajurídicos.

Luís Roberto Barroso (2015, p. 404-406), comenta a aproximação inevitável entre o direito e política, citando três fatores preponderantes, que, junto com a judicialização de um largo número de matérias, vieram por aumentar a atuação do Judiciário e abrir portas para o ativismo judicial. Primeiro, comenta a linguagem aberta dos textos jurídicos, com suas amplas áreas de penumbra em dispositivos variados, o que impõe subjetividade tanto na interpretação judicial quanto administrativa. Em segundo lugar, cita os desacordos morais razoáveis (MCMAHON, 2009; TERSMAN, 2006), inerentes a qualquer sociedade democrática pluralista, e, por fim, as colisões entre normas constitucionais, detentoras de mesma hierarquia no plano da validade, sejam elas princípios ou regras. O argumento foi inclusive suscitado pela Presidência da República quando intimada do requerimento de informações no âmbito da ação objeto desse trabalho.

Importante salientar essa corrente filosófica por vezes utilizada por intérpretes brasileiros, que vê o direito como instrumento. Renomeado na década de 80 como pragmatismo jurídico, terá alguma chance de vir a ser utilizada como força motriz de decisão da ADPF 442. Dissertemos acerca desse conceito marcado por elogios e críticas pela doutrina constitucionalista.

Pode ser considerado como um movimento filosófico oriundo do construtivismo, principalmente difundido nos Estados Unidos da América, surgido entre o final do século XIX e início do século XX por Charles S. Pierce, William James e John Dewey. O pragmatismo prega a avaliação das ideias e ações a partir das suas consequências, de modo que apenas estas consequências seriam aptas a atribuir-lhes o seu efetivo significado. Assim, a investigação filosófica ou científica demandaria uma ligação necessária e indissociável para com a experiência do mundo real e as suas repercussões práticas. Ganhou espaço no âmbito teórico após a ascensão do pós-positivismo, mas diversos foram os juízes inclusive da Suprema Corte Americana a propagá-lo pelo século XX, como Brandeis, Frankfurter, Jackson, Douglas, Brennan, Powell, Stevens, White e, mais recentemente, Breyer.

O pragmatismo pode ser suscitado como uma teoria sobre teoria. Do aperfeiçoamento do uso da razão prática e fundamentação racional para princípios afetos à moralidade e justiça e conflitos inerentes a todo processo civilizatório. É uma teoria sobre a atividade judicial, sobre compreender o direito em termos comportamentais. Nas palavras de Richard Posner (2003), um dos mais conhecidos nomes contemporâneos do pragmatismo

jurídico, o direito é uma atividade, mais do que um conceito ou um grupo de conceitos (POSNER, 1990). Ao adotarmos esta definição, somos necessariamente remetidos ao agente desta prática, ou desta atividade, que é o direito: o juiz.

Em muito boa hora também foi editada a Lei 13.655/18, que formulou profundas alterações na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), ao adicionar os artigos vinte a trinta no diploma, positivando questões sensíveis atinentes aos processos decisórios no âmbito público, prestigiando valores como segurança jurídica, proporcionalidade, democracia, devido processo legal, e motivação em seu sentido amplo (quanto ao dever geral de fundamentação de toda ação estatal). Estes dispositivos serão comentados oportunamente mais a frente e se relacionam de forma íntima com o processo decisório a ser tomado pelo STF no caso aqui estudado.

Os juízes pragmatistas fazem o direito, e não simplesmente o “encontram”. Eles são verdadeiros criadores do direito, e não meros reprodutores. Isso é o reconhecimento da lógica inversa do processo decisório clássico do apogeu do positivismo jurídico. No entanto, se vai além. Pensar o direito de forma pragmatista implica em desconsiderar a ideia de interpretação judicial. O juiz pragmatista não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser embasadas por diferentes fontes, jurídicas ou não. As fontes autoritativas são apenas fontes de informação para o juiz pragmatista, como são todos os recursos que lhe são disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos jurídicos ou

extrajurídicos. A questão da falseabilidade ou incompletude dos dados levados ao Judiciário será comentada mais a frente.

Pode-se então afirmar que os juízes pragmatistas operam com um método em que comparam as consequências das mais variadas decisões para um caso concreto. De todas as possibilidades de decisão, o pragmatista tentará supor consequências, e do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor. É certo que ele escolherá, dentre as possíveis, a que melhor corresponder às suas concepções de necessidades humanas e sociais. Essa motivação se justifica se olharmos pela ótica das teorias dos direitos fundamentais, e também quanto à dignidade humana em seus três elementos, valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual, e valor comunitário, porque há, de fato, certo dever de intervenção na realidade social. No marco filosófico que tornou possível o pragmatismo, já se entende que o direito não deve ser somente descritivo, como também indutivo, deve ter ares de modificação da realidade para o melhor. Isso significa abraçar os dados que vem de fora da ciência jurídica, com contribuições de outras disciplinas das mais variadas áreas do conhecimento.

Até por isso é válido dizer que o pragmatismo é visto como uma espécie de teoria do ativismo judicial, pois, em seu âmbito, o que confere validade para as normas é sua própria aplicação, ou seja, trata-se de um sistema que se retroalimenta sob o aspecto da legitimidade. Dessa forma, se conclui que não existe norma positiva propriamente dita a se extrair do enunciado normativo antes da aplicação no caso

concreto. Somente nesse momento a pretensão do direito escrito tornar-se-á efetivamente positivo ou positivado, não quando promulgado pelo legislador. Ou seja, antes de ser aplicada, a norma jurídica constitui apenas um dentre diversos recursos aos quais o juiz pode recorrer. Ela seria assim uma fonte autoritativa, pois oriunda do Estado, mas não ainda uma norma válida – pois, para os pragmatistas, o que confere validade às normas é a sua aplicação.

É bem verdade que o total abandono das abordagens positivistas e formalistas do direito pode levar a certas externalidades indesejadas, com repercussões imprevisíveis na sociedade como um todo. Por vezes o compromisso com as necessidades humanas e sociais pode vir a extrapolar da esfera da discussão da lide que o magistrado está a observar, o que é essencialmente gravoso em processos de tutela coletiva e controle concentrado de constitucionalidade. O pragmatista se vale de seu poder atribuído pelo Estado para fazer que as leis, se ajustem às práticas da comunidade extrajurídica. Na atual quadra jurídica mundial, pode-se dizer que representa mais um dos desdobramentos do pós-positivismo, com certa tendência de aproximação ao jusnaturalismo, porém de forma mais racional e empírica, tendo ainda como norte a Constituição e respeito mínimo às leis, ainda que seu compromisso seja com o futuro.

Pensa-se que as Leis Maiores de cada país têm um caráter dirigente, compromissório e mandamental quanto aos objetivos do Estado, e é aí que o pensamento prospectivo se encaixa, sem desprezar as convenções sociais fundamentais à estabilidade social.

Por isso que os juízes pragmatistas rejeitam um suposto dever de consistência com o direito pré-existente. O pragmatista quer olhar para o futuro, e por isso decide de acordo com as consequências que o seu julgamento pode acarretar. Ele só olha para o passado estrategicamente, se a consistência com o direito posto for um meio para alcançar a boa decisão. Reconhecendo que uma decisão incongruente e ilegítima pode desestabilizar o direito, esta será uma má decisão, portanto, e não será prolatada.

Podem ser elencados como ideias básicas do pragmatismo filosófico o antifundacionalismo, o consequentialismo e o contextualismo (BARROSO, 2017, p. 322), já mencionados anteriormente. O antifundacionalismo implica na rejeição à fundamentação que se alicerce em asserções absolutas, estáticas, perpétuas e imutáveis.

Assevera-se que o processo natural de mutação das relações não permite assegurar que existam respostas finais, definitivas e atemporais que se prestem a servir de verdade universal. O processo sistemático de investigação e reflexão permite que se obtenha uma resposta, a qual será, na medida das reais condições existentes, a resposta satisfatória para a situação examinada.

O atingimento desta resposta aceitável, contudo, não faz cessar a possibilidade de investigação sobre o objeto, que deverá estar em constante estado de aprimoramento. Ao passo em que esta ideia vem para repelir a aversão à racionalidade, sobretudo no que tange a controvérsias acerca de direitos humanos e

costumes, deve ser encarada com parcimônia, tendo em vista a necessidade expressa de pacificação social, consagrada pela segurança jurídica, em nosso ordenamento.

Fato é que a realidade é muito mais dinâmica que a atividade legislativa jamais poderá sonhar em ser, porém para este trabalho, assume mais relevo a necessidade de abandono de dogmas e assunção de uma ótica abstencionista do Estado do campo subjetivo.

O Consequencialismo é a pedra de toque do pragmatismo judicial, pois impõe o exame axiológico da ação, avaliando quais serão as suas possíveis consequências, de modo que esta previsão possibilite obter os resultados mais satisfatórios, úteis ou benéficos para a coletividade. Para essa concepção, consequências e resultados das decisões devem ser o principal fator na atuação do juiz, sendo de menos importância a fundamentação.

Nesse caso acontece uma racionalização da decisão já tomada *a priori*, com a fundamentação sendo exposta *a posteriori*. Essencialmente o que acontece é o caminho reverso da lógica da regra de decisão, busca-se primeiro a solução para o caso de acordo com fatores extrajurídicos, subjetivos, intuições, personalidades e preferências, para depois selecionar as normas jurídicas para fundamentar a decisão.

A terceira premissa, o contextualismo, implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade aos aspectos culturais, ou seja, às crenças políticas, científicas e religiosas. Nada mais é do que a

consagração teórica específica da necessidade de aferição das circunstâncias fáticas e políticas para se achar a melhor solução. Não se pode conceber uma mesma decisão legalizadora quanto ao aborto num contexto em que toda a sociedade tem aversão, desconhecimento e até preconceito quanto à prática.

O estigma acerca de decisões judiciais sobre questões que envolvam desacordos morais razoáveis sempre será obstáculo para o efetivo convencimento do auditório universal, pois tensionam demasiadamente a democracia e o problema contramajoritário. No caso do Brasil, este será um item de sensível análise pelo STF em decorrência do atual momento político conservador consagrado pelas últimas eleições de 2018, principalmente no que tange ao Congresso Nacional e as agendas do Presidente da República eleito.

O pragmatismo judicial não é algo inovador a se discutir e vem sendo um dos métodos usados pelo STF em *judicial review* no decorrer dos anos. Para a concepção pragmática, portanto, consequências e resultados das decisões devem ser o principal fator na atuação do juiz, sendo de menor importância, ainda que presente, a fundamentação. Nesse caso haveria uma simples racionalização da decisão previamente já tomada com base em dados empíricos, com interpretação variável de um mesmo dispositivo legal ou princípio. Essencialmente o que acontece é o caminho reverso da lógica da regra de decisão, busca-se primeiro a solução para o caso de acordo com fatores extrajurídicos, subjetivos, intuições, personalidades, preferências, assim como noções de equidade e justiça,

para depois selecionar as normas jurídicas que fundamentarão a decisão.

É preciso ter cuidado quanto à racionalização oriunda de consequencialismo exacerbado, porque os princípios, uma vez elevados à condição de normas jurídicas pelo pós-positivismo, são dotados de alto teor de abstração e generalidade, o que permite a construção, no caso concreto, de decisões contraditórias para os mesmos casos, e até soluções iguais para casos distintos. A racionalização, como já dito, deriva de um processo valorativo intuitivo, não consciente, que visa conferir justificativa para um sentimento pré-existente da autoridade decisória, com fim de criar uma motivação artificial frente à sociedade e até mesmo para o próprio íntimo da pessoa.

A dignidade humana, por exemplo, é um valor da mais elevada hierarquia axiológica no ordenamento brasileiro, sendo vetor de interpretação de todas as incidências normativas possíveis. No entanto, sua generalidade, por se aplicar a todas as pessoas de direito, e sua abstração, por comportar inúmeras concepções substanciais, torna sua aplicação por uma autoridade estatal imprecisa e nebulosa, o que acarreta em uma tendência de deferência frente a normas mais específicas, entre inúmeras críticas veiculadas à possibilidade de arbitrariedade judicial.

O pragmatismo tem muitas oportunidades de uso legítimo, mas é preciso usá-lo com cautela para que não se transmude em instrumento legitimador de casuísmo e decisionismo exacerbado.

2.4.1 As cautelas a serem tomadas com o pragmatismo

O pragmatismo deve ser utilizado não da forma melhor intencionada, mas melhor manuseada. A ideia é evitar tanto o mau uso de dados empíricos, estatísticos e de outras áreas do conhecimento, quanto a desonestidade intelectual, pois o fim seria o mesmo, uma decisão ilegítima, sem adesão ao auditório universal, que fuja da ideia de consenso mínimo oponível a todos.

Vale o alerta para os perigos do “consequenciachismo”, conforme prelecionou Conrado Hübner Mendes (2018), que conceitua o problema como uma versão vulgarizada do consequentialismo, uma tentativa de avaliar o impacto do Direito na realidade por meio do uso pouco cuidadoso de dados empíricos (sem avaliar fontes, métodos, escopo, incertezas e objeções), apresentando como fato meras especulações e intuições sobre a realidade social, política e econômica. Ao buscar na aparência de empiria e objetividade um reforço argumentativo, o uso seletivo de fatos e dados acabam explicitando as preferências pessoais do aplicador do “consequenciachismo” e a sua pouca preocupação com o mundo real, de acordo com Mendes (2018), “O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso (*wishful thinking*), a confusão entre o que é e o que se queria que fosse” (MENDES, 2018).

Em artigo publicado no site Direito do Estado, José Vicente dos Santos Mendonça (2018) traça, de forma resumida, uma breve defesa do

consequenciachismo frente a seu outro rival metodológico muitas vezes utilizado pelo Judiciário em todo o Brasil: o “principiachismo”, que representaria um “carnaval principiológico”, onde a força normativa dos princípios, aliada à sua natureza conceitual aberta, permitiria um refúgio argumentativo obscuro, infalível e insindicável, além de oponível a todos. Seria forma de uso retórico dos princípios como escudo argumentativo. Sucintamente, se coloca que o consequenciachismo permite refutação, porque é possível verificar os dados utilizados na fundamentação, ao passo em que isso não seria possível com os princípios, que guardam fundamento de validade em si mesmo e na Constituição.

Daniel Wei Liang Wang (2018), em coluna no JOTA, traz à baila uma terceira opinião e uma solução: a de preferência pela deferência. Explica-se:

A grosso modo, o Judiciário tem três opções frente a disputas cuja resolução envolve questões factualmente complexas e com grandes implicações sociais, políticas e econômicas: (1) ignorar a complexidade para julgar sem se preocupar com fatos ou consequências (“Fiat justitia, et pereat mundus”), ou com base apenas em palpites informados; (2) reconhecer a complexidade e tentar compensar suas limitações com debate amplo e métodos robustos para coletar e analisar informações; e (3) reconhecer a complexidade e exercer deferência a Executivo e Legislativo por razões de legitimidade democrática e

capacidade institucional. O dilema entre principiachismo e consequenciachismo existe apenas na opção (1) (Wang, 2018).

A problemática do consequenciachismo contra o principiachismo só se verifica no caso 1, mas as decisões ilegítimas podem originar também no caso 2.

Quando o Judiciário ignora a complexidade da causa para julgar sob a ótica da microjustiça ou até mesmo ignorando as consequências da decisão, a decisão tenderá a não ter legitimidade e até agravar o estado de lesão dos direitos em jogo. O contexto da lide não pode ser ignorado.

O problema também ocorre quando uma Corte se utiliza dos mecanismos de suposta “ampliação democrática” como reforço retórico de decisões já previamente tomadas. De nada adianta aumentar o acervo informacional se este jamais teve a intenção de ser utilizado de fato, ou, quando sequer há a capacidade necessária para seu processamento.

No caso três isso não ocorre porque o Judiciário, ciente de suas capacidades institucionais, reconhece ter estrutura inferior ao de órgãos com burocracias específicas para avaliar o impacto de normas e políticas. A probabilidade de erro aumenta vertiginosamente quanto menor for a especialização, e isso é um fato da vida. No âmbito de questões altamente sensíveis para além do Direito, que envolvem toda a sociedade em seus mais variados níveis e pluralidade de pensamentos, fica

o questionamento patente sobre qual a melhor forma de decisão e se é o STF o melhor local para se questionar a problemática do aborto.

As novas mudanças oriundas da Lei 13.655/2018, consistentes das adições dos artigos 20 a 30 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4657/42), vêm no sentido de ampliar o uso racional dos conceitos jurídicos indeterminados, prestigiando a segurança jurídica, democracia, motivação administrativa como pressuposto da presunção da legitimidade dos atos administrativos (dando maior concretude ao elemento motivo, além da construção doutrinária da Teoria dos Motivos Determinantes), dever de fundamentação (para permitir o contraditório e ampla defesa), proporcionalidade, consensualidade e razoabilidade.

O novo artigo 20 da LINDB não tem como escopo vedação a uso de conceitos jurídicos indeterminados em decisões no geral, mas sim seu uso sem consideração aos efeitos práticos da decisão. Isso representa uma vitória da racionalidade nos processos decisórios em geral, pois impõe ao consequencialismo, que não deve ser demonizado de forma simplista, pois tem utilidade no mundo real, a observância do celebrado crivo da proporcionalidade (STUMM, 1995), ao positivar a motivação, necessidade e o sopesamento da solução dada frente a outras igualmente possíveis, bem como seus prós e contras. É a consagração da teoria idealizada por Alexy (2009), em “Teoria dos Princípios”.

Conforme as lições de Marçal Justen Filho (2018)¹⁷, a previsão dos efeitos práticos de uma decisão estatal é condição *sine qua non* de compatibilidade com o próprio princípio abstrato invocado, pois processo de concretização de um valor não envolve somente a escolha de uma solução dentre diversas, mas a ponderação quanto ao seu resultado prático. Essa premissa tem elevada importância na solução da ADPF 442 porque acarreta maior ônus ao Pretório Excelso, que, ciente dos imensos impactos de uma decisão procedente no controle abstrato, deverá sopesar eventual atuação progressista frente a discussões sociais e políticas com uma postura de deferência e reconhecimento de suas devidas capacidades institucionais, bem como legitimidade democrática.

Na seara do Direito comparado, vale salientar os precedentes *Luther v. Borden* (1849), *Baker v. Carr* (1962) e *Powell v. McCormack* (1969), nos quais a Suprema Corte Americana criou e aplicou a *political question doctrine*, uma teoria que busca definir as situações em que o Judiciário deve assumir postura de abstenção (*judicial self-restraint*) quanto a certas questões complexas e afetas a assuntos não objetivamente especificáveis, ante a necessidade de amplo debate público no âmbito deliberativo.

É imperioso comentar a abrangência do referido artigo 20 à LINDB, pois este consagra não só o aumento da racionalidade no âmbito do consequencialismo, que é perfeitamente utilizável pelo intérprete na resolução de

¹⁷ Edição Especial da Revista de Direito e Administração: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

casos de colisão entre direitos fundamentais e princípios, como também reforça o artigo 5º da própria lei, fazendo alusão expressa ao âmbito judicial, em consonância também com o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil, do dever de fundamentação do Judiciário, bem como o atendimento ao fim social e bem comum.

Ao positivar essa referência às decisões judiciais, teve não só uma dupla eficácia, como pode-se dizer que teve até mesmo tripla incidência. Vejamos, primeiramente, não só o artigo 20 impõe racionalidade às decisões de cunho consequencialista, como ainda faz referência a toda atividade de dirimir conflitos independentemente deles serem oriundos da esfera administrativa, judicial ou controladora, bem como dá maior concretude ao artigo 5º da própria lei, realizando uma conexão extremamente tempestiva e intensa com o artigo 489 do CPC. O raciocínio lógico jurídico, portanto, sai vitorioso com as novas alterações, rechaçando interpretações subjetivistas, e, principalmente, diminuindo a ojeriza dos juristas frente ao uso desenfreado do pragmatismo e princípios.

Conforme preleciona Martins de Araújo (2017, p. 186):

[...] com a busca crescente pela concretização de direitos e garantias, as questões sociais e morais passam a ser absorvidas pelo Direito, e, então, tendem a se resolver através da aplicação de procedimentos inspirados na forma judicial, com a evolução do papel das cortes no controle de deliberações normativas.

Isso decorre intimamente da judicialização imposta pela promulgação da Constituição da República em 1988, que trouxe uma sistemática de controle de constitucionalidade mista e de ampla propositura. Como bem se sabe o Judiciário não pode deixar de julgar quando provocado (*non liquet*), não sendo essa uma atividade discricionária dos órgãos judiciais. Entretanto, o modo como irão exercer sua competência dirá muito sobre sua atuação, se haverá ativismo ou pragmatismo, principalmente quando a decisão exarada for de natureza irreformável por outros magistrados, como é o caso das decisões da Corte Suprema.

Afigura-se, portanto, inegável o papel político criativo do órgão de cúpula do Judiciário na resolução das mais complexas matérias de relevante cunho social, pois esta, ainda que não perfeita, parece ser a mais adequada para certas matérias, ao final das contas. Muito disso se deve devido à crescente crise de representatividade da população brasileira quanto aos outros dois Poderes da República, o que vem mitigando o que se denominou a dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1996), porém a prática argumentativa da jurisdição constitucional no âmbito pragmático deve ser capaz de refletir critérios democráticos e claros da comunidade a que se destina o que é intrínseco ao dever de fundamentação do intérprete da lei. A decisão deve ser plenamente capaz de demonstrar, por si só, que não está em descompasso com os direitos fundamentais, que envolve reflexão de visões que podem ser compartilhadas e entendidas pelos mais amplos aspectos ideológicos, políticos e sociais.

Coerência é a chave, principalmente no que tange à tão desejada harmonia entre os Poderes, numa perspectiva de previsibilidade e equidade. É sabido que o fundamento de legitimidade da supremacia judicial advém da própria confluência de ideias do constitucionalismo democrático: proteger a democracia, os valores e direitos fundamentais.

O Poder Judiciário deve sob a ótica dos valores atinentes, à segurança jurídica, expressos na Constituição da República e também em leis esparsas como o atual Código de Processo Civil, uniformizar sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente, buscando mecanismos de cooperação como, por exemplo, o *amicus curiae*, sistemas progressivos e apaziguadores como o dos recursos repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sem deixar de lado, claro, a importância do uso da jurisprudência já existente como guia na feitura de um raciocínio jurídico transparente e conciso, ainda mais no julgamento de matérias complexas.

Quanto ao uso de jurisprudência, principalmente a internacional, o seu manejo descuidado pode gerar decisionismos, que seria a substituição da lei – nossas balizas democráticas – pelas preferências do julgador. O movimento vendido como esperança do povo no ativismo judicial, em contraponto com a crise política, pode ser usurpado, especialmente quanto aos direitos humanos, como instrumento indireto de aumento da repressão e retrocesso.

O pragmatismo jurídico pode ser utilizado para a construção de uma decisão legítima, mas somente boas

intenções não satisfazem o ônus argumentativo envolvido. É preciso, dentro das três opiniões autorais aqui invocadas, traçar certos parâmetros de alerta.

Quanto ao primeiro alerta, encontramos a preferência pelo uso de dados empíricos com relação ao uso desenfreado de princípios. A ideia é que uma decisão equivocada com base no “consequenciachismo” seria sindicável de forma concreta, ainda que pela sociedade. A desobediência civil e a reação legislativa teriam motivação bem identificável nesse ponto, uma vez feita a conferência dos dados utilizados pela Corte Suprema e localizadas as premissas equivocadas. O mesmo não pode ocorrer quando a fundamentação do acórdão de julgamento de uma ação direta de constitucionalidade é pautada basicamente em princípios e uma conceituação abstrata do que eles representam.

Para o segundo, aos nos depararmos com a postura construtivista e a utilização do pragmatismo por uma Suprema Corte, o consequentialismo e o contextualismo precisam estar bem embasados com os dados empíricos e fatores extrajurídicos atinentes ao caso. A tarefa não é fácil, pois a falta de capacidade institucional de órgão do STF pode, por si só, falsear diversas pesquisas feitas com outros propósitos, ainda que de forma não intencional. Algumas diretrizes que podem ser úteis dos passos de cautela da utilização da ponderação: a) a decisão deve ser fundamentada na Constituição; b) a solução deve ter pretensão de universalidade; c) devem ser preservados os núcleos essenciais dos direitos em jogo.

O terceiro alerta serve de solução escalonada para ambos os problemas acima. Basta que o STF, ao se deparar com casos de razoável discordância moral e ética na sociedade, decida por “não decidir”. Nessa hipótese temos a autocontenção judicial utilizada de forma consequencialista estratégica pelo Tribunal, partindo da conclusão de que qualquer decisão exarada será ilegítima, por identificar duas hipóteses.

Na primeira, a Corte reconhece que não foi idealizada para dar a última palavra sobre aquele tema específico, mas ele chega até ela por conta da judicialização da política, ocorrido pela inserção no texto constitucional dos mais variados assuntos. Daí porque mesmo não tendo a opção de não decidir de fato, o STF pode julgar improcedente e manter o *status quo*, relegando ao âmbito deliberativo o ônus decisório.

Na segunda, a Corte avalia a futura autoridade de sua decisão, sabendo do risco de ela não ser cumprida ou da reação dos diversos setores sociais, políticos e econômicos. É natural que uma instituição queira preservar seu poder, pois isso é uma questão relacionada à convivência pacífica entre os Poderes, além de preservação da paz institucional. Por isso, ao perceber que o efeito vinculante de seu julgamento será apenas no papel, ou pior, que poderá causar desordem a nível nacional, também decide pela manutenção da situação presente.

Aqui temos o efeito rebote da jurisdição constitucional e seus imprevisíveis efeitos deletérios, que serão comentados mais a fundo no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3

A RACIONALIDADE E FUNDAMENTOS ARGUMENTATIVOS DO ABORTO

Inicialmente, cumpre fazer uma breve exposição dos argumentos trazidos pelos polos da Arguição estudada. Posteriormente, aprofundar-se-á nos argumentos jurídicos envolvendo constitucionalismo e democracia, ponderação, direitos fundamentais e dignidade humana.

A tese central defendida na referida ADPF é a de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não mais se sustentam sob o ordenamento jurídico constitucional instaurado com a promulgação da atual Carta Fundamental.

Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo (ADPF 442, p. 3).

Para o partido, a longa permanência da criminalização do aborto “é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável”, pois torna a gravidez um dever, sendo que, em caso de descriminalização, “nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade” (RAWLS, 2003).

O PSOL sustenta que a criminalização do aborto compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e afeta desproporcionalmente mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico, afrontando, portanto, o princípio da isonomia.

Outro aspecto apontado como violado é o direito à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres, e ainda o direito à vida e à segurança, “por relegar mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros” que causam mortes evitáveis e danos à saúde física e mental.

De forma sistematizada, a legenda alega violações diretas a direitos fundamentais das mulheres atinentes à vida, autodeterminação, isonomia material, saúde e integridade física. Indiretamente se questiona a recepção dos dispositivos impugnados frente à nova ordem constitucional que assegura a laicidade do Estado, ou seja, a não imposição de valores religiosos à população. Marco temporal pode ser tido tanto a promulgação da Constituição da República em 1988, que definiu o catálogo de direitos fundamentais desde a

manifestação do poder constituinte originário, quanto em momento posterior, graças a mutações constitucionais.

Sendo certo que a recepção é fenômeno que se analisa sob a ótica da compatibilidade material, não se ataca exatamente a forma que veio editada a Lei Penal sob o Governo ditatorial de Getúlio Vargas, em 1940 – Decreto-Lei – mas não se exclui a necessidade de aferição atenciosa das circunstâncias históricas que levaram à sua positivação. É válida a recordação da inicial que o elemento histórico é fundamental para compreensão da *mens legis*, e deve ser problematizado cuidadosamente frente a evoluções sociais, científicas e políticas, bem como a progressão da perspectiva do direito pela sociedade. Tendo isso em conta, a ausência de participação do Legislativo junto a um cenário histórico específico pode nos remeter a uma presunção de caráter antidemocrático do diploma.

Do lado requerido, com diferentes correntes de defesa da lei impugnada, a Presidência da República, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e a Advocacia Geral da União se posicionaram, resumidamente, com três ordens de argumentos. A primeira é o caráter relativo dos direitos fundamentais, a segunda versa sobre legitimidade democrática, e a terceira sobre a distinção entre todos os precedentes aduzidos.

3.1 A corrente contrária à descriminalização

Para a corrente que vai contra a possibilidade de aborto no primeiro trimestre de gestação, a primeira ordem de argumentos é a relatividade dos direitos fundamentais elencados no ordenamento. A lide objetiva descreveria confronto necessário com outro direito fundamental relevante e igualmente tutelado pela ordem constitucional, o direito à vida humana intrauterina, que se igualaria à vida humana. Além disso, não se vislumbra um direito fundamental ao aborto expresso na Constituição, sendo isso matéria atinente a conformação legislativa.

Decorrência direta desse atrito entre princípios consubstanciadores de direitos fundamentais e de não haver uma resposta clara extraível pelo método clássico da subsunção, a segunda ordem é de legitimidade democrática e institucional para atuação da Suprema Corte. Trata-se de conflito entre princípios constitucionais de mesma hierarquia, uma vez inexistir hierarquia jurídica entre normas constitucionais. O que se sustenta, num Estado de Direito com um Legislativo “para valer” é que a opção do legislador deve ser respeitada, quando existir. A lógica da ponderação nesse caso atrai o fato de que somente afrontas manifestas a direitos fundamentais podem ser declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Significa dizer que, havendo interpretação da norma impugnada que permita a sua permanência no mundo jurídico, essa deve ser reputada válida, afinal o aborto é matéria altamente controversa e alvo dos “desacordos morais razoáveis” (MCMAHON, 2009; TERSMAN, 2006).

Haja vista inexistir restrição desproporcional, aferível jurídica ou empiricamente, sustentam, portanto, que a preferência pelas matérias afetas a políticas públicas é do Poder Legislativo, o que atrairia uma postura de deferência judicial, em respeito à separação de poderes. Dito isso, rememora-se que a questão da descriminalização já foi debatida no PL 1135/91, e foi rejeitada pela Câmara dos Deputados, e que existem, inclusive, projetos de norma constitucional e legal visando a proteção do nascituro desde a concepção (BRASIL, 2012; BRASIL, 2004b)¹⁸.

A terceira ordem de argumentos é a técnica da distinção, ou “*distinguishing*” entre paradigmas e a hipótese a ser examinada em tese na ADPF 442. Isso porque, segundo os requeridos, as circunstâncias de fato e questões de direito dos casos domésticos suscitados não são as mesmas. Na ADPF 54, analisou-se a questão da anencefalia, o que inviabiliza o nascimento e desenvolvimento com vida da criança recém-nascida de qualquer forma que se veicule, diferente da gestação e nascimento de bebê em condições biológicas e fetais normais. Quanto à ADin 3510, justifica-se a distinção entre os casos porque nela se discutiu controvérsia consistente na lei de biossegurança e o uso para pesquisa científica de células-tronco embrionárias inviáveis à vida, com a obrigatoriedade de que os estudos atendam ao bem comum e que os fetos sejam provenientes de processos de fertilização *in vitro*.

¹⁸ PEC 164/2012 e PL8.116/2004.

Quanto ao HC 124.306, recordam que a discussão e interpretação jurídica definida ocorreu apenas de forma incidental, sem caráter vinculante, pela Primeira Turma da Suprema Corte, não pelo Pleno, o que denota que não há entendimento pacificado nesse sentido. Vale salientar que nem a Constituição e nem norma infraconstitucional preveem eficácia erga omnes para decisão em Habeas Corpus, ainda que seja remédio constitucional da mais elevada instrumentalidade protetiva a direitos fundamentais e o controle difuso de constitucionalidade esteja sob discussão jurisprudencial e acadêmica acerca de eventual mutação constitucional (CARNEIRO TEIXEIRA, 2017).

Também se fala de distinguishing, com mais ênfase ainda que com relação aos precedentes domésticos, dos casos *Roe v. Wade*, *Doe v. Bolton* e *Aborto II*, os dois primeiros julgados pela Suprema Corte Americana (*American Supreme Court*) e o último pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerricht, BVerfGE*), uma vez que aí as diferenças de circunstâncias fáticas e jurídicas são ainda mais pungentes por conta da distinta nacionalidade.

Em muito boa hora também foi editada a Lei 13.655/18, que formulou profundas alterações na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), ao adicionar os artigos 20 a 30 no diploma, positivando questões sensíveis atinentes aos processos decisórios no âmbito público, prestigiando valores como segurança jurídica, proporcionalidade, democracia, devido processo legal, e motivação em seu sentido amplo (quanto ao

dever geral de fundamentação de toda ação estatal). Estes dispositivos serão comentados oportunamente mais a frente e se relacionam de forma íntima com o processo decisório a ser tomado pelo STF no caso aqui estudado.

3.1.1 Tensão entre democracia e constitucionalismo

Patente no *judicial review* a nível global, mas mais presente nos países que adotam o sistema de controle abstrato, como o Brasil, está o equilíbrio entre constitucionalismo, que é a limitação do poder estatal, e a democracia, a fonte desse poder. Resumidamente, constitucionalismo significa a limitação do poder estatal e supremacia da lei (Estado de Direito). Democracia, por sua vez, significa soberania popular e governo da maioria (BARROSO, 2017, p. 114).

É nos casos de difícil resolução que a sensibilidade das questões atinentes à interpretação constitucional vem mais à tona. Lembra-se dos riscos da arbitrariedade judicial, tendo também em vista que o Judiciário, nos casos difíceis, não só realiza mero exame técnico, mas também função política e de criação do Direito. Como dito anteriormente, a concepção montesquiana de “boca da lei” já se esvaiu no esquecimento da eficácia social da teoria formalista.

Em pouquíssimas palavras, a tensão entre esses dois conceitos tão próximos encontrados na maior parte

das ordens constitucionais contemporâneas do mundo ocidental pode ser descrita, no âmbito jurídico e político, como a dissidência entre o dever de abstenção do Estado quanto ao afastamento de dogmas oponíveis a todos e a deliberação política majoritária.

Essa tensão é instrumentalizada pela jurisdição constitucional, instrumento de análise da compatibilidade dos atos normativos estatais pelas Cortes Constitucionais. A doutrina contemporânea encontra dois fundamentos para sua existência: a competência para veicular consensos mínimos oponíveis a todos, não passíveis de modificação e; garantia do espaço próprio do pluralismo, que assegura o funcionamento das instituições (BARROSO, 2017, p. 116).

É certo que os dois conceitos não são antagônicos, e sim complementares. Foram idealizados para permitir, a um só tempo, estabilidade quanto aos consensos mínimos e ajustes equitativos, e agilidade para solução das demandas coletivas. É isso que permite que as Constituições institucionalizem um Estado democrático de direito, assegure os direitos fundamentais, contribua para o desenvolvimento econômico e redução de desigualdades, e provenha mecanismos de racionalidade e transparência na Administração Pública e nos processos legislativos.

De salutar importância para que se aprofunde o devido papel do constitucionalismo no referido embate são as teorias pós-positivistas de interpretação constitucional, dentre as quais se destaca a Teoria dos Princípios e os conceitos da discricionariedade estrutural e epistêmica (ALEXY, 2002. p. 388-425), pois, em se

tratando de uma discussão em que o método da ponderação terá de ser utilizado, restará ao STF também a pergunta: até que ponto é confiável o conhecimento da Corte para decidir sobre uma determinada matéria mesmo após a análise da proporcionalidade?

Ao que tudo indica o Supremo tem a intenção de pluralizar o debate com o deferimento de *amici curiae* de amplos setores da sociedade civil, o que se afigura adequado e uma concretização do constitucionalismo moderno de que não é somente o Judiciário o único intérprete da Lei Fundamental, porém, ainda assim, a dúvida acerca da melhor via para decidir sobre um tema afeto a políticas públicas terá de ser, no mínimo, reconhecida.

No que pese a concepção “montesquiana” da separação de Poderes já esteja a muito superada, é inegável que o julgamento pela procedência da ação constitucional alçará o Supremo ao papel de, se não legislador positivo, administrador, ao impor a criação de diversos procedimentos, regulamentos, compras e obras públicas aos Executivos de todas as esferas, sem prévia deliberação no âmbito político. Daí porque é tão importante que haja abertura para diálogo com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1980), nessa toada.

Vale salientar também que a Teoria dos Princípios e a Fórmula do Peso de Alexy (2002), fazem vigorar, além do peso dos princípios em jogo e a intensidade da restrição, a confiabilidade nas premissas subjacentes ao caso. Os dados empíricos terão extrema relevância e deve-se verificar tanto se os precedentes estrangeiros

serão usados de forma a não incluir obter dicta quanto os dados trazidos pelo PSOL e outros amici curiae.

Por isso, quando do julgamento da ação, examinar-se-á também a avaliação da autocontenção judicial independentemente do resultado, posto que o STF poderá, em seu método de decisão, passar pelo exame da proporcionalidade e reconhecer, na discricionariedade epistêmica, que, talvez não tenha legitimidade democrática ou a capacidade institucional o suficiente para versar sobre a matéria. Caso haja empate em cada um dos votos proferidos individualmente, a postura individual legítima de cada Ministro deverá ser a de abstenção, e não de ativismo em prol de seus próprios valores e idiosincrasias.

É certo que o atual marco filosófico do constitucionalismo, o pós-positivismo, vem modificando e servindo de guia para a atuação das Cortes Constitucionais de todo o mundo, porém essa conexão necessária entre direito e moral, que pressupõe uma teoria do direito com caráter normativo (função descritiva e prescritiva), é altamente complexa.

Ao mesmo tempo em que a pretensão de correção (NOVELINO, 2018, p. 69). (substancial, da moral) é pressuposta por todos os sistemas jurídicos (caráter necessário), sua inobservância não invalida normas individuais e sistemas jurídicos, apenas os desqualifica (caráter qualificativo) quanto a certas interpretações, não os retirando do ordenamento jurídico (critério da validade ou compatibilidade com o ordenamento e a Constituição). Essa pretensão de correção substancial, idealizada por Alexy (2002), impõe,

portanto, o dever jurídico de decidir corretamente. A problemática se põe num caso como o estudado, em que todas as interpretações podem ser vistas como moralmente reprováveis, considerando o patamar mínimo de justiça.

A relevância dessa reflexão para o julgamento da ADPF 442 passa pelo fato de que, por vezes, a moral do julgador pode não ser suficiente para invalidar uma norma, ainda que somente no âmbito qualificativo. Isso porque o Judiciário deve, como regra, reconhecer quando sua capacidade institucional não for suficiente para absorver as informações relevantes para dirimir um certo caso, ou, ainda, quando o acervo informacional puder ser ampliado, mas não aproveitado da maneira ideal.

A não observância desses critérios pode levar a uma decisão em controle concentrado ilegítima pela tensão entre constitucionalismo e democracia, configurada na “dificuldade contramajoritária”. Num contexto onde a controvérsia deve ser discutida de forma mais ampla e efetiva, onde haja consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, a deliberação deve ter um escopo cognitivo maior do que onze ministros não eleitos. Sobre as cautelas suscitadas por James Bradley Thayer (1893), influente ex-professor de Harvard, falecido em 1902, acerca do *judicial review*:

It cannot do this as a mere matter of course – merely because it is concluded that upon a just and true construction the law is unconstitutional. That is precisely the significance of the rule of administration that the courts lay down. It can only disregard the

Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one – so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply, not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what the judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it. This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional (THAYER, 1893).

O professor atentava para o fato de que, talvez, se estivesse inserido num mandato eletivo e fosse membro do Parlamento, votaria por não aceitar uma determinada questão por considerá-la inconstitucional em sua visão pautada numa ordem subjetiva de valores ou simplesmente porque a função política permite a discricionariedade necessária da íntima convicção na representação do povo. No entanto, ao se colocar na posição de intérprete final da Lei Fundamental, ele diz que somente poderia agir da mesma forma se o erro dos

agentes eleitos fosse claro e inequívoco, não comportando absolutamente nenhuma visão contrária.

A tensão entre democracia e constitucionalismo é instrumentalizada para a continuidade da vedação ao aborto, para essa corrente, por meio da interpretação constitucional, o que se vê a seguir.

3.1.2 A interpretação constitucional para a preservação da proibição

Como as normas constitucionais possuem especificidades oriundas de sua origem, objeto e finalidade, os elementos tradicionais de hermenêutica jurídica não são suficientes para dar conta de todas as complexidades, de maneira que são necessários princípios específicos da interpretação constitucional. O direito constitucional em sua concepção de efetividade tem funções como levar o Direito à política, disciplinar o exercício de competências pelos entes federados e Poderes da República, limitar o poder do Estado e traçar diretrizes para sua atuação. Fruto da conversão da soberania popular, poder intrinsecamente político, em norma jurídica, a Constituição assume supremacia hierárquica no ordenamento. Daí porque as normas constitucionais têm características peculiares, associadas a status, conteúdo, natureza da linguagem, e caráter político. Tudo isso demanda extrapolação dos limites da argumentação puramente jurídica conforme concebida no positivismo. A interpretação constitucional,

sob o marco filosófico do pós-positivismo e ascensão dos princípios, ultrapassa a dimensão da filosofia jurídica e atrai para si as filosofias moral e política.

O catálogo de princípios instrumentais a seguir não é único ou objetivo, porém deriva de moderna e relevante doutrina contemporânea que se revela mediante utilidade prática e observância empírica (BARROSO, 2017, p. 339): supremacia da Constituição, presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, interpretação conforme, unidade da Constituição, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade.

A supremacia da Constituição condiciona a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico e é o fundamento principal do controle de constitucionalidade. Juridicamente é a atribuição de hierarquia superior às normas constitucionais, como idealizou Hans Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”, na qual elas ocupam o topo da pirâmide. Contraposta a essa ótica está a supremacia do Parlamento, praticada no Reino Unido e Nova Zelândia, onde não há judicial review por excelência, apesar de haver mitigações normativas recentes nesses países quanto a esse particular. Na França também a tradição também é a de supremacia do Parlamento, por histórica desconfiança dos membros do Judiciário, que seriam tradicionais defensores dos estamentos aristocráticos do *Ancien Régime*.

A interpretação conforme, categoria desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemã, destina-se à preservação da validade de normas suspeitas de

inconstitucionalidade e atribuição de sentido compatibilizante às demais normas do ordenamento. A doutrina brasileira aponta que ela é, simultaneamente, mecanismo de controle e técnica de interpretação. Como controle, permite que o intérprete preserve a validade de uma lei, afirmando interpretação consonante com o texto constitucional e excluindo as que não forem importando em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto¹⁹:

A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado (BRASIL, 1957).

Como técnica de interpretação, representa a imposição de que o Judiciário tenha como primazia em suas análises os valores e fins constitucionais, ou seja, funciona como vetor interpretativo irradiante para todo o ordenamento. Em todos os casos, o limite é a possibilidade semântica do texto.

É bom lembrar que existe figura distinta de interpretação conforme que simplesmente declara que norma válida e em vigor simplesmente não incide sobre determinada situação de fato, o que não importa em declaração de inconstitucionalidade, mas delimitação de

¹⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 144, p. 146, 1957. ADin n. 581.

incidência. É um instituto utilizado comumente no tocante a normas de direito tributário.

A unidade da Constituição, tal qual a interpretação conforme e sua irradiação valorativa, impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas, determinando o sentido de todas as normas do sistema. A diferença aqui reside no fato de que a unidade tem como escopo as tensões dentro da própria Constituição. É sabido que nossa Carta é compromissória em sua ideologia, ou seja, buscou conciliar diversos princípios e visões de mundo antagônicas a primeira vista, tais como livre iniciativa e proteção ao consumidor e à saúde pública, desenvolvimento nacional com o direito ao meio ambiente equilibrado, ou justiça e segurança jurídica. Pelo fato de inexistir hierarquia entre normas constitucionais, os critérios clássicos da hermenêutica não solucionam os inúmeros conflitos que podem surgir, porque jamais poderá uma norma constitucional servir de parâmetro para invalidar outra. O que se extrai disso é a exigência de promoção da concordância prática pelo intérprete (HESSE, 1983), preservando o máximo possível de cada direito ou mandamento veiculado.

É nesse sentido de harmonização que se desenvolveu a teoria dos limites imanentes, que envolve duas premissas: a primeira é que direitos fundamentais não são absolutos e nem podem ser invocados em todas as situações, e a segunda é que os direitos devem ser harmonizados entre si. Significa que o âmbito de proteção *prima facie*, a proteção primária, núcleo externo dos direitos fundamentais, pode ser restringido sem ofensa à dignidade humana. O que se veda é a restrição

que importe no sufocamento do núcleo essencial do direito.

Também oriunda da concordância prática é o princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade, fundado na ideia do devido processo legal substantivo e justiça. Seus três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já comentados acima, servem de cânone interpretativo para a aferição da medida correta a ser adotada na resolução de um caso difícil, impondo o ônus argumentativo do intérprete à demonstração racional da escolha da melhor medida.

A efetividade consiste no quarto plano fundamental da análise dos atos jurídicos em geral, além da existência, validade e eficácia. Quando se fala em eficácia, normalmente se refere à eficácia jurídica, a aptidão da norma existente e válida produzir efeitos no mundo jurídico. A efetividade é eficácia sob a ótica social, a verificação de produção efetiva de efeitos do ato jurídico na realidade fática subjacente, a aproximação entre o dever/ser normativo e o ser da realidade social. A doutrina brasileira da efetividade, capitaneada por Luís Roberto Barroso e farta produção doutrinária pós-redemocratização, foi a impulsionadora do pensamento que o juiz deve sempre buscar a interpretação que prestigie a consagração dos valores e programas constitucionais.

Por último, porém não menos importante, fala-se da presunção de constitucionalidade dos atos normativos em geral. Derivada da legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, essa presunção é relativa, no

entanto, admitindo prova em contrário. É um princípio clássico da Teoria do Estado, sem a qual não há como se conceber a ideia de Poder Público atuante pelo interesse público comum. Decorrência direta desse cânone pacificador é que o ônus da prova de quem pretende aduzir incompatibilidades com o texto constitucional é, em regra, do requerente e de uma declaração de inconstitucionalidade e do intérprete da lei em seu sentido lato.

Esse princípio instrumental assume posição diferenciada no deslinde de casos difíceis, pois impõe ao Judiciário o reconhecimento de que ele não é o único intérprete da Constituição. Apesar de haver uma primazia da Suprema Corte quanto à última palavra da interpretação constitucional, cabe a ele reconhecer que em um Estado Democrático de Direito, também interpretam a Lei Fundamental o Legislativo, o Executivo e o povo. De fato, pelo arranjo promovido pela separação de poderes, a postura judicial deve ser a de autocontenção na declaração da inconstitucionalidade em três hipóteses: se a inconstitucionalidade não for manifesta, existindo tese jurídica razoável para preservação; se for possível decidir a questão por outro fundamento; existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma impugnada.

É certo que a Constituição brasileira trouxe uma nova ordem de valores e direitos subjetivos diretamente aplicáveis, de eficácia plena, mormente no que tange à vida, igualdade material e integridade física, mas não se pode esquecer da secular noção da proteção à vida desde a concepção, ainda que pautada em valores

éticos, filosóficos e religiosos. Diz-se “ainda” porque a alegação do PSOL na Arguição aqui estudada é que a proibição do aborto até a 12^a semana seria antijurídica, somente se sustentando por visões não imputáveis a toda uma sociedade. Ora, se somente consensos totais pudessem virar leis, então jamais existiria democracia. A democracia, em sua essência, não é o governo da totalidade, e sim da maioria. É preciso reconhecer que a vontade política pode se guiar por motivos morais de forma legítima.

Até mais de uma crença pode ser motivo para edição e promulgação de uma lei, e isso ocorre porque são, por excelência, os fatores externos ao direito, na qualidade de consensos majoritários não violadores do núcleo essencial de direitos fundamentais, justamente o que constroem o direito. A ordem jurídica constitucional democrática nada mais é, na origem e no plano político, que a concepção da sociedade acerca de um regramento aplicável a todos após deliberação e consenso representativo majoritário mínimo. Lembrar-se dessas lições de Teoria do Estado parece básico, mas é imprescindível para se evitar o repúdio gratuito a visões válidas de mundo num Estado que visa assegurar igualmente o direito à liberdade de crença, consciência ética e moral e os direitos reprodutivos das mulheres.

É esse apontamento básico a premissa maior da democracia, que assegura a verdadeira legalidade e igualdade, ao assegurar, a um só tempo, as competências precípuas do Legislativo em proibições de conduta, e permissões de outras. O que sustenta a visão de James B. Thayer (1893) é, justamente que a tipificação do crime do aborto pode vir a ser derrubada,

desde que pela via convencional, ou seja, pela lei, que representaria o consenso sobreposto (RAWLS, 2000), num desacordo moral razoável.

A presunção de constitucionalidade também traz outra consequência prática: a inconstitucionalidade de uma norma só deve ser declarada, em qualquer caso, com autolimitação pelo Poder Judiciário, devido à deferência e ao respeito que este deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não a dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes.

No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deve ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente (BARROSO, 2004, p.177). Este parece ser exatamente o caso, uma vez que a criminalização do aborto tem como base axiológica a proteção da vida intrauterina, vedação à destruição de um emaranhado de células (embrião ou feto) que compõem a vida humana em formação. Não bem uma pessoa humana, mas definitivamente vivo, pois se encontra em desenvolvimento e irá se tornar um ser humano em condições normais de gestação, a proteção à sua essência encontra guarida minimamente lógica pela proibição da interrupção da gravidez, podendo ser interpretada como extensão do direito à vida.

A autocontenção judicial implica que, não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a

possibilidade razoável de se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade. Além disso, havendo alguma interpretação possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito impugnado em vigor (BARROSO, 2004, p. 207).

Valem os questionamentos suscitados quanto ao pragmatismo, portanto, na resolução da controvérsia contida na APDF 442, tema de altíssima complexidade teórica. Isso porque não importa qual decisão seja tomada, ela será trágica de qualquer forma. Na previsão de resultados possíveis, não há sequer uma hipótese em que direitos fundamentais não sejam violados, seja pela permanência do status quo e improcedência, seja pela mudança radical de cultura jurídica oriunda de eventual procedência. Ao mesmo tempo em que negar o mérito dessa ação direta pode ser o legítimo a se fazer mesmo sob a ótica consequencialista, estar-se-á legitimando as milhares de violações aos direitos de mulheres no Brasil. Nessa esteira, dar a ela provimento pode importar em externalidades negativas imprevisíveis, tais quais um efeito rebote de reação dos setores conservadores, que tem, inclusive, maioria no processo político majoritário atual, além de insegurança jurídica, e, claro, desvalorização do status institucional do Supremo.

Ao fim e ao cabo, a discussão acerca do aborto parece nos remeter não de forma reducionista, a questões iminentemente democráticas. As indagações acerca da legitimidade do STF talvez nunca tenham sido

levadas tão ao âmago da instituição. Não há dúvidas de que a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, chamadas de doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas, políticas ou morais. Também o Supremo deverá ter consciência de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações, não importando se isso decorre para os de índole mais conservadora ou progressista. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública. Esta compreende o dever de afastar dogmas religiosos ou ideológicos, cuja validade é aceita somente por um grupo de seguidores.

3.1.3 O perigo do efeito backlash da jurisdição constitucional pelo Legislativo

O efeito *backlash* (rebote ou ricochete) da jurisdição constitucional se refere às possibilidades de reação legislativa e ativismo congressional contra a interpretação dada pelo Judiciário numa determinada matéria. São as consequências causadas pelo ativismo judicial quanto a questões de direitos fundamentais, normalmente concernentes a políticas públicas, não ainda maduras na sociedade. Consiste no risco de se queimar a ponte do diálogo e debate público, desaguando em uma reação de setores conservadores da sociedade.

Esse ponto de alerta serve para verificar se o Judiciário terá a sabedoria para avaliar quais decisões acerca de políticas públicas de caráter técnico, político, religioso, moral e até mesmo filosóficos devem ser tomadas pelos órgãos idealizados para tal, segundo tanto a concepção tradicional de Montesquieu quanto a mais moderna e contemporânea percepção da separação de poderes. O caminho a ser seguido, ainda que se entenda que o Judiciário seria o órgão capaz para dirimir a controvérsia, é de uso racional da teoria dos princípios, utilizando a metodologia correta, o desejado método da ponderação e o itinerário lógico idealizado por Alexy (2002).

No atual momento político brasileiro de virada conservadora na Presidência e no Congresso, com um presidencialismo aparentemente bem consolidado em suas coalizões, talvez haja ainda mais motivo para abstenção da Suprema Corte, a fim de evitar um efeito rebote na esfera legislativa. Até mesmo o advento de uma Emenda Constitucional visando proteger a vida desde a concepção seria possível, aumentando o grau de estabilidade dessa vedação à interrupção da gestação e gerando controvérsias inclusive acerca de sua inclusão como cláusula *pétrea*, no art.60, 4º, IV da Carta da República.

O ativismo congressional pode fazer surgir novas discussões acerca da constitucionalidade de tal reforma à luz dos direitos fundamentais e cláusulas *pétreas*, o que levaria a um cenário de instabilidade institucional, tensão democrática e gasto desnecessário da máquina pública judiciária, que poderia estar resolvendo outros

problemas com caráter de definitividade e contribuindo para a paz social e segurança jurídica.

A consequência direta, e isso já foi amplamente debatido na doutrina contemporânea, seria a erosão da autoridade do Judiciário, que também entraria em crise de representatividade – mais propriamente legitimidade - num escalonamento agressivo da dificuldade contramajoritária mesmo para juízes de piso, gerando descrédito generalizado das instituições judiciais no âmbito penal por todo o Brasil, retrocessos econômicos e estagnações de crescimento por conta do aumento da insegurança jurídica. Seria o espraiamento da sensação de que não temos um Estado de Direito “pra valer”.

A consequência indireta, por sua vez, não parece ter sido alvo de merecida reflexão. Essa seria a degradação da prestação de conjuntos extensos de garantias sociais, pois, para funcionar em sua dimensão prestacional positiva e de redução de desigualdades, o Estado precisa de superávit e uma economia florescente. Não existe direito social plenamente atendido para quem está à margem da sociedade quando o Estado se depara com uma crise. Não precisamos ir longe nem no espaço nem no tempo para constatar isso. Basta ver, dentre muitas, a situação calamitosa em que se encontrou o Rio de Janeiro no período após queda dos preços dos barris de petróleo em 2014 e subsequente diminuição de arrecadação, o que levou ao não pagamento de salários de servidores e comprometimento de diversas políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial.

Sobre o assunto, vale a colocação do ex-ministro Nelson Jobim (2004) em defesa de uso legítimo do

consequencialismo como critério formador de uma decisão:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões (JOBIM, 2004).

E é importante aqui não se falar somente dos problemas atinentes à legitimidade democrática, mas também da dificuldade cognitiva e capacidade institucional. O Brasil é grande e plural demais para que o Judiciário resolva, no âmbito de controle abstrato, questões que talvez não sejam tão abstratas assim. A abertura democrática consensual do STF por meio de *amicus curiae* não elimina por completo o déficit cognitivo da Corte. A assimetria de informação é passível de ocorrer até mesmo entre os mais renomados especialistas de uma área das ciências da natureza. Não será no âmbito de uma ciência social aplicada, ainda que debatida por brilhantes juristas, que esse déficit será reduzido a zero ou até mesmo a níveis satisfatórios.

A questão também passa pela pergunta: seria a vedação ao aborto um mero dogma, ou seria algo a mais, apesar de, por vezes, poder ter sido reduzida a concepções particulares? Como pode se desprender da vitória do conservadorismo nas eleições presidenciais de 2018, parece que não se trata de uma visão de um grupo minoritário dominante, muito pelo contrário. A população brasileira elegeu, em sua maioria, representantes de valores religiosos, conservadores, que tem pautas sociais como derrogação do Estatuto do Desarmamento, fim da educação sexual no ensino infantil, manutenção da proibição de porte de drogas leves para uso pessoal e, principalmente, contra a legalização do aborto sob qualquer hipótese. E isso restou claro nas campanhas, não é uma ocorrência da qual se tenha alguma dúvida²⁰.

Também cumpre salientar que os efeitos da decisão em sede de controle concentrado são vinculantes para todos, menos para o Legislativo. O Congresso pode editar emendas constitucionais ou leis contra a interpretação dada pelo Supremo, o que já ocorreu, por exemplo, no emblemático caso da Vaquejada, que resultou na EC 96/17.

Nele, após provocação por via de ação direta, o STF declarou inconstitucional em 2016 a Lei 15.299/13 do Estado do Ceará, que regulamentava a prática cultural da vaquejada, comum nos Estados do Nordeste do país. Após serem ponderados direitos relevantes de terceira geração, como meio ambiente, proteção da fauna e vedação ao tratamento cruel de animais (art.225,

²⁰ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/divulgacandcontas/#!/candidato/2018/2022802018/BR/280000614517>.

§1º, VII, CRFB), contra o direito ao pleno exercício à cultura e a subsequente garantia de sua proteção do Estado (art. 215, caput e § 1º, CRFB), o STF entendeu por proibir a prática. A promulgação da emenda constitucional 96 revelou que o Congresso Nacional não está desatento às interpretações dadas pelo Judiciário.

Para essa corrente, isso mostra que o ativismo judicial se sustenta até certo ponto, mas em casos onde haja possíveis interpretações para um ou outro lado sem a violação do núcleo essencial de direitos fundamentais, a tendência mais consentânea com a segurança jurídica é preferência pela deferência.

Portanto, talvez a melhor resposta para evitar o caos institucional e uma decisão com consequências piores do que se pode imaginar, com efeitos sistêmicos (POSNER, 2003, p. 60-64), seja a preferência pela deferência aos órgãos de debate público deliberativo, confiados pelo Poder Constituinte com a tarefa de elaborar políticas públicas.

3.1.4 A responsabilidade pelo ônus da democracia

Pela eventualidade, a corrente contrária ao aborto concede outra linha argumentativa. Pode ser que do ponto de vista estritamente jurídico, científico, atrelado ao positivismo e à interpretação literal, a criminalização da conduta referida seja flagrantemente inconstitucional, porque o feto não é pessoa humana, não sendo titular

das tutelas referentes ao axioma central de nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana, e o subsequente direito à vida.

Ao revés, por óbvio, as mulheres sim são dignas desses direitos e garantias, após o nascimento. Entretanto, é justamente pela abertura cognitiva do pós-positivismo para a moral, ética, filosofia e outras áreas relevantes do conhecimento, bem como para os demais elementos da hermenêutica jurídica que a questão se complica, trazendo maior peso aos já falados desacordos morais razoáveis existentes dentro de toda sociedade civilizada pluralista.

O maior ônus argumentativo do STF quanto a uma intenção decisória não poderá ser subvertido, sob a ótica “consequenciachista”, para mera racionalização da vontade subjetiva de seus julgadores. Isto é, o processo de racionalização da decisão que compatibiliza princípios de igual hierarquia no ordenamento não deverá ser pautado sob uma ótica de arbitrariedade, na qual a Corte Suprema exorbita de sua competência de guarda da Constituição e se imiscui nas funções típicas dos outros Poderes.

O processo de ponderação, mormente em sua terceira etapa, onde, após se identificar as normas do caso concreto, as circunstâncias do caso, e, finalmente, atribuir-se peso aos princípios relevantes, deverá ser devidamente exposto utilizando-se o princípio instrumental da proporcionalidade.

Teoricamente visto, parece tarefa fácil, mas qualquer um que se aventure na vida jurídica entende as

vicissitudes da instrução em ações constitucionais diretas em casos extremamente difíceis, onde o colhimento de informações pode não ser o mais amplo, e mesmo quando o seja, não seja efetivamente aproveitado por falta de capacidade institucional do Judiciário e falta de expertise de seus membros. Daí porque os inúmeros dados científicos, sociológicos, de infraestrutura, filosóficos acabam tendo influência imprevisível na cognição dos julgadores. É possível também que a conclusão acerca de qual a intensidade que um grupo de normas, consideradas prevaletentes no caso, acabe sendo imprecisa por causa da influência das concepções de quem as recebe. Há inclusive quem critique a necessidade e a conveniência de utilizar a ponderação em tema constitucional envolto em política pública, que, por seu caráter fundamental, não deveria estar sujeito a avaliação subjetiva (ALEINIKOFF, 1987).

Cabe a nós, estudiosos do direito, fazer o questionamento: de quem é a responsabilidade pelas escolhas danosas da democracia? A premissa é simples, porém infinitamente complexa em sua essência. Sabe-se que a democracia não é um regime político perfeito, e está em constante e perpétuo processo de aperfeiçoamento. Dito isso, de quem seria a culpa pelos danos concretos causados a diversos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento constitucional?

Não se busca aqui falar de responsabilidade civil, mas responsabilização em seu significado originário, que nos remonta, na gramática, a um itinerário lógico-causal de medidas que levam a um resultado. Na democracia efetivamente asseguradora de direitos fundamentais, ninguém menos do que o próprio povo e o sistema

democrático são os responsáveis pelas lesões causadas à generalidade.

A abstração é tamanha que é preciso ponderar situações imprevisíveis como se estivessem ocorrendo hoje. Queremos fugir de situações extremas aqui, pois se há necessidade de recorrer a casos absurdos, perde-se o poder da argumentação. Por exemplo, pode ser que, ao legalizar o aborto até a 12ª semana numa situação de calamidade pública na saúde, até mesmo num possível futuro estado de coisas inconstitucional nessa seara, o STF esteja por cancelar um maior grau de mortalidade entre as mulheres pobres, por extrema ineficiência ou incapacidade do sistema de saúde, ao mesmo tempo em que não aliados efetivamente com uma política educacional de conscientização acerca do sexo e contraceptivos.

Numa situação tal qual a narrada, a teleologia da decisão, que seria permitir, como última opção segura para os casos em que contraceptivos não funcionam, acabaria por banalizar e sucatear a prática, violando, em uma só tacada, os direitos à vida de mulheres e fetos, além da moral coletiva que se posicionara contra isso na edição da norma reputada inconstitucional sem redução de texto.

Pode ser também, numa perspectiva mais otimista, que o Brasil engatilhe novas reformas bem-sucedidas nas políticas públicas, trazendo o acesso de direitos básicos a quem mais precisa deles, e reformando o sistema de saúde de forma a compatibilizar o aborto e conscientizar a população de seus direitos como seres humanos e cidadãos. É um bom projeto de

se imaginar, mas impossível de se determinar se ocorrerá ou não, e seria esse cenário o único possível, com melhoras nos índices de mortalidade, em que o STF não teria de arcar com os ônus de sua decisão, pois ele não existiria. Só haveria bônus, e isso, tal qual uma utopia, é inalcançável.

O que se quer buscar refletir aqui é se o Judiciário tem de suportar toda a responsabilidade do jogo democrático sozinho, e, ao mesmo tempo, não ser responsabilizado por nada, pois teoricamente simplesmente cumpriu sua função. O tema desse trabalho foi especialmente espinhoso, distinto de outros como equiparação das uniões homoafetivas ou mudança no registro civil de transexuais sem necessidade de operação, justamente porque as consequências da decisão contêm um grau de imprevisibilidade ainda maior.

Por isso, não bastará a justificativa clássica do ativismo judicial de proteção da democracia dela mesma, da tirania das majorias eventuais, para uma decisão legítima. O processo de racionalização precisará ser claro e muito bem embasado para que se entenda, como sociedade, que o feto não é pessoa humana igualmente tutelável pelo ordenamento constitucional como o são os nascidos com vida.

Igualmente deverão ser levadas em conta as consequências da decisão para que se chegue a um efetivo convencimento do auditório universal. O consequencialismo, base teórica do pragmatismo, é a lógica da decisão voltada para as melhores consequências possíveis. Num assunto que envolve a

tensão entre democracia e constitucionalismo, é consentâneo com muitos valores protegidos pela Constituição que a comunidade jurídica comece a aceitar o pragmatismo como mais um meio para atingimento de pacificação social, pois as consequências de uma decisão contramajoritária sob a roupagem de proteção de direitos de minorias num caso dessa magnitude podem gerar efeitos nocivos para toda a sociedade, até mesmo de forma contraintuitiva, como visto no desenvolver das consequências indiretas, lesando ainda mais a esfera jurídica daqueles que visa proteger, sendo completamente ineficaz em sua finalidade.

Balizas visando a estabilidade do sistema são muito bem-vindas para não forçar uma decisão política antes da hora para uma sociedade que pode não estar pronta para tal, tanto no quesito democrático formal (deliberação majoritária), quanto no aspecto fático material (não haver infraestrutura no momento para implementação de certas medidas).

Ademais, sob essa ótica de racionalização do processo decisório, a Corte terá de sopesar sobre qual a legitimidade e utilidade do uso das jurisprudências americana e alemã suscitadas pelo PSOL. Ignorar as experiências internacionais acerca da matéria não parece ser uma postura racional. Tampouco não o é, vale dizer, utilizar experiências positivas de uma sociedade como principal fator determinante no nosso caso, isso por conta das multifacetadas consequências dos processos transnacionais e articulações entre sistemas jurídicos distintos. A interação não só pode, como deve ocorrer, mas não necessariamente acarretará no mesmo resultado, portanto.

No fim das contas, o que se indaga de forma determinante, além do direito em si, da ciência jurídica, da filosofia, hermenêutica e de toda tentativa de sistematização, estudo e problematização acerca de direitos fundamentais, é o conceito ontológico de democracia. As reflexões acerca das ordenações do homem podem ter a intenção de traçar parâmetros objetivos visando a paz social e progresso da humanidade, mas jamais conseguirão definir com exatidão qual resposta é a correta com integral precisão em assuntos sensíveis. O máximo que conseguimos alcançar, parece, é a decisão com menos malefícios. Num tema especialmente controverso como o aborto, onde os mais diversos pontos de vista, concepções, valores e experiências se encontram, infinitas são as relações de influências recíprocas entre justiça e democracia.

3.2 A corrente favorável à descriminalização

A posição favorável é defendida por vasta doutrina jurídica e antropológica contemporânea (SCHREIBER, 2018, p. 102; SARMENTO, 2005), como Ronald Dworkin (2003, p. 138), e Roberto Arriada Lorea (2006), que alegam ser:

[...] flagrantemente inconstitucional a conservação da tipificação penal do aborto, que, longe de preservar a vida, põe em risco a vida e saúde das gestantes que não tem recursos suficientes para procurar

as custosas clínicas clandestinas que funcionam no país (SARMENTO, 2005).

Salientam que a taxa de condenação criminal é absolutamente desprezível, pois, caso contrário, tornaria “necessário transformar o país todo numa imensa prisão, para comportar milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas” (texto ligeiramente editado). A seguir, alguns trechos notórios na comunidade jurídica para exemplificar tais visões:

Em grande parte, sem dúvida, as perspectivas que uma criança e sua mãe têm de levar uma vida plena dependem das perspectivas de cada um. Uma criança cujo nascimento frustrasse as possibilidades da mãe de realizar sua própria vida, ou que ponha em risco a capacidade da mãe de cuidar do resto de sua família está sujeita, exatamente por esse motivo, a ter uma vida mais cheia de frustrações. E, ainda que muitas pessoas tenham se tornado pais exemplares de crianças deficientes ou inválidas, e alguns pais extraordinários tenham encontrado uma vocação nessa responsabilidade, às vezes será um golpe devastador para as perspectivas de alguns pais o fato de ter um filho deficiente em vez de um filho normal, ou uma criança cujo nascimento e cuidados venham a comprometer os recursos da família [...].

Dada essa importante divergência, resta ao estado democrático de direito se manter equidistante de quaisquer posições religiosas, assegurando a possibilidade de

convívio pacífico entre ideias conflitantes. É dever do Estado implementar políticas públicas capazes de atender ao interesse público, assegurando que todas as pessoas recebam tratamento igualitário por parte do Estado, independentemente de sua (não) crença religiosa (LOREA, 2006).

Em artigo tratando sobre o tema do reconhecimento da união estável entre homossexuais (BARROSO, 2011), antes de seu julgamento pelo STF, Luís Roberto Barroso (2011), tratou sobre como o Estado deve assegurar a efetiva neutralidade no tratamento de matérias controversas na sociedade:

[...] a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela *razão pública*. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido. O uso da razão pública importa em afastar dogmas

religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto.

O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso V, da Constituição²¹.

Nesse sentido, vale salientar também que foi o Ministro Barroso o relator do HC 124.306, trazido pelo requerente e que talvez isso sinalize uma previsibilidade de voto no caso estudado. Fica, na data de elaboração desse trabalho, consignada a esperança por uma argumentação jurídica pautada na consciência de que uma decisão em controle abstrato de constitucionalidade pode gerar consequências muito mais graves e imprevisíveis do que a de um Habeas Corpus com controle incidental e efeitos interpartes.

²¹ Sobre esta temática, v. especialmente a obra de John Rawls, notadamente: *Uma teoria de justiça*; *Liberalismo político*, e *Direito dos povos*. Na literatura nacional, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2005; e Nythamar de Oliveira, Rawls, 2005.

Vale lembrar que, apesar de haver notória e longínqua tipificação da conduta do aborto, não é a opção legislativa em si que se está a discutir, e sim a compatibilidade dos dispositivos com a Constituição e a interpretação que a compõe, pilares de funcionamento do sistema jurídico brasileiro. Será que a criminalização irrestrita permanece válida após a evolução das concepções envolvendo o sexo feminino com o tempo, ou seja, após mutação constitucional dos direitos das mulheres e subsequente filtragem constitucional? Ainda, será que um assunto fortemente influenciado por dogmas religiosos, as doutrinas abrangentes, podem fazer parte do consenso mínimo oponível a todos?

O lastro democrático do Código Penal pode e deve ser questionado também no que tange aos elementos de interpretação clássicos, pois trata-se de codificação editada em época distante, desatualizada em múltiplos aspectos, o que até ensejou recentes mudanças legislativas. Cite-se o anacrônico exemplo do casamento posterior a estupro, como causa extintiva da punibilidade para os crimes de violação sexual não consentida, resquício de uma época extremamente patriarcal e machista em que as mulheres nada mais eram que objetos ou propriedade tanto do pai quanto do marido. Parece óbvio que, sob as diretrizes da Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais efetivamente consagrada, este preceito fosse flagrantemente incompatível com o ordenamento constitucional, mas vigeu até 2005, sendo revogado pela Lei 11.106.

A lógica do instituto contido no revogado artigo 107, VII e VIII da Lei Penal era de que o casamento

serviria para indenizar as sequelas morais e até mesmo patrimoniais do crime frente à “violação da honra” da mulher “direita”. Por isso, é de se questionar a legitimidade de muitos dispositivos penais à luz da Constituição e dos novos valores reiterados pelos mais variados princípios, tais quais os invocados na inicial da ADPF 442 como direitos reprodutivos, isonomia material (uma biologia diferente impõe tratamento distinto), vida, liberdade, proibição de tratamento desumano ou degradante, planejamento familiar e cidadania.

As mulheres, na primeira metade do século XX, somente eram reconhecidas cidadãs e livres formalmente, mas não o era no aspecto da isonomia material, o que só foi conquistado após décadas de lutas. A abertura intelectual tornada possível pela promulgação da Carta da República e a consolidação das forças intelectuais feministas no âmbito político, social, acadêmico e cultural, em conjunto com a teoria crítica do Direito, conquistou direitos e garantias que possibilitou a elas consagrarem seu devido espaço na sociedade, valorizando o ponto de vista atrelado diretamente à dignidade de suas essências. Essa corrente espera que, seguindo a tendência de diversos Estados desenvolvidos, o Brasil venha a descriminalizar a conduta em breve, assegurando maior autonomia de vida às milhões de reivindicantes. O problema, no entanto, passa por extensa argumentação, desconstrução e releitura de conceitos clássicos.

3.2.1 Constitucionalismo e democracia no aborto

Ao se vislumbrar o debate sobre o aborto, para a doutrina favorável à descriminalização, pode-se apontar dois círculos diferentes de conflito entre normas constitucionais que se retroalimentam e se interseccionam, guiadas pelo axioma da dignidade humana: a) constitucionalismo e democracia; b) ponderação entre direitos fundamentais – direitos das mulheres (vida, integridade física, saúde, reprodutivos, isonomia material) e direito à vida do nascituro.

Para a primeira pergunta, acerca do embate aparente entre democracia e constitucionalismo, o âmbito do debate é filosófico ideológico. Vale lembrar que esse tipo de influência da filosofia política e jurídica só se fez possível pelo pós-positivismo, o que demonstra a importância da argumentação racional. Parte-se da premissa de que a vedação ao aborto é um instituto fortemente dominado por dogmas religiosos, e que visões religiosas não devem ser passíveis de subjugar toda uma sociedade pelo princípio majoritário, pois não comporiam a razão pública (RAWLS, 2011, p. 321-340), e sim uma doutrina abrangente, que pode até ter alta adesão entre toda a população, como é o nosso caso, porém não são racionalizáveis para todos os setores da sociedade. Essa visão lembra do pluralismo como fundamento da República – art.1º, inciso V, CRFB – que só se encontra possível numa sociedade que redija leis com fundamentos morais e éticos neutros.

É aqui que a corrente pró-aborto brilha em refinamento argumentativo, pois dilui a aparente dificuldade contramajoritária de toda decisão declaratória de inconstitucionalidade em reflexões acerca do princípio majoritário. Classicamente, e isso nos remonta ao período do Estado de Direito imerso no positivismo, inviável o consenso político total, as normas jurídicas devem expressar as convicções das maiorias, independentemente de seu conteúdo objetivo. O referido foi a regra do jogo político desde o rompimento com o Estado Absolutista até o segundo pós-guerra, e foi a forma de compatibilizar o sistema democrático com o fato de que nunca há consenso total ou quase total acerca de qualquer assunto que rege a vida.

No entanto, ao desconstruir o princípio básico subjacente à democracia, chega-se, de fato, à igualdade. Igualdade numa democracia republicana é que toda opinião na condução da coisa pública deve valer o mesmo, daí porque se atribui a todos os votos o mesmo peso. O voto igualitário é condição inescapável da democracia, sendo positivada inclusive como *clausula pétrea*.

No entanto, há uma outra faceta da democracia que se relaciona com a igualdade material projetada pela razoabilidade. A ideia de razão pública demonstra que não há igualdade de fato quando um determinado comportamento é imposto a alguém simplesmente por ser lei. Isso era um traço marcante do positivismo. Se quaisquer outras razões, como a pretensão de se tornar ditador de um país, foram o motivo causador de uma vedação legal, não se chegará a um juízo racional de aceitação por parte dos cidadãos. O que ocorre, nessa

hipótese, é o caminho para desmerecimento e aniquilamento da visão de mundo das minorias em prol da das maiorias.

A democracia precisou passar, portanto, por uma evolução conceitual. Não mais sendo puramente o princípio majoritário, mas o princípio majoritário racional justo. Esse é um dos mais falados fundamentos para o surgimento do pós-positivismo e da expansão da jurisdição constitucional, afinal de contas. É saber que motivações ligadas a religião, parcial por natureza, e visões extremadas da moral, ética e política não devem fazer parte do ordenamento que assegura um Estado Constitucional de Direito a toda uma sociedade.

Nessa toada, a sociedade amadureceu seu pensamento ao longo da história para declarar, sob uma perspectiva doutrinária e jurisprudência e empírica, que os atos estatais devem ser baseados em argumentos aceitáveis pela razão de todos. A pessoa que integra uma sociedade, disposta a um debate honesto acerca de como conviver pacificamente, deve, pelo menos, aceitar a argumentação oferecida, ainda que não concorde com o resultado.

Quanto à ponderação entre direitos fundamentais, cumpre lembrar da necessária relativização que se impõe por inexistir hierarquia entre normas constitucionais, o que implica na impossibilidade de haver um direito previamente estabelecido pela Constituição como superior automaticamente em qualquer caso. O argumento, também utilizado pela primeira corrente, ironicamente pode ser revertido em seu desfavor por um simples silogismo: A aferição de

prevalência deve ser feita sempre *in concreto*. O que ocorre, na ponderação realizada pelo intérprete, é a observância dos direitos como “mandados de otimização”, como disse Alexy (2004), no qual se busca a menor restrição a ambos os princípios colidentes.

Os princípios, em sua integralidade, abarcam uma grande esfera de direitos e deveres, e comportam um significado amplo, típico de sua linguagem textual aberta. É o que se denomina de direito *prima facie*. Este comporta restrições, no entanto, quando deparado com outros princípios na vida real e num caso concreto. Isso é uma racionalização de um fato da vida: não existe direito absoluto. Daí se extrai que, por serem os direitos relativos, o que se deve evitar aniquilar por completo é o seu núcleo essencial, não o seu núcleo externo, *prima facie*.

Ao pensarmos dessa forma, e sendo certo que, para a posição intermediária (SARMENTO, 2005), a vida da pessoa humana e os esforços que ela engendra na sociedade tem mais peso valorativo do que a vida humana intrauterina e os esforços biológicos de reprodução, é possível que se defenda, ou, no mínimo, que se entenda, a legitimidade de uma decisão que torne possível o aborto até o primeiro trimestre de gestação, com todas as condicionantes e nuances necessárias à sociedade brasileira. Essa é a resposta de que ela constrói para o embate da segunda pergunta e o que se analisará pontualmente a seguir.

3.2.2 Proteção constitucional da vida humana intrauterina

Para se descobrir qual o grau de proteção que o ordenamento jurídico brasileiro deve conferir ao nascituro, deve-se recorrer a argumentos jurídicos, científicos e de moralidade laica, e não a partir de dogmas de fé. Isso faz parte dos consensos mínimos que possam ser racionalizados por todas as pessoas, independentemente de suas ideologias. É essa cola social que rege a sociedade harmônica e pacífica.

Algumas premissas: menor intensidade da proteção da vida do feto, que vai aumentando conforme o tempo de gestação até se igualar à da vida, no momento do parto. Nesse sentido há posituação no ordenamento infraconstitucional. Por exemplo, o Código Penal pune com muito mais severidade o homicídio do que o aborto. O Código Civil também condiciona a personalidade civil ao nascimento com vida, ainda que exista controvérsia na doutrina e jurisprudência acerca de ser pessoa ou não. Também vale levar em conta que o sentimento social generalizado de angústia, tristeza e comoção acerca de um aborto espontâneo é muito menor do que quando se perde um filho por qualquer motivo. Cientificamente, se embasa pelo fato de que até a formação do córtex cerebral, na melhor das hipóteses na vigésima semana de gestação (BONELLA, 2007), o feto não apresenta capacidade de sentir ou pensar. Por isso, o aborto não seria um ato cruel. É nesse sentido que se deduz, logicamente, que não seria o nascituro pessoa humana, embora seja vivo.

Possui identidade própria, sim, caracterizada pelo fato de que constitui um novo sistema em relação à mãe, e é dotado de um código genético único, que o diferencia da gestante. Feto é autêntica vida humana, pois fruto da concepção da espécie humana, mas não é pessoa humana, porque a potencialidade de nascer com vida representa justamente só isso, potencial, tal qual ocorre com o óvulo e o espermatozoide.

Destaca-se um excerto de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1985, p. 175):

É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intrauterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina.

Essa posição intermediária tem prevalecido no direito comparado, e é o caso do Aborto II e *Roe v. Wade*, nos quais se reconhece a tutela constitucional da

vida intrauterina, mas atribui a ela um menor grau de proteção em comparação com a vida da pessoa humana de direitos. Daniel Sarmiento (2005), aponta que as posições radicais, completamente contra o aborto, e as que reconhecem inexistência de direitos do nascituro, já não tem mais aderência consistente no cenário mundial.

A posição intermediária quanto à interrupção da gestação tem como premissa que a existência da vida humana é o valor jurídico mais elevado dentre todos, sem o qual sequer pode se pensar em dignidade humana ou democracia, pois estas pressupõem uma pessoa viva e de direitos. Dito isso, não se pode negar proteção jurídica a uma vida em formação, porém também não se pode igualar a vida efetivamente formada com a do feto, mormente quando esta não teria condições de existência autônoma e viável fora do útero, ou, pior, quando sequer é capaz de sentir qualquer coisa que seja.

Ronald Dworkin, em obra importante sobre aborto e eutanásia sustentou que a questão da personalidade do feto não é o problema essencial quando se discute aborto. Para ele, apesar da confusão conceitual que impera no debate sobre a matéria, a retórica contra o aborto pode basear-se em duas linhas argumentativas diversas: a primeira, que ele chamou de "objeção derivativa", é a de que o embrião, desde a sua concepção, já constitui criatura com direitos e interesses próprios, dentre os quais o de proteção à sua vida; a outra, tachada de "objeção independente", diz que a vida humana é sagrada desde o início, pois possui um valor intrínseco e inato, ainda que os nascituros não tenham

sensações, interesses ou direitos próprios. No entanto, o ponto central do debate sobre aborto não é a propósito dos eventuais direitos do feto, mas sobre o significado do chamado "caráter sagrado da vida". Por isso, a controvérsia deve centrar-se na análise da objeção independente e não na discussão da objeção derivativa à interrupção voluntária da gravidez.

A partir desta premissa, Dworkin, examinando a objeção independente, afirma que existem duas grandes posições a propósito do que tornaria a vida humana "sagrada". Uma, que ele identifica aos conservadores, e que se opõe ao reconhecimento ao direito ao aborto, enfatiza que a vida é sagrada em razão do investimento biológico nela realizado. Os religiosos, que entendem que a vida é sagrada porque provém da vontade divina. enquadram-se perfeitamente neste rótulo. A outra, associada aos liberais, atribui um peso superior ao investimento humano feito na vida, realizado através de decisões individuais, educação, empenho pessoal, etc. Portanto, para um liberal, há uma violação maior à sacralidade da vida quando uma mulher é obrigada a ter um filho que não desejava, frustrando com isso seus planos de vida, do que quando um feto. na fase inicial da gestação, é eliminado. Para ele, portanto, os defensores do direito ao aborto não se opõem à ideia de sacralidade da vida, mas se baseiam numa concepção diversa sobre o que tornaria a vida humana sagrada, valorizando mais o investimento humano e criativo nela realizado do que o

investimento natural (DWORKIN, 2003, p. 1-63).

3.2.3 O estado de lesão desproporcional ao direito de saúde das gestantes

Inicialmente, por questões de honestidade intelectual, cumpre ressaltar que não existem dados oficiais acerca da quantidade de abortos realizados no Brasil. Isso é uma decorrência natural da marginalidade desse fato na sociedade, hora não sendo relatado pelos profissionais de saúde, que mascaram seus indícios para evitar violações a códigos de ética específicos de suas profissões, hora por motivos de empatia por uma pessoa em situação de extremo sofrimento e angústia, que provavelmente não teve a oportunidade material nem conhecimento para tomar outra via menos trágica de ação.

O direito à saúde é consagrado na Constituição nos artigos 6º e 196, sendo direito de todos e dever do Estado, o que denota sua dimensão negativa e positiva, ou seja, mista, no que tange à postura estatal. Quanto à positiva, já existe ação do legislador e por parte dos Executivos de todas as esferas, sendo a matéria tratada como de competência administrativa comum e legislativa concorrente pelo texto constitucional.

Temos a Lei 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), que, apesar de tímida efetividade, logra um bom projeto de acesso universal a toda a população, mormente àqueles que não têm condições de pagar pelos serviços médicos sem prejuízo da própria subsistência. A dimensão negativa é o ponto mais sensível quando se fala do aborto, o que já se comentou acerca da razão pública e a necessidade de atingimento dos consensos mínimos.

Dito isso, os dados disponíveis mostram que o aborto é realizado rotineiramente. A Pesquisa Nacional do Aborto mostrou que, em 2015, 417 mil mulheres realizaram aborto no Brasil urbano e 503 mil em extrapolação para o restante do país. Se os dados forem levados à risca, isso significa que uma mulher aborta a cada minuto no Brasil (DINIZ, 2017).

Um comentário oriundo de uma pergunta a parte, sem maior significação científica: quantas mulheres conheço que já abortaram? A vivência social demonstra que quase todos conhecem alguma mulher que já tenha realizado o procedimento. A baixa escolaridade no geral e a difusão não adequada do conhecimento acerca dos aspectos mais básicos da biologia humana mostram que a maioria das gestações na juventude são indesejadas e quando são interrompidas, levam a um alto grau de mortalidade. Isso se agrava ainda mais pelo fato de que a desigualdade racial e social aflige principalmente mulheres negras e indígenas, grupo étnico que compõe a maioria da população carente no Brasil.

Além dessa desigual consequência, estima-se, no âmbito da criminalização e sua eficácia, que das que já o

realizaram uma vez, 3.019.797 (três milhões, dezenove mil e setecentos e noventa e sete) já tenham filhos, ou seja, teriam sido presas pelo crime em algum momento. O sistema carcerário brasileiro, cujo Estado de Coisas Inconstitucional (BUSSINGUER; OLIVEIRA; COUTO, 2017), denota extensas violações de direitos humanos, seria quadruplicado, e, majoritariamente, por detentas negras, pobres e menos escolarizadas.

O ECI é caracterizado a partir de um conjunto de situações de fato que compreendem sistemática e estrutural violação de direitos fundamentais de um grupo de pessoas, as quais, por diversas razões, não conseguem ser atendidas adequadamente por políticas públicas. Assim, há um bloqueio institucional e verdadeira paralisia imputável a todos os poderes da República, em diversos níveis de governo, impedindo o enfrentamento efetivo do problema. Sendo uma situação gerada pela falha de diversos atores, sua superação somente poderá ser efetivada através da atuação coordenada entre eles, não se admitindo, assim, atuação pontual.

Tudo isso com o risco de, caso o problema não seja enfrentado de modo coletivo, haver relevante multiplicação de demandas perante o Poder Judiciário, caso os prejudicados tentem, individualmente, a reparação de seus direitos violados.

O efeito prático, portanto, é uma lesão coletiva ao direito de saúde de todas as mulheres brasileiras em idade fértil, e não o que se desejou com a edição da norma, que seria a efetiva proibição da prática. Isso denota a inefetividade e falta de força normativa dos

diplomas proibitivos e da ótica penal acerca do assunto. Sob a luz da proporcionalidade, a vedação ao aborto sequer passa pelo crivo do subprincípio da adequação, pois não se adéqua materialmente às consequências que traz. A inconstitucionalidade aqui seria flagrante, o que imporá uma interpretação conforme a Constituição pelo STF para compatibilizar a norma com a realidade subjacente.

Mais consentâneo com as diretrizes mundiais adotadas mundo afora (ONU, 2017), seria, portanto, tratar o assunto como matéria de saúde pública (PLATAFORMA DE CAIRO, 1994)²², como nas Plataformas do Cairo e a de Beijing, neutralizando a postura estatal acerca do agir ou não agir de cada pessoa, respeitando sua individualidade, e privilegiar políticas públicas de educação biológica, sexual e contraceptiva, acesso à educação infantil e combate ao preconceito contra a mulher grávida no mercado de trabalho, entre outras. A ideia é fazer com que a perspectiva de um filho não se torne um fardo, uma punição longa, intensa e desproporcional a pessoas sem

²² A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) foi realizada no Cairo, Egito, de 5 a 13 de setembro de 1994 e reuniu 179 países. A CIPD é considerada um marco histórico, sendo o primeiro encontro global no qual todos os aspectos da vida humana foram abordados de forma abrangente. O resultado da Conferência foi um Plano de Ação, uma agenda de compromissos comuns para melhorar a vida de todas as pessoas por meio da promoção dos direitos humanos e da dignidade, apoio ao planejamento familiar, saúde sexual e reprodutiva e direitos, promoção da igualdade de gênero, promoção da igualdade de acesso à educação para as meninas, eliminação da violência contra as mulheres, além de questões relativas à população e proteção do meio ambiente.

estrutura financeira, familiar e social, ou, ainda, por conta de acidentes, uma vez que nenhum método contraceptivo é totalmente eficaz.

Poder-se-ia até relacionar as continuidades de gestações indesejadas ou indesejáveis por pessoas de baixa renda aos índices de violência, uma vez que, despidas de efetivo acesso à saúde, nutrição, educação, desporto e assistência social efetiva, muitas crianças são colocadas no mundo para sobreviver, ao invés de viver. Não atingem o desenvolvimento pleno de suas personalidades, não tem a chance de experimentar uma infância pura, alegre e despreocupada com as responsabilidades da vida, e isso agrava a chance de adesão à vida do crime, o que nos atrasa como país. Apesar da relevância do tema, não se falará mais sobre para evitar fuga do assunto principal.

Um último aspecto que se levanta acerca de eventual legalização da questão é o gasto público. Segundo relatório realizado pelo Ministério da Saúde acerca dos anos de 2008 a 2017, o SUS gastou R\$ 486 milhões de reais com internações para tratar complicações relacionadas ao aborto, sendo que 75% deles foram provocados pela gestante ou por ela consentido. Estima-se que mais de 2 milhões e cem mil mulheres tenham sido internadas nesse ínterim. Por isso, o argumento da impossibilidade financeira de se arcar com o procedimento gratuito e universal também parece ficar vencido.

3.2.4 Dignidade humana, igualdade e liberdade para as mulheres

Acerca do conceito primariamente aberto de dignidade humana, a doutrina brasileira contemporânea (BARROSO, 2017, p. 290), nos ajuda a encontrar um conceito operacional dentro do direito, que a confere unidade e objetividade. Primeiramente se impõe o afastamento das chamadas doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. O conteúdo mínimo deve ser laico, neutro politicamente e universal. Isso importa que não deve haver influencia alguma de religião, visões extremadas da política ou da ética. Por isso, numa noção minimalista, se observa a dignidade como valor intrínseco de todos os seres humanos, autonomia individual, e valor comunitário, este último se identificando como certas limitações impostas ao exercício do direito de todos visando a harmonia e paz social.

A ordem constitucional brasileira positivou a liberdade como objetivo da República e como direito fundamental. No rol do artigo 3º, atinentes a uma concepção de igualdade material, estão elencadas a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, marginalização e das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem geral, com o combate dos preconceitos de origem, raça, cor, idade, etnia e sexo. O que a corrente que embasa a ADPF 442 sustenta é que a proibição do aborto no modelo que se encontra hoje não cumpre nenhuma

dessas metas, esvaziando sua eficácia normativa e social.

De fato, conforme já comentado acima, ao mesmo tempo em que fica sacrificada a autonomia de milhões de mulheres que não concordam com uma certa visão de mundo, a vedação não contribui para a construção de uma sociedade livre. Sob uma perspectiva filosófica, da natureza do ser, pode-se ver a liberdade também como valor maior de efetivação da dignidade humana, uma vez que seu conteúdo jurídico traduz, como valor intrínseco, o direito à vida, igualdade, integridade física e moral e psíquica. Todos merecem igual respeito e consideração (ALEXY, 1997, p. 290), e sem isso, não se figura possível alocar a pessoa humana numa posição especial de proteção pelo ordenamento.

Como elemento ético, tem-se a dignidade humana como autonomia, o exercício da razão e da vontade em conformidade com o projeto de vida de cada um, garantido o mínimo existencial para tal (DWORKIN, 1997, p. 181). É aqui que se insere a autodeterminação, a capacidade de decidir os rumos da própria vida e livre desenvolvimento de personalidade. Significa poder fazer valorações e escolhas morais particulares sem a interferência externa indevida. O que se alega, nesse ponto, é que a proibição do aborto aniquilaria completamente a autonomia das mulheres, porque as desigualdades inerentes ao sexo têm particularidades biológicas que não foram corretamente ponderadas quando da edição da norma proibitiva. A análise histórica nos remete a uma sociedade dominada pelo machismo e misoginia, quando o sexo feminino era visto como sinônimo de incapacidade, fragilidade e dependência.

Foram tempos de árduas batalhas até a conquista ao menos formal da igualdade das mulheres, e até hoje os movimentos feministas lutam pelo reconhecimento da igualdade material em muitos aspectos.

O aborto seria uma das principais causas da manutenção do *status quo* machista e preconceituoso para com as mulheres na sociedade, e isso vem de forma disfarçada na lei. Ao impor um ônus que o sexo masculino biologicamente não é capaz de ter, a vedação ao aborto impacta desigualmente as mulheres, perpetuando um estado de indignidade para um fenômeno natural que deveria ser visto por todos como uma consagração de projeto de vida, uma perspectiva otimista e de felicidade no âmbito familiar.

Portanto, a norma proibitiva não contribuiria para a liberdade e nem para a igualdade material, ao impor medidas desiguais às cidadãs que devem ser vistas como iguais. A solidariedade, outro objetivo da República, também fica desacreditada no mundo dos fatos, pois resta tão desamparada quanto às mulheres sem condições que se colocam em situações de periculosidade e insalubridade ao fugir do estigma social de se ter um filho “antes da hora”.

Também já se comentou quanto à desigualdade entre classes econômicas, uma vez que somente as mulheres ricas tem acesso a clínicas clandestinas caras, com reais condições de realizar um procedimento seguro e sem risco para a vida. As pobres, por sua vez, se sujeitam a altos graus de mortandade e histórias trágicas. A vedação ao aborto seria mais um instrumento

de agravamento dos preconceitos atinentes às mulheres pobres e negras, principalmente.

O elemento social da dignidade humana, o valor comunitário, é moldado pelos valores compartilhados numa sociedade, seu padrão civilizatório e ideal de vida boa. Não é preciso realizar exegese sobre a indesejabilidade de algo não desejado. O dever de harmonização que se impõe à ordem jurídica visa garantir a proteção dos direitos de terceiros, que se realiza de várias formas, se destacando para esse estudo a lei, opção parlamentar prévia que transfere a ponderação da política para o mundo normativo. Ela também se sustenta pela proteção do indivíduo contra si próprio, quanto a vedações de condutas lesivas. A proteção dos valores sociais deve corresponder à moral social compartilhada por todos ou quase todos.

O que todos esses postulados têm em comum é que a imposição coercitiva de valores demanda fundamentação racional consistente e deve levar em conta: a) a existência de direitos fundamentais em jogo; b) existência de consenso social forte em relação ao tema; c) existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas.

Sob a ótica do valor comunitário, se alega, respectivamente, que: a) o dispositivo criminalizante do aborto não levou em conta os direitos fundamentais das mulheres em contraste com o direito do nascituro; b) o consenso social forte somente existe no meio religioso e político conservador, doutrinas abrangentes quantitativamente, mas sem adesão racional universal e; c) a opção pelo aborto não tem o condão de ferir o direito

de outras pessoas humanas, sendo assunto estritamente individual da mulher.

Por todos os motivos expostos, sustenta a visão pró-escolha que não se encontra consentânea com a Constituição a vedação ao aborto, por violar sistematicamente os direitos das mulheres, privando-as de um projeto autônomo de vida digna, desigualando-as desproporcionalmente como cidadãs e impondo ônus excessivo à sua existência e desenvolvimento plenos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations.** Cambridge. MA: Harvard University Press, 1995. v. 1.
- ADPF N. 442. Petição Inicial. PSOL: Partido Socialismo e Liberdade. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?do_cTP=TP&docID=626722558&prclID=5144865#. Acesso em 31 nov. 2018.
- ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights.** Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo.** Ed. Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas

no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, jan. / jun., p. 105-138, 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105->

Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homofafetivas_no_Brasil).pdf. Acesso em: 13 ago. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Ed. Saraiva, 2017.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978.

BONELLA, Alcino Eduardo. Quando começa a vida? 2007. **Ética**. Ed. 140. Disponível em: <https://criticanarede.com/ed140.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRANDAO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 89-93.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei -PL1135/1991. Diário da**

Câmara dos Deputados. Brasília, ano LXIII, n. 115, 18 julho 2008, p. 33972.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei PL 478/2007.** Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103> Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei PL 882/2015.** Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei PL 4403/2004.** Acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004a.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei PL 8.116/2004.** Dispõe sobre a proteção ao nascituro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_m ostrarintegra;jsessionid=C20EEFD68103D673166AD73EB5DDDD81.proposicoesWebExterno2?codteo

r=1289334&filename=Avulso+-PL+8116/2014.
Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição - PEC 164/2012**. Dá nova redação ao caput do art. 5º da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543252>Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Regional. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 144, p. 146, 1957. ADin n. 581.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. Jair Bolsonaro. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/divulgacandcontas/#/candidato/2018/2022802018/BR/280000614517>. Acesso em 07 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo par a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS (CIPD), 1994, Cairo. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**: Plataforma de Cairo. Cairo:

CIPD, 5 a 13 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional do Aborto 2016. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 25 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. especialmente pp. 1-63.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american Constitution**. Cambridge. MA: Harvard University Press, 1996.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Acórdão 53/1985**.
Disponível em:
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Snow/433>. Acesso em: 25 out. 2018.

FAVOREAU, Louis; PHILIP, Löic. **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**. 10. ed.
Paris: Dalloz, 1999.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n° 2001-446 DC** du 27 juin 2001. Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.
Disponível em: em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001446DC.htm>.
Acesso em: 15 jan. 2019.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

HESSE, Konrad. La interpretación constitucional, *In*:
HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 1983, p. 33-48.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Rideel, 2005.

JOBIM, Nelson. Judiciário favorece aumento de juros, diz Nelson Jobim. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 13 de dezembro de 2004. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf.

Acesso em: 8 jan. 2019.

JUSTIA US SUPREME COURT. **410 U.S. 113, 1973.**

Roe v. Wade. n. 70-18, 1973. Available in:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Access in: 15 out. 2018.

JUSTIA US SUPREME COURT. **428 U.S. 52, 1976.**

Planned Parenthood v. Danforth. n. 74-1151, 1976.

Available in:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/>. Access in: 15 out. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito**

Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p.13-41, nov. 2018.

KOMMERS, Donald P. **The Constitutional**

Jurisprudence of the Federal Republic of

Germany. 2. ed. Durham: Duke University Press, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.**

Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LOREA, Roberto Ariada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 187, jul./dez. 2006.

MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio.
Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MCMAHON, Christopher. **Reasonable disagreement: a theory of political morality**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. Jurisprudência impressionista. **Época**, São Paulo, out. 2018. Colunas. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 30 out. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos. Em defesa do consequenciachismo. **Direito do Estado**. São Paulo. Colunistas. n. 413, set. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 30 out. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**: as formas de governo, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes.
Constituição da república portuguesa anotada. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1985. v. I.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Juspodvum, 2018.

PORTUAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 25/84 de 4 de abril de 1984. **Diário da República**, n. 80, Série II, p. 2982, 1984. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/20953/acordao-25-84-de-4-de-abril>. Acesso em: 14 set. 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 288/1998**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso em: 24 jan. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 75/2010**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. Acesso em: 02 fev. 2019.

PORTUGAL. Direção Geral da Política de Justiça. Lei n. 16/2007 de 17 de Abril de 2007. Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. **Diário da República**, série 1, n. 75, p. 2417-2418. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-lei/lei-16-2007/downloadFile/file/L_16_2007.pdf?nocache=1180531826.85. Acesso em: 02 fev. 2018.

POSNER, Richard A. **Law pragmatism and democracy**. Cambridge. MA: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge. MA: Harvard University Press, 1990.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 21, II, p. 339-353, 1998. Disponible em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf. Acceso en: 29 out. 2018.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge. MA: Cambridge University Press, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Editora Ática, 2000.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Salvador, v. 240, p. 43-82, abr-jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>. Acesso em: 15 out. 2018.

SINGH, Susheela; DARROCH, Jacqueline E.; ASHFORD, Lori S. **Adding it up: the costs and benefits of investing in sexual and reproductive health 2014**. New York: Guttmacher Institute, 2014. Available in: <https://www.guttmacher.org/report/adding-it-costs-and-benefits-investing-sexual-and-reproductive-health-2014>. Access in: 25 out. 2018.

SCHREIBER, Anderson, **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2018.

- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TERSMAN, Folke. **Moral disagreement**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2006.
- THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional Law. **Harvard Law Review**, New York, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1893.
- WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. **JOTA**, São Paulo. set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: 30 out. 2018.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Spontaneous and induced abortion**. Geneva: WHO, 1970. World Health Organization Technical Reports Series, n. 461.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando et al. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology and the World Health Organization revised glossary of ART terminology, 2009. **Fertility and Sterility**, New York, v. 92, n. 5, p. 1520-1524, nov. 2009. Available in: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(09\)03688-7/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(09)03688-7/pdf). Access in: 09 nov. 2017.