

COMPLEXIDADE PROCEDIMENTAL DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À AUTONOMIA REPRODUTIVA NA PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Luis Cláudio Martins de Araújo*

Maria Mara Musco Zeitune**

Resumo: Ao se tratar da temática da interrupção voluntária da gravidez, o multicitado caso *Roe v. Wade* de 1976, sempre é trazido à tona, especialmente ao se trabalhar com reiteradas decisões tomadas acerca do tema por diversas Cortes, que, em seu cerne concentram a ideia de uma comunicação entre as Cortes Locais e Internacionais, na busca de um fluxo e uniformização de decisões sobre o tema. Contudo, como pode-se observar, em casos que abrangem grande complexidade, tal fluxo acaba por trazer uma discussão parcialmente limitada sobre a temática, focada na questão substantiva do direito à autonomia reprodutiva, mas sem tratar da discussão acerca da competência federativa para regulamentar a matéria. Assim, a partir do cenário jurídico brasileiro, à luz da proposta de comunicação do

* Pós-Doutor (*Academic Visitor*) pela *University of Oxford* (Oxford). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduiche (*Visiting Scholar*) na *University of Cambridge* (Cambridge). *Academic Visitor* pela *University of Oxford* (Oxford). *Visiting Fellow* pelo *Lauterpacht Centre for International Law* da *University of Cambridge* (Lauterpacht Centre). *Visiting Researcher* pela *Fordham University School of Law* (Fordham). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

** Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Bolsista do CNPQ. Participante do Grupo de Pesquisa certificado pelo CNPQ Constitucionalismo Contemporâneo.

transconstitucionalismo¹ e das afirmações aferidas no caso norte-americano, busca-se dar destaque à legitimidade dos Estados como unidades autônomas capazes de legislar ou regulamentar a interrupção voluntária da gravidez, sem a necessidade da importação de direitos, mas do debates acerca de competências normativas.

Palavras-Chave: Competências constitucionais; vazios legislativos; direito à autonomia reprodutiva; transconstitucionalismo.

PROCEDURAL COMPLEXITY OF CONSTITUTIONAL COMPETENCES AND THE ABORTION RIGHT UNDER THE TRANSCONSTITUTIONALISM PERSPECTIVE

Abstract: When dealing with the issue of abortion, the multi-cited case *Roe v. Wade* from 1976, is always brought to the fore, especially when working with repeated decisions taken on the subject in several Courts, which, at its core concentrate the idea of a communication between the Local and International Courts, in search of a flow and uniformization of decisions. However, as can be seen, in cases involving great complexity, such a flow eventually brings a not-so-broad discussion on this issue, focused on the substantive question of the reproductive autonomy right, but disregarding the discussion about the federative competence to regulate the question. Thus, from the Brazilian legal scenario, in light of the proposal of transconstitucionalism communication and the statements of the North American case, should be stressed the legitimacy of the states as autonomous units capable to legislate or regulate the voluntary interruption of pregnancy, without the need of import duties, but rather, to

¹ Entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. XIX-XXV..

discuss normative competencies.

Keywords: Constitutional competences; legislative voids; abortion; transconstitutionalism.

Sumário: Introdução. 1. Uma perspectiva procedimental do transconstitucionalismo; 2. Deliberação “às avessas”; 3. Uma solução em meio ao cenário brasileiro; 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO



os Estados Unidos, muito se afirma que a natureza beligerante que cerca a discussão sobre a interrupção voluntária da gravidez, encontra-se principalmente no modo como criou-se o direito sobre tal temática, uma vez que em outros países, tal deliberação teve sua formação a partir de uma série de acordos políticos e legislativos. Utilizando-se como exemplo para tal assertiva, o caso *Roe v. Wade* é possível entender que a Suprema Corte norte-americana no caso, decidiu que o direito de interromper a gravidez estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade, declarando a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática da interrupção voluntária da gravidez a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Contudo, o tema que merece relevo para a análise aqui realizada, é que a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre interrupção voluntária da gravidez². Desta forma, para o desenvolvimento deste artigo, será preciso recorrer a algumas referências fundamentais, para estabelecer bases teóricas que permitam compreender melhor esta temática, especialmente sob a ótica do transconstitucionalismo, a partir da

² DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 6.

ideia de que a racionalidade decisional de *Roe v. Wade*, nos fornece um veículo para avaliar influências nas ordens locais, ao incorporar prescrições e modelos para o desenvolvimento, aplicação e execução de preceitos transnacionais, como na questão da autonomia reprodutiva e interrupção voluntária da gravidez^{3,4} não apenas na seara substancial de garantia de direitos, mas também, e particularmente, na discussão sobre a repartição de competências legislativas para tratar de temas complexos, em um processo que reconfigura os respectivos papéis do Estado e dos ordenamentos locais, ou, em outras palavras, promovendo novas arquiteturas estatais.

1. UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL DO TRANS-CONSTITUCIONALISMO.

A interrupção voluntária da gravidez, em uma sociedade complexa, é um dos temas mais polêmicos da contemporaneidade, primordialmente ao discutir o conceito vida na sua mais profunda essência, porém, da mesma forma, não parece mais adequada a ideia de que juristas possam depositar sua opinião moral e ideológica quanto ao tema, principalmente na medida em que tal conduta fragiliza ao extremo a legitimidade deliberativa democrática.

Da mesma forma, este debate, cada vez mais, vem sendo tratado não só em âmbito doméstico, mas também na esfera internacional e transnacional, o que naturalmente amplia a discussão sobre a questão, especialmente diante da necessidade de busca de uma maior uniformização sobre a temática

Assim, no seio da atual sociedade globalizada, mostra-se

³ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-9.

⁴ SARMENTO, Daniel. Legalização do interrupção voluntária da gravidez e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Nos limites da vida: interrupção voluntária da gravidez, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-51.

perceptível que, cada vez mais, as decisões na jurisdição doméstica e transnacional são trabalhadas pelo diálogo entre Cortes ao redor do globo. Ou seja, é inegável que a cada dia juízes de diferentes tribunais olham para fora de suas fronteiras, à procura de novos argumentos para justificar seus próprios casos, e, assim, pode-se afirmar que as decisões judiciais não são mais um processo isolado de deliberação dos tribunais locais, mas, sim, parte de um processo transnacional de diálogo entre Cortes em todo o globo.

Neste sentido, esta racionalidade transversal nos fornece um veículo para avaliar influências nas ordens locais, ao incorporar prescrições e modelos para o desenvolvimento, aplicação e execução de preceitos transnacionais, em um processo interativo e dinâmico⁵, como na questão da autonomia reprodutiva e interrupção voluntária da gravidez^{6,7}, que reflete esta lógica, tendo sido enfrentada por diversas Cortes, com posicionamentos distintos sobre o tema.

É o que se observa, por exemplo, na análise do tema pela Suprema Corte norte-americana, ao assegurar a interrupção da gravidez sob determinadas condições, nos casos *Roe contra Wade* de 1973⁸ — caso marco nos Estados Unidos —, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* de 1976⁹ e *Planned*

⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 251-293.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-9.

⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-51.

⁸ Caso *Roe v. Wade*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁹ Em *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* de 1976 a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que condicionava o exercício do direito ao interrupção voluntária da gravidez ao consentimento do pai do nascituro. Porém, admitiu 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

Parenthood v. Casey de 1992^{10,11}. Esta visão também foi compartilhada pela Suprema Corte do Canadá no julgamento do caso *R. v. Morgentaler* de 1988, que reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização da interrupção voluntária da gravidez¹².

Na Europa, a discussão também foi trabalhada por diversas cortes e órgãos decisoriais¹³. Na França, o *Conseil*

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. Caso *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

¹⁰ Em *Planned Parenthood v. Casey* de 1992, a Suprema Corte, em decisão apertada de 5 votos a 4, flexibilizou o critério fixado em *Roe v. Wade* de 1973, fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições aos interrupção voluntária da gravidez anteriores ao 3º semestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extrauterina. Caso *Planned Parenthood v. Casey*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/505bv.pdf>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

¹¹ Todavia, em *Harris v. McRae* de 1980, a Suprema Corte entendeu que o Estado não está obrigado a realizar interrupção voluntária da gravidez gratuitamente na rede pública de saúde ou a arcar com os respectivos custos, mesmo tratando-se de mulheres carentes, incapazes de suportar os ônus econômicos inerentes aos procedimentos médicos necessários. Da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana em *Rust v. Sullivan* de 1991 sustentou a constitucionalidade da regulamentação criada pelo *Department of Health and Human Services*, com base no Título X do *Public Health Service Act*, que vedou que verbas federais destinadas aos serviços de “planejamento familiar”, fossem utilizadas para o interrupção voluntária da gravidez. Segundo essa nova interpretação, os funcionários que trabalham nesses hospitais não podem sequer discutir esse procedimento com as pacientes. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 152, 333-334.

¹² Discutia-se, na hipótese, a conformidade com a Carta de Direitos e Liberdade do Canadá, de 1982, de uma lei de 1969 que criminalizava o interrupção voluntária da gravidez, estabelecendo como única exceção a hipótese em que um comitê terapêutico composto por três médicos atestasse que a continuidade da gravidez traria riscos à vida ou à saúde da gestante. Caso *R. v. Morgentaler*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

¹³ A jurisdição constitucional, segundo a premissa metodológica aqui desenvolvida, pode ser exercida por instituições que não necessariamente, ao menos no sentido estrito do termo, podem ser qualificadas como órgãos judiciais, desde que esta atividade não seja efetuada, exclusivamente, pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo como é o caso do *Conseil Constitutionnel* e do *Conseil d'Etat* francês.

Constitutionnel na *Décision* 74-54 DC de 1975¹⁴ e na *Décision* 2001-446 de 2001 também se manifestou sobre o tema, ao permitir a interrupção voluntária da gravidez sob determinadas condições¹⁵. Em Portugal, o Tribunal Constitucional nos Acórdãos 25/1984¹⁶, 85/1985¹⁷ e 288/1998, afirmou a legitimidade

¹⁴ Na Decisão 74-54 DC, o Conselho Constitucional entendeu que o interrupção voluntária da gravidez, nos termos da *Loi relative á l'interruption volontaire de grossesse* de 1975, seria válido. Segundo a *Loi relative á l'interruption volontaire de grossesse* de 1975, que teria vigência temporária por 5 anos, seria permitindo a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegasse que a gravidez lhe causa angústia (*detresse*), ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de “*doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico*”. Pela lei em questão, deveria a gestante, antes do interrupção voluntária da gravidez, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceriam assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez. Em 1979, as normas da lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas. *Décision* 74-54 DC. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/version-en-anglais.100098.html>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

¹⁵ Na Decisão 2001-446 DC, o Conselho Constitucional se manifestou pela constitucionalidade da Lei 2001-588, que voltou a tratar do interrupção voluntária da gravidez, e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória. *Décision* 2001-446. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2001/2001-446-dc/version-en-anglais.85464.html>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

¹⁶ O Tribunal Constitucional, no Acórdão 25/1984, reconheceu, no exercício de controle preventivo de constitucionalidade, a legitimidade constitucional de lei que permitira o interrupção voluntária da gravidez em circunstâncias específicas, como de risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual. Acórdão 25/1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

¹⁷ A problemática relacionada à existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser discutida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 85/1985, que novamente reconheceu, a legitimidade constitucional do interrupção voluntária da gravidez em circunstâncias específicas. Acórdão 85/1985. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

constitucional de lei que permitira a interrupção voluntária da gravidez em circunstâncias específicas¹⁸. Na Itália, o Tribunal Constitucional na *Sentenza* 18 de 1975¹⁹ também declarou a

¹⁸ O tema do interrupção voluntária da gravidez foi retomado pelo referido Tribunal Constitucional no Acórdão 288/1998, que tratava de hipótese de controle preventivo de constitucionalidade, de uma proposta de referendo, versando sobre a despenalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial. Neste julgamento, a Corte lusitana entendeu que a vida intrauterina é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas, considerando que o tempo de gestação se afigurava critério adequado para solução desta colisão de interesses constitucionais. Porém, no referendo, cuja validade o Tribunal reconhecera, a proposta de legalização incondicionada do interrupção voluntária da gravidez no início da gestação foi derrotada, tendo o legislador português seguido a orientação do referendo. Acórdão 288/1998. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

¹⁹ Segundo Daniel Sarmiento “A Corte Constitucional italiana na sentença 18 em 1975, declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 546 do Código Penal daquele país, que punia o interrupção voluntária da gravidez sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse dano ou risco à saúde da gestante. Diante desta decisão, o legislador italiano editou, em 1978, a Lei n. 194, que regulamentou detalhadamente o interrupção voluntária da gravidez. De acordo com a referida lei, a gestante pode, nos primeiros noventa dias de gravidez, solicitar a realização do interrupção voluntária da gravidez em casos: (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal. Nessas hipóteses, antes da realização do interrupção voluntária da gravidez, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evitem a interrupção da gravidez. Afora casos de urgência, foi estabelecido também um intervalo mínimo de 7 dias entre a data da solicitação do interrupção voluntária da gravidez e sua efetiva realização, visando assegurar o tempo necessário para a reflexão da gestante. Por outro lado, a lei em questão autorizou a realização do interrupção voluntária da gravidez, 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. A Corte Constitucional italiana, chamada a pronunciar-se sobre a validade destas inovações, afirmou que a despenalização de certas condutas se inscreve na competência do legislador, deixando por isso de conhecer das questões de constitucionalidade suscitadas. Mais recentemente, em 1997, o mesmo Tribunal julgou inadmissível uma proposta de referendo ab-rogativo, que submeteria ao eleitorado a proposta de eliminação de toda a regulamentação legal do interrupção voluntária da gravidez nos primeiros noventa dias de gestação. A Corte manifestou o entendimento de que a pura e simples revogação de todas as normas que disciplinavam o interrupção voluntária da gravidez na fase

inconstitucionalidade parcial de norma que punia a interrupção voluntária da gravidez sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse dano ou risco à saúde da gestante, manifestando o entendimento de que a pura e simples revogação de todas as normas que disciplinavam a interrupção voluntária da gravidez na fase inicial da gravidez seria incompatível com o dever constitucional de tutela da vida do nascituro.

Da mesma forma, na América Latina, o Supremo Tribunal Federal brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54²⁰ e no *Habeas Corpus* 124306²¹, e, o

inicial da gravidez era incompatível com o dever constitucional de tutela da vida do nascituro”. Vide SARMENTO, Daniel. Legalização do interrupção voluntária da gravidez e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos limites da vida: interrupção voluntária da gravidez, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-51.

²⁰ Na ADPF 54, o STF passou a discutir a questão do feto anencefálico, tendo admitido a antecipação terapêutica do parto nos casos de feto anencefálico, independentemente da necessidade de obtenção de autorização judicial, com base na dignidade da pessoa humana. A decisão do STF não descriminaliza o interrupção voluntária da gravidez, bem como não cria nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código Penal brasileiro, a Corte decidiu, porém, que não deve ser considerada como interrupção voluntária da gravidez a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencefálico. ADPF 54. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID= 3707334>. Acesso em: 6 maio. 2018.

²¹ A Primeira Turma do STF, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que a criminalização do interrupção voluntária da gravidez seria incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; da autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; da integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e da igualdade de gênero, já que a equiparação plena de gênero depende do respeito da vontade da mulher nessa matéria. Ademais, a tipificação penal, violaria o princípio da proporcionalidade, além da discriminação social e do impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres. Portanto, o STF entendeu por conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal — que tipificam o crime de interrupção voluntária da gravidez — para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, uma vez que durante esse período, o córtex cerebral — que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade — ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. *Habeas Corpus* 124306. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

Tribunal Constitucional colombiano nos acórdãos C-355/2006²² e T-627/2012²³, se manifestaram sobre o tema, afirmando, em alguma medida, sobre a validade jurídica da interrupção da gravidez e sobre a autonomia reprodutiva das mulheres.

Ainda sobre a matéria, em âmbito supranacional o tema foi discutido pela Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos em *Amanda Mellet v. Ireland* de 2016²⁴, na Europa pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Open Door and*

²² No acórdão C-355/2006, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 122 do Código Penal colombiano, descriminalizando o interrupção voluntária da gravidez nos casos em que: (i) a continuação da gravidez pôr em perigo a vida ou a saúde da mulher, certificado por um médico; (II) exista grave malformação do feto que torna a vida inviável, certificado por um médico; e (III) a gravidez é resultado de conduta, devidamente declarada, de estupro ou de relação sexual sem consentimento, abusivo ou inseminação artificial ou transferência de óvulo fertilizado sem consentimento, ou de incesto. *Sentencia* C-355/2006. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²³ Na *Sentencia* T-627/2012, a Corte enfrentou a discussão sobre o direito à informação pelos órgãos e agentes públicos sobre os direitos reprodutivos das mulheres, dentre os quais, o direito à autonomia reprodutiva, interrupção voluntária da gravidez, acesso a serviços de saúde reprodutiva, e educação e informação sobre métodos contraceptivos. *Sentencia* T-627/2012. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-627-12.htm>>. Acesso em: 6 maio. 2018.

²⁴ O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos, no caso *Amanda Mellet v. Ireland*, entendeu que a existência de legislação nacional criminalizando a prática do interrupção voluntária da gravidez, constitui violação dos direitos humanos da mulher assegurados na *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*. Segundo o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos “*The balance that the State party has chosen to strike between protection of the fetus and the rights of the woman in the present case cannot be justified. (...) The Committee notes that the author’s much-wanted pregnancy was not viable, that the options open to her were inevitably a source of intense suffering and that her travel abroad to terminate her pregnancy had significant negative consequences for her, as described above, that could have been avoided if she had been allowed to terminate her pregnancy in Ireland, resulting in harm contrary to article 7. On that basis, the Committee considers that the interference in the author’s decision as to how best cope with her non-viable pregnancy was unreasonable and arbitrary in violation of article 17 of the Covenant. (...) The State party is also under an obligation to take steps to prevent similar violations in the future*”. *Caso Amanda Mellet v. Ireland*. Disponível em: <http://tbinter.net.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/116/D/2324/2013&Lang=en>. Acesso em: 6 maio. 2018.

Dublin Well Woman v. Ireland de 1992²⁵.

De toda sorte, a expansão deste fluxo transnacional, acaba por auxiliar a construção e transmissão desnacionalizada de decisões judiciais, em diferentes domínios jurídicos, que podem ser usados para avaliar a forma como os sistemas produzem modelos decisoriais que migram através das fronteiras, pela aplicação dos tribunais como forma de interpretação transnacionalmente induzida²⁶.

Da mesma forma, o que se observa na discussão sobre a temática, se relaciona exatamente aos limites da interpretação das cortes, na questão da interrupção voluntária da gravidez, especialmente em relação às condições de afirmação do Direito frente a moral e política, e, das perspectiva das competências constitucionais sob a ótica do transconstitucionalismo²⁷.

Neste sentido, retomando a análise do caso *Roe contra Wade*²⁸ observa-se que três grandes afirmações podem ser

²⁵ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, envolvia o direito de transmitir informações à população sobre a estrutura de clínicas abortivas no exterior, em face das proibições trazidas pelo *Censorship of Publications Act* de 1929, e pelo *Health (Family Planning) Act* de 1979, que vedam a divulgação dos métodos abortivos. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que as punições trazidas pelo *Censorship of Publications Act* de 1929, e pelo *Health (Family Planning) Act* de 1979, eram excessivas e que o Estado irlandês falhou na aplicação do teste de proporcionalidade, especialmente por não levar em consideração a idade das receptoras dessa mensagem. Caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57789>>. Acesso em: 13 maio. 2018.

²⁶ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 10-28, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 6 maio. 2018.

²⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

²⁸ No caso *Roe v. Wade* de 1973, a Suprema Corte decidiu que, o direito de interromper a gravidez, estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade. Assim, no primeiro trimestre de gestação, o interrupção voluntária da gravidez deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o interrupção voluntária da gravidez 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

extraídas: a primeira, que reafirmou o direito constitucional da mulher grávida à autonomia reprodutiva; a segunda, a que reconheceu o interesse legítimo dos Estados em regulamentar a interrupção voluntária da gravidez; e a terceira, a que declarou a ausência de poder por parte dos Estados para proibir a interrupção voluntária da gravidez em quaisquer termos em que desejem fazê-lo.

Com isso, muito mais do que a discussão acerca do papel das Cortes no debate sobre o direito à liberdade reprodutiva da mulher, a questão federativa, que envolve a competência dos Estados, como unidades autônomas, para legislar nesses casos, tem papel central para busca de soluções no tema, importando, para solução de temas complexos, não a abordagem substancial sobre direitos, mas sim sobre quem tem, no atual cenário jurídico, resposta legítimas, dentro de um processo democrático deliberativos sobre tais questões.

2. DELIBERAÇÃO “ÀS AVESSAS”.

Como visto, a questão da interrupção voluntária da gravidez foi enfrentada por diversas cortes, locais e supranacionais, ao redor do globo, gerando enorme debate social sobre a temática e com grande repercussão no cenário jurídico e político.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, principalmente por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 em 2012, enfrentou o tema, entendendo como incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos e da autonomia da mulher, a tipificação penal do aborto no caso do feto anencefálico, excluindo do seu âmbito de incidência a antecipação terapêutica do parto, independentemente da

interrupção voluntária da gravidez, 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. Caso *Roe v. Wade*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

necessidade de obtenção de autorização judicial²⁹.

Neste sentido, cabe aqui então, em um primeiro momento, uma análise das funções do Poder Judiciário, isoladamente do STF, diante de casos de grande complexidade, na medida em que, além da função contramajoritária³⁰, recentemente vêm se atribuindo mais alguns papéis ao Supremo Tribunal Federal, especialmente a função representativa — quando, em certas circunstâncias, atende as demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso — e a função iluminista de impulsionar os rumos civilizatórios da história³¹.

Ora, um dos grandes problemas desta concepção, particularmente as funções representativa e iluminista, se dá pelo fato de que na tomada da decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada a juízes não eleitos democraticamente³².

Na verdade, a questão da legitimidade das cortes interferirem nas decisões dos Estados e do déficit democrático dos juízes, é ainda mais grave no cenário da deliberação sobre temas complexos, uma vez que o elemento consensual não dá aos tribunais uma base democrática³³, e, portanto, a cisão sobre a

²⁹ Recentemente o PSOL ingressou com a ADPF 442, que tem como discussão o tema do interrupção voluntária da gravidez em sua totalidade. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 6 jun. 2018.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

³² Este déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos, quanto à invalidação de decisões tomada pelos representantes eleitos do povo, foi definido por Alexander Bickel como dificuldade contramajoritária. Para tanto vide: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

³³ FISS, Owen. The Autonomy of Law. *Yale Journal of International Law*, v. 26, 2001, p. 517 e ss..

temática permanece no seio social, agravando o debate sério sobre o tema.

Desta feita, a prática deve assumir a compreensão dos critérios democráticos da comunidade³⁴, a partir do pressuposto de que a atuação judicial deve ter em conta a compreensão da estrutura do Estado, para que se possa alcançar o objetivo último da segurança e estabilidade jurídica³⁵, reafirmando a relação dialética e interdependente da atuação em uma ordem deliberativo-democrática, em que as questões de interpretação jurídica não possam ser adequadamente resolvidas, sem a atenção ao déficit de legitimidade das autoridades responsáveis pela construção das decisões judiciais³⁶.

Assim, as cortes devem buscar uma atuação que atenda aos interesses e valores da coletividade³⁷, guiada pelos

³⁴ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21 e ss.

³⁵ VERMEULE, Adrian. System effects and the constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.

³⁶ BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961, p. 40.

³⁷ A ideia de esfera pública aqui adotada, se liga à concepção Habermasiana da dimensão pública, na qual ocorre a comunicação entre membros de uma comunidade em discursos racionais, reconhecendo-se mutuamente como membros livres e iguais. Para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso, desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Assim, para Habermas, o Princípio do Discurso, toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora a este processo de comunicação entre os membros da comunidade, no processo de formação da opinião, na garantia da autonomia privada e na regulação das relações entre cidadãos livremente associados. Por outro lado, para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso, é autônomo em relação ao direito e à moral. Todavia, como as fundamentações pós-tradicionais, exigem a forma jurídica para compensar os déficits da moral, os preceitos morais são absorvidos pela faticidade de produção normativa, que impõe o comportamento conforme a norma, permitindo que a moral irradie sobre todos os âmbitos de ação. Logo, o fenômeno jurídico, é uma estrutura normativa capaz de contemplar uma abertura para os discursos morais, permitindo o uso da racionalidade comunicativa. Assim, a legitimidade é obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas, são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Desta feita, o direito possui

fundamentos da ordem democrática, baseada na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo — questionando a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos³⁸.

É exatamente neste sentido, que se observa que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 54 em 2012, acabou por atuar em um papel nitidamente de sobreposição sobre os demais Poderes constituídos, analisando o tema, estritamente sob a seara substancial, sem, no entanto, questionar a quem competia constitucionalmente deliberar sobre a questão, diferentemente do que se viu no caso *Roe v. Wade* de 1973 nos Estados Unidos³⁹.

A ausência deste questionamento fundamental sobre o tema, acabou por privar não só o debate social mais amplo sobre a questão da interrupção voluntária da gravidez, como também se descuroou a trabalhar a discussão sobre o correto procedimento constitucional, especialmente sobre a possibilidade de busca de soluções da demanda pelo Poder Legislativo estadual.

abertura para uma moralidade procedimental, porquanto, para ser legítimo, precisa ser juridicamente sensível às pretensões normativas que são racionalizadas no espaço público. Assim, para Habermas, os fundamentos do direito, estão ancorados na atuação deliberativa/discursiva sobre questões políticas ou morais dos cidadãos discutidos na esfera pública. Logo, a prática discursiva, em um procedimento permanente, possibilita a legitimação do direito, impondo a prática de uma razão comunicativa que constrói o Direito, em uma concepção intersubjetiva de valores morais compartilhados e resultantes dos acertos discursivos, firmados entre sujeitos em uma situação ideal de fala. Nesta condição ideal de fala, não está em jogo um *status* de igualdade, mas um *status* de liberdade discursiva, quando os indivíduos procuram o consenso em suas diferentes concepções de mundo. Logo, a condição ideal de fala, se resolve na exigência de se permitir a prática discursiva como uma constante procedimental, isto é, a pessoa e o procedimento racional se configuram a partir de uma prática construtiva discursiva, que busca o consenso e a igualdade entre cidadãos livres e iguais dentro da esfera pública. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 113-168.

³⁸ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

³⁹ DWORIN, Ronald. *O domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41-94, 141-163 e 207-249.

Ou seja, a decisão tomada pela Corte, ao assegurar o direito de interromper a gravidez, não só suprimiu o debate público necessário para construção de decisões compatíveis com padrões socialmente razoáveis — não encerrando, portanto, o debate constitucional sobre o tema —, como, da mesma forma, sob o prisma do Poder Legislativo, não apresentou alternativas para que os inúmeros setores da sociedade favoráveis e desfavoráveis à interrupção voluntária da gravidez se manifestaram, buscando o procedimento legislativo adequado para aprovação da norma, na busca do funcionamento da máquina estatal, por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade⁴⁰.

Desse modo, pode-se entender que a partir dessa visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação, a atuação decisional, em temas de maior complexidade, devem ser enfrentados por meio de procedimentos de cunho democrático, em situações de atuação legislativa, fator inerente a uma troca dinâmica e deliberativa, que concretiza a legitimidade estatal.

3. UMA SOLUÇÃO EM MEIO AO CENÁRIO BRASILEIRO.

É bastante claro que de uma maneira geral, podemos falar, especialmente na segunda quadra do século passado, em uma expansão do *judicial review*⁴¹ em nível global, ou seja, embora

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

⁴¹ Segundo Tom Ginsburg, quatro teorias que buscam explicar a expansão do *judicial review*: 1. *Ideational theories* (teoria ideais); 2. *Multi-level governance theories* (teorias de governança em vários níveis); 3. *Electoral market theories* (teorias do mercado eleitoral); e 4. *Diffusion theories* (teorias de difusão). As *Ideational theories*, focam na relação entre o *judicial review* e a garantia de direitos. Assim, democracias mais sólidas tratarão de proteger direitos, em especial direitos das minorias em face da ditadura da maioria, por meio do *judicial review*. A ideia, é que o *judicial review*, é fruto de uma consciência crescente do papel da lei e da proteção das liberdades individuais. As *Multi-level governance theories*, trabalham a questão da separação de poderes e os diferentes níveis de governo. Neste sentido, o *judicial review*, auxilia no estabelecimento de mecanismos de governança eficazes em contextos multi-nível, através da garantia da separação de poderes entre os principais ramos do governo, e entre os

o controle de constitucionalidade tenha sido por muito tempo uma ideia abstrata, e, nos seus momentos iniciais uma peculiaridade do regime político norte-americano, pode-se dizer que atualmente este mecanismo se ampliou e universalizou, com a maior parte dos sistemas constitucionais contemporâneos prevendo a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional^{42,43}.

parlamentos central e regionais. Tal teoria seria particularmente pronunciada em federações, que, por definição, possuem um sistema multi-nível. Assim, o *judicial review*, seria adotado para coordenar Estados em um sistema federado. As *Electoral market theories*, desenvolvem a premissa de que o *judicial review* é uma questão de política doméstica. O *judicial review*, seria impulsionado pela demanda da incerteza política no momento dos processos eleitorais pós-constitucionais. Dentro das *Electoral market theories*, há a *insurance-based theory* (teoria do seguro). Pela teoria do seguro, as pessoas tendem a temer perder o poder no futuro, e o *judicial review* forneceria um fórum alternativo para desafiar o governo e reduzir o risco de perda eleitoral. A fragmentação política, portanto, para Ginsburg, está associada ao *judicial review*. Segundo Tom Ginsburg, Ran Hirschl oferece uma visão complementar deste processo de judicialização, a *hegemonic preservation theory* (teoria da preservação hegemônica), em que o estabelecimento do *judicial review*, é uma estratégia adotada pelas elites que preveem a perda de poder. Portanto, o *judicial review* seria adotado quando aqueles que detém o poder imaginam-se fora do poder, após o processo eleitoral pós-constitucional. Já as *Diffusion theories*, partem da premissa de que os países se influenciam mutuamente na criação de instituições e institutos, seja por força de questões ligadas à coerção (como no caso de antigas colônias recém emancipadas), à competição econômica, ao aprendizado ou à aculturação. Assim, as *Diffusion theories*, postulam que o *judicial review* é adotado em resposta às demandas internacionais e ao desenvolvimento constitucional de Estados estrangeiros. Segundo Tom Ginsburg, a *insurance-based theory*, é a melhor teoria para explicar a expansão do *judicial review*. Assim, o *judicial review* é, acima de tudo, uma resposta a incentivos políticos domésticos. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics & Organization*, n. 30, 2014.

⁴² Segundo Tom Ginsburg, antes da Segunda Guerra Mundial, apenas algumas constituições continham disposições sobre o controle de constitucionalidade. Contudo, ao se analisar o sistema de jurisdição constitucional de 191 países em 2011, observa-se que 158 sistemas constitucionais incluem alguma provisão formal de jurisdição constitucional. Assim, apesar de em 1951 apenas 38% dos sistemas constitucionais terem previsões de jurisdição constitucional, em 2011, 83% das constituições mundiais trataram do poder dos tribunais de controlar a implementação da Constituição e invalidar a legislação com bases constitucionais. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics & Organization*, n. 30, 2014.

⁴³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*.

No caso brasileiro embora desde 1824 as Constituições tenham considerado o Judiciário como um poder autônomo, e tenha havido alguns avanços na jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, não se pode falar efetivamente em supremacia judicial até a Constituição de 1988⁴⁴, visto que ao longo do final do século XIX e boa parte do século XX, cabia ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, o papel de concretizar a Constituição⁴⁵.

Ademais, pode-se afirmar que, apenas com o texto constitucional de 1988, marcado pela prodigalidade de direitos e com a ampliação da jurisdição constitucional, observa-se uma

New York University, 1997.

⁴⁴ A ADI 2860 de 2005, foi um dos precedentes brasileiros recentes, mais importantes de afirmação da supremacia judicial na Constituição de 1988, ao dispor que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2860. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/ paginador.jsp?docTP=AC&docID=395712>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁴⁵ Tradicionalmente no STF, prevalência um modelo positivista de jurisdição constitucional, no qual a apreciação judicial das questões levada à Corte estava ligada à separação entre os poderes e a uma postura de autocontenção. De suma importância para superação desta concepção, foi a edição da obra “Aplicabilidade das normas constitucionais” em 1967, por José Afonso da Silva. Influenciado pela teoria constitucional italiana do pós Segunda Grande-Guerra, José Afonso da Silva formulou a classificação das normas constitucionais em: (a) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que já têm a aptidão de produzir todos os seus efeitos jurídicos, não dependendo de regulamentação do legislador infraconstitucional. Ademais, tais efeitos não poderiam ser restringidos pelo legislador; (b) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que também reúnem todas as condições necessárias para a produção dos seus efeitos típicos, independentemente de regulamentação. Contudo, existe a possibilidade de restrição destes efeitos pelo legislador, diversamente do que ocorre com as normas de eficácia plena; (c) Normas constitucionais de eficácia limitada, que são normas que carecem de regulamentação infraconstitucional para se tornarem plenamente operativas. Tais normas são subdivididas em: (c.1) Normas de princípio institutivo, que traçam as linhas gerais de organização e estruturação de órgãos, entidades ou institutos jurídicos e (c.2) Normas de princípio programático, que definem os principais objetivos e finalidades a serem perseguidos pelos Poderes Públicos, sem especificarem o modo como estes devem ser atingidos. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 117-180.

expansão do papel do Poder Judiciário⁴⁶, associada a uma forte redefinição institucional, norteadas pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a ocupação de vazios constitucionais anteriormente conferidos ao Poder Legislativo⁴⁷.

Ocorre que, apesar do texto constitucional, a atuação judicial deve ter em conta a compreensão da estrutura do Estado, para que se possa alcançar o objetivo último da segurança e estabilidade jurídica⁴⁸, e, neste sentido, apesar do ônus político suportado pelo Poder Legislativo diante de uma medida impopular, muitas vezes levar à inação institucional, e, conseqüentemente à intervenção do Poder Judiciário, tal atuação subverte, quaisquer parâmetros de atuação democrática, reafirmando o déficit de legitimidade das autoridades responsáveis pela construção deliberativa⁴⁹.

Logo, ao analisar esse contexto, fica evidente que, existem opções, dentro do modelo constitucional, que podem

⁴⁶ Hoje, principalmente por força da concepção neoconstitucionalista, atribui-se às normas constitucionais o atributo da imperatividade, que é próprio das normas jurídicas, concedendo aos seus destinatários direitos subjetivos, e ao Poder Judiciário o papel de concretizador último destes direitos. A incorporação da Teoria dos Princípios, com o reconhecimento de que os princípios constitucionais podem ser diretamente aplicados pelos juízes, também confere notáveis instrumentos de aplicabilidade da vontade constitucional pelo Poder Judiciário. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 1, 2008, p. 89-105.

⁴⁷ Temos como exemplos, no Brasil, as questões da União Homoafetiva (ADPF 132), das Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIN 3510), da Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388), da Não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), da criação do município de Luís Eduardo Magalhães (ADIN 2240), da greve dos servidores públicos (MI 670 e 712), da importação de pneus remoldados e reformados (ADPF 101), da necessidade de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista (RE 511961), da marcha da maconha (ADPF 187) e das Cotas (ADPF 186 e RE 597285). MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2014, p. 1-46.

⁴⁸ VERMEULE, Adrian. System effects and the constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.

⁴⁹ BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961, p. 40.

comportar mais adequadamente a solução entre o compromisso da garantia de direitos — especialmente na temática da interrupção voluntária da gravidez — e a preservação da legitimidade estatal para produção normativa, e, na ideia de *checks and balances* — com a existência de poderes, independentes, autônomos e harmônicos entre si, com a função de autocontenção mútua⁵⁰.

Neste sentido, o sistema constitucional permitiria, exemplificativamente, que os Estados, por delegação legislativa da União, passassem a ter a prerrogativa de legislar sobre determinados pontos, com a transferência da discussão de temas complexos, como a interrupção voluntária da gravidez, para o Poder Legislativo estadual⁵¹, com a manifestação de inúmeros setores

⁵⁰ O princípio da separação de poderes já era sugerido por Platão em *A República* no século IV a.C., ao subdividir as funções do Estado, de forma que esta não se concentrasse em apenas uma pessoa. Aristóteles em *A Política*, também no século IV a.C., admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. O princípio também é desenvolvido por John Locke, em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil* de 1690 (século XVII), trabalhando de forma mais aprofundada a ideia da distribuição funcional. Todavia, a formulação mais completa, foi trazida por Montesquieu, no capítulo VI do livro XI do *Espírito das leis*, em 1748, ao identificar o exercício de três funções estatais conectadas a três órgãos distintos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes, autônomos e harmônicos entre si. Montesquieu pensou inicialmente em um órgão legislativo composto de duas Câmaras (uma de nobres e outra de origem burguesa), o Executivo e o Judiciário (composto basicamente por um conselho de jurados de convocação temporária). O princípio foi posteriormente positivado na Constituição da Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791). As Constituições brasileiras desde 1891 trazem o princípio — apesar da Constituição de 1891 trazer o Poder Moderador. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

⁵¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.

durante o procedimento legislativo até a aprovação, com o desdobramento deste conceito nas comunidades parciais⁵².

Este procedimento legislativo diferenciado, poderia, assim, permitir que o Poder Legislativo estadual pudesse prover respostas céleres para questões complexas⁵³, atuando como um modelo novo e distinto, que pode auxiliar na debilitação legítima, e, da mesma forma, tendesse a resolver a dificuldade contramajoritária, ajudando a lidar com certas patologias jurídicas, especialmente em modelos de supremacia judicial e vácuo parlamentar⁵⁴.

Ademais, a necessidade de atenção ao regular processo legislativo constitucional se mostraria presente, com a atuação do Legislativo estadual, atendendo à regra de delegação prevista na Constituição Federal, bem como a questão do princípio da separação de poderes e da teoria dos *implied powers*, ao discutir a possibilidade de uma lei estatal interferir em direitos fundamentais, delineando os limites do Poder Legislativo estadual e conferindo os fronteiras da sua autoridade na garantia das liberdades fundamentais⁵⁵.

⁵² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁵³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51-56.

⁵⁴ HUSCROFT, Grant. *Constitutionalism from the Top Down*, *Osgood Hall Law Journal*, v. 91, 2007.

⁵⁵ Nos casos *Nationwide News Proprietary v. Wills* de 1992 e *Australian Capital Television Proprietary Ltd. v. Commonwealth* de 1992, a *Australian High Court* analisou o direito à liberdade de expressão e comunicação na política, entendendo pela invalidade do *Industrial Relations Act* de 1988 e da Parte IIID do *Political Broadcasts and Political Disclosures Act* de 1991. *Nationwide News Proprietary v. Wills* de 1992 envolvia a publicação de artigo pela *Nationwide News*, criticando a *Australian Industrial Relations Commission*, em ofensa ao *Industrial Relations Act* de 1988. Já *Australian Capital Television Proprietary Ltd. v. Commonwealth* de 1992, envolvia a constitucionalidade da Parte IIID do *Political Broadcasts and Political Disclosures Act* de 1991, que regulamentava a propaganda política gratuita. FOLEY, Kathleen E. *Australian Judicial Review*, *Washington University Global Studies Law Review*, v. 6, n. 2, 2007, p. 281-338.

Desta feita, com esteio neste modelo, pode-se entender que, os meios juridicamente legítimos de atuação, devem ser orientados a partir de instrumentos que permitam maior uniformidade, legitimidade e racionalidade na deliberação das ordens locais, com a compreensão mútua dos critérios jurídicos utilizados, evitando interferências ilegítimas e a interrupção no processamento da abertura cognitiva, com a abertura normativa⁵⁶.

Este processo de atuação deliberativa local, ao passo que tende a uniformizar as formas de construção de um ambiente pautado na uniformidade de interpretação, decisão e atuação, acaba tendo como alvo o funcionamento da máquina estatal e a produção de um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade⁵⁷, afastando regimes de exclusão, pela produção do Poder Legislativo estadual⁵⁸.

CONCLUSÃO

Cada vez mais, se mostra claro que a atuação do Judiciário como guardião dos direitos fundamentais, têm resultado em um desequilíbrio no princípio da tripartição dos poderes. Desta feita, como pode-se observar, em meio a um cenário brasileiro em que a legitimidade e a legalidade⁵⁹ são temas debatidos

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 59-152.

⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

⁵⁸ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

⁵⁹ WOLKMER assinala que "a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva", e que a legitimidade "incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos", sua aplicação envolve, como concepção do direito, "a transposição da simples detenção do poder e a conformidade do justo advogados pela coletividade". WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 124. Brasília, 1994

diariamente, a decisão proferida na ADPF 54, se coaduna com o entendimento sobre a quem compete deliberar sobre temáticas de maior complexidade.

Neste sentido, da análise sob um prisma transconstitucional do caso *Roe v. Wade*, se observa que, para que o Poder Judiciário atue dentro de parâmetros de legitimidade, deve ter como antecedente uma separação das suas competências básicas acompanhada de uma modalidade de freios e contrapesos, vez que em um Estado Democrático, aquele a qual incumbiu-se a função de julgar os casos sob a lei, não tem a prerrogativa de criá-las.

Desta feita, toda vez que esta barreira é rompida dentro de um sistema jurídico, passa-se a tratar, em grande medida, de opiniões político-ideológica dos juízes, em desatenção ao princípio da separação de Poderes, o que gera grande desequilíbrio institucional.

Assim, feita uma análise história do cenário jurídico brasileiro, pode-se afirmar que, principalmente após a Constituição de 1988, a prodigalidade de direitos constitucionalmente prevista, associada à crescente inação Parlamentar, levou, claramente, a uma ascensão do Poder Judiciário, e, em particular do STF.

Por outro lado, na discussão sobre a interrupção da vida intrauterina, particularmente ao se tratar da ADPF 54, um instrumento potencialmente útil para o debate do tema, pode ser observado na análise transconstitucional da questão, em uma saudável fertilização cruzada que auxilia a corte doméstica a avaliar a demanda sob uma nova perspectiva, seja na discussão substancial sobre a garantia de direitos, seja especialmente no debate procedimental sobre as competências constitucionais, em um interação que, ao final, resulta no aumento do reconhecimento e legitimidade das discussões travadas em âmbito interno.



REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, p. 633, 2000.
- ADAM, Colin Turpin. *British Government and the Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961.
- BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11132-11155.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative constitutional law to resolve domestic federal questions. *Duke Law Journal*, n. 53, 2003.
- CRAIG, Paul. Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public Law 373. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 45, 2014.
- DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the

- American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. *New Zealand Law Review*, n. 4, 2011, p. 591-623.
- _____; THOMAS, Robert. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
- HOGG, Peter; BUSHHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997.
- LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2006.
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. A jurisdição constitucional no sistema da *commonwealth*: a conformação de uma nova alternativa institucional à supremacia judicial. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 4, 2015, p. 853-877.

- _____. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais*: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 376p .
- _____. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2014, p. 1-46.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. La reforma de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela según el nuevo modelo de constitucionalismo bolivariano. In: TAYAH, José Marco; ARAGÃO, Paulo (Org.). *Reflexiones sobre Derecho Latino Americano*. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2012, v. 7, p. 17-33.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo. Martins Fontes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. (Org.). Nos limites da vida: interrupção voluntária da gravidez, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. Cardoso Law School, *Working Paper Series*, n. 36, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*:

- fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.
- _____. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais. Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 08-40, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1274200>>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- _____. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the Law is. *Chicago Law Scholl and Economics Working Papers Series*, n. 268, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.
- TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005.
- VERMEULE, Adrian. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.

- WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.
- WALZER, Michael. *Pluralism and democracy*. Paris: Editions Esprit, 1997.
- _____. *Spheres of Justice: A defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1983.
- WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007.
- ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.