



ATIVISMO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE NEOCONSTITUCIONAL – UMA REFLEXÃO SOBRE O VOTO DO MINISTRO BARROSO PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO HABEAS CORPUS N.º. 124.306/2016-STF

Judicial activism and neoconstitutional discretion - a reflection on Minister Barroso's vote to decriminalize abortion in Habeas Corpus n.º. 124,306 / 2016-STF

Victor Sales Pinheiro

Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0416222855469529> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1908-9618>

E-mail: vvspinheiro@yahoo.com.br

Trabalho enviado em 03 de março de 2021 e aceito em 03 de julho de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.03., 2022, p. 1152-1194.

Victor Sales Pinheiro

DOI: 10.12957/rqi.2022.58123

RESUMO

Com base no método hipotético-dedutivo e na revisão da literatura sobre o neoconstitucionalismo, este Artigo analisa a prática do ativismo judicial no voto do Ministro Barroso, no *Habeas Corpus* n.º. 124/306/2016-STF, pela descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação. Partimos da constatação de que não há razões bioéticas convincentes para considerar a vida do feto apenas como “potencial” neste período, reconhecendo que a vida humana e o direito que a protege não dependem de uma escolha subjetiva, mas de dados científicos objetivos. Para entender a discricionariedade desse voto, refletimos sobre a teoria que ele refere como fundamento, o neoconstitucionalismo, baseado na ponderação de princípios constitucionais e na teoria da argumentação jurídica de Alexy, assim como a concepção de democracia contramajoritária, que privilegia o Poder Judiciário, no contexto pós-positivista do Estado constitucional de Direito e da judicialização da vida. Analisamos também em que medida o neoconstitucionalismo supera a discricionariedade positivista e qual é o papel do Poder Judiciário diante dos desacordos morais razoáveis, como o Ministro Barroso considera ser o aborto. Concluimos que a argumentação do Ministro é discricionária e marcada por contradições e falácias, resultando num ativismo judicial que moraliza e despolitiza o direito, ameaçando a integridade do Estado Constitucional de Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Discricionariedade. Neoconstitucionalismo. Teoria da argumentação jurídica. Luis Roberto Barroso.

ABSTRACT

Based on the hypothetical-deductive method and a review of the literature on neoconstitutionalism, this Article analyzes the practice of judicial activism in the vote of Minister Barroso, in *Habeas Corpus* n.º. 124/306/2016-STF, for the decriminalization of abortion in the first-trimester of pregnancy. We start from the observation that there are no convincing bioethical reasons to consider the life of the fetus only as “potential” in this period, recognizing that human life and the right that protects it do not depend on a subjective choice, but on objective scientific data. To understand the discretion of this vote, we reflect on the theory it refers as its foundation, the neoconstitutionalism, based on constitutional principles and on Alexy's legal argumentation theory, as well as the conception of counter-majoritarian democracy, which privileges the Judiciary, in the post-positivist context of the constitutional rule of law and the judicialization of life. We also analyze the extent to which neoconstitutionalism overcomes positivist discretion and what is the role of the Judiciary in the face of reasonable moral disagreements, as Minister Barroso considers abortion to be. We conclude that the Minister's argument is discretionary and marked by contradictions and fallacies, resulting in judicial activism that moralizes and depoliticizes the law, threatening the integrity of the Constitutional State of Law.

Keywords: Judicial activism. Discretion. Neoconstitutionalism. Legal argumentation theory. Luis Roberto Barroso.



1 Introdução

Luis Roberto Barroso é um caso paradigmático de jurista, pois desempenha tanto a atividade judicante, como Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto a atividade acadêmica, como autor de muitos artigos e livros relevantes da bibliografia jurídica nacional.

Essas duas características são evidenciadas didaticamente pelo livro *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal* (BARROSO, 2018), cuja parte teórica é complementada pela parte prática, que traz cinco votos em questões emblemáticas: (1) redução do foro privilegiado; (2) descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação; (3) execução penal após condenação em segundo grau; (4) descriminalização da maconha; (5) indulto José Dirceu.

Essa dupla dimensão, de justificação teórica e argumentação prática, permite analisar a sua atividade jurisdicional à luz da teoria neoconstitucional que ele defende, sublinhando a sua concepção jurídico-política de ativismo judicial. Com efeito, Barroso (2018, p. 88) atribui ao Poder Judiciário a “função iluminista” de uma nação, de forma a “empurrar a história”, ancorado em razões públicas, ainda que atue de forma contramajoritária.

Sua atuação em geral e no caso particular do *Habeas Corpus* n°. 124.306/2016, em que votou pela descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez, é objeto de numerosas críticas de diferentes matizes jurídicos, desde sua interpretação de autores como Robert Alexy, Ronaldo Dworkin e John Rawls, algumas das suas principais referências teóricas, até a consistência lógica da argumentação, considerada do ponto de vista interno (DIMOULIS, 2009; SACRAMENTO, 2018; STRECK; BARBA, 2016; FERREIRA FILHO, 2009; PEREIRA JÚNIOR. ALMEIRA; MACHADO, 2020 CABETTE, 2020; WIVIURKA, 2020).

O Ministro reconhece que “o aborto é, inequivocamente, a questão moral mais controversa do debate público contemporâneo” (BARROSO, 2012, p. 101). A complexidade do tema é inexaurível, pois lida com a interdisciplinariedade da bioética, envolvendo questões (bio)médicas, morais, jurídicas, políticas e econômicas. Se o tema apresenta ampla divergência filosófica e ideológica, quem deve decidir acerca do direito à vida do embrião e do feto? Quem deve indicar sobre o direito das mulheres de interromperem a sua gestação?

Neste Artigo, analisamos essas “razões” neoconstitucionais e contramajoritárias, que atuam francamente *contra legem* com base em princípios jurídicos (o formal da proporcionalidade e o material da dignidade humana). Perguntamos se essas razões se sustentam no debate público de modo persuasivo e democrático, de modo a sanar a polêmica e pacificar a sociedade em torno de uma concepção justa, igualitária e includente.

Por isso, analisamos a aplicação prática da teoria jurídica e política do neoconstitucionalismo, que propõe um ativismo judicial como forma de contrabalançar a democracia representativa (política) com a democracia deliberativa (jurídica).

Com o apoio de teóricos do direito críticos de Barroso (STRECK; BARBA, 2016; STRECK, 2011; DIMOULIS, 2009; SACRAMENTO, 2018; BARZOTTO, 2017; SANTOS, 2017), percebemos que este modelo não supera a discricionariedade positivista e tampouco atende aos requisitos de racionalidade da teoria principiológica de Alexy; ao contrário, degenera o Estado de Direito num Estado Judicial, aguçando o desacordo moral que pretendia resolver. Por fim, reconhecemos o papel da discricionariedade legislativa e política, controlada juridicamente pelo Judiciário, em respeito à democracia representativa e deliberativa.

No caso do HC analisado, o Ministro Barroso concede a ordem do *habeas corpus* de ofício, por dois motivos: (1) em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar; (2) em segundo lugar, interpretação conforme a Constituição dos arts. 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto. Mesmo sem ser legislador, o Ministro afirma que a criminalização do aborto no primeiro trimestre “viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade” (§3 da Introdução do voto)¹.

Neste Artigo, analisamos, criticamente, o ativismo judicial resultante da adoção da teoria do neoconstitucionalismo, com sua distinção de regras e princípios e sua adoção da máxima da proporcionalidade, que permite o tipo de retórica presente neste voto. Nossa hipótese é que, ao se negar a objetividade da interpretação da lei penal, o princípio constitucional adotado, seja ele qual for, tampouco garante segurança hermenêutica, pela flutuação retórica dos sentidos, no contexto da argumentação praticada pelo Ministro.

¹ Seguimos a numeração de parágrafos que o próprio Ministro Barroso (2018, p. 203-217) utiliza no seu voto.

Pretendemos mostrar que a teoria neoconstitucional de Barroso legitima a sua prática judicial ativista, que se aproxima de uma ideologia política contrária ao Estado Democrático e Constitucional de Direito, substituído por um Estado Judicial, sem controle democrático das decisões em casos de desacordos morais razoáveis. Focamos nossa análise, portanto, nas teorias de Barroso (2018, 2013, 2005, 2003, 2001) e Alexy (2013, 2011, 2004), com uma referência também à discricionariedade positivista de Kelsen (2012).

2 A controvérsia do aborto: uma escolha religiosa ou filosófica subjetiva?

Em 2011, na Universidade de Harvard, ele debateu com o professor Mark Tushnet sobre o papel do Poder Judiciário e das cortes supremas nas democracias contemporâneas e defendeu que, em casos como o do aborto, o Poder Judiciário deve suplantar a inércia do Poder Legislativo: “em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao STF assegurar o governo da maioria e a *igual dignidade de todos os cidadãos*.” (BARROSO, 2018, p. 88, grifo nosso).

Por que razão ao embrião e feto humano não é reconhecida a mesma dignidade humana e o direito humano à vida, que, para os demais cidadãos, são considerados invioláveis? Este Artigo considera incoerente a argumentação do Ministro, ao defender o direito ao aborto com base na “dignidade igual de todos os cidadãos”.

Ao contrário, o reconhecimento da dignidade humana exige o reconhecimento do direito à vida de todas as pessoas humanas “desde a concepção”, como previsto no artigo primeiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil.

Ao longo do seu voto, o Ministro não menciona a obra mais completa de Bioética no Brasil (DINIZ, 2017), tampouco enfrenta os argumentos bioéticos, jurídicos e filosóficos de juristas que, com base nos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e da Constitucional Federal e nas mais recentes descobertas da embriologia, reconhecem o direito à vida desde a concepção (MARTINS, 2005; RIBEIRO, PINHEIRO, 2017; KACZOR, 2011)². Neste Artigo, não

² Na nota de rodapé n. 8 do item ‘1. Violação a direitos fundamentais das mulheres’ do seu voto, o Ministro arrola oito referências nacionais e dez estrangeiras, todas favoráveis ao aborto, evidenciando a ausência de contraditório e dialética

vamos refutar esses argumentos bioéticos de Barroso, pois consideramos esta tarefa suficientemente realizada por Ribeiro (2021), sobretudo por demonstrar, com base na embriologia, que:

Não é ponto controvertido o fato de que o feto ou embrião humano é um ser vivo. Não se pode falar em ‘vida potencial do feto’ (§12), se com isso se quiser dizer que ele meramente está próximo a viver, mas ainda não vive. Não há debate sobre esta questão nem na literatura especializada sobre o aborto, nem na sobre a embriologia. (grifos no original)

Porém, ignorando o estado da arte da ciência biomédica, Barroso afirma que “[n]ão há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida.” (§22).

Por isso, o Ministro “escolhe”, até o primeiro trimestre, há apenas “vida potencial do feto”, pois “não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação.” (§22) Depois deste período, o feto continua inteiramente dependente da mãe, assim como no primeiro ano de vida, mas, naturalmente, ninguém cogita que o direito à vida do feto ou da criança dependa da decisão da mãe.

Mas, supondo que houvesse dúvida real sobre o início biológico da vida humana, o mero fato de haver discordância e possíveis argumentos para ambos lados – tanto quem defenda a vida desde a concepção, quanto quem considere que ela comece apenas no segundo trimestre - não basta para considerar a questão insolúvel ou dependente de meras escolhas subjetivas. Como argumenta Silva (2016),

O uso feito aí do adjetivo ‘filosófico’ é particularmente intrigante. Junto com o complemento do final da oração, o que está sendo afirmado é que posições filosóficas sobre o tema são idênticas a “escolhas [...] de cada um”, o que significa dizer que não podem ser reconduzidas a nenhuma esfera objetiva, acessível a outros sujeitos racionais, e que prescinde absolutamente de argumentação que possa ser compreendida e, eventualmente, refutada. É no mínimo curioso que o ministro qualifique o substantivo “escolhas” com o adjetivo “filosófico” para, ao final das contas, significar apenas opções individuais absolutamente relativas ao gosto próprio ou, ainda, escolhas privadas sobre as quais não é necessário dar razões (deixo de lado aqui a questão sobre o dar razões das “escolhas” religiosas; basta mencionar que dificilmente alguém que leva a sério o problema religioso “escolhe” nos moldes do que o ministro parece entender por escolha). De Tales de Mileto a David Chalmers, posições filosóficas caracterizam-se justamente por imporem sobre si mesmas o dever de apresentar razões intersubjetivas passíveis de serem discutidas e não, como denota Barroso, por serem meras expectorações do foro íntimo. Talvez seja por conta desse

de sua análise. A bibliografia nacional e estrangeira favorável à vida desde a concepção é, pelo menos, tão numerosa como a da posição abortista.



entendimento particularmente restrito acerca do que seja uma tomada de posição filosófica que, após rechaçar a validade da “escolha” filosófica, Barroso compromete-se com algumas delas sem, absolutamente, fornecer razão alguma.

Este primeiro ponto é central para a demonstração da fragilidade do argumento de Barroso. Por um lado, ele considera a questão “filosófica e religiosa” meramente subjetiva e portanto indiscutível. Por outro, toma uma posição filosófica e subjetiva, sem precisar justificá-la, suspendendo o debate público. Quem queira refutá-lo terá uma posição “filosófica e subjetiva”, insuscetível de figurar na discussão pública. Por que a razão filosófica e subjetiva do Ministro deve prevalecer sobre todas as outras inúmeras razões desta mesma natureza?

Como se demonstra ao longo deste Artigo, o relativismo subjetivista do Ministro é autocontraditório e parece apontar para uma disputa de tipo retórico, no contexto da pós-modernidade que demite as pretensões da verdade filosófica e científica, superando as ideias de neutralidade e objetividade, em favor de um “conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.” (BARROSO, 2001, p. 24).

Ou seja, a aplicação do Direito não é apenas um “ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente -, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam.” (BARROSO, 2001, p. 24). Essas “possibilidades interpretativas” decorrem, segundo ele, “(i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete; (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo ponderação de interesses à vista do caso concreto” (BARROSO, 2001, p. 24).

Se estamos diante de uma pluralidade de sentidos possíveis no caso do direito à vida, como impedir os “voluntarismos de matizes variados”, no interior de uma “moldura” constitucional, se é negada a objetividade para estabelecer o início da vida humana? Por que os três meses como marco que separa o direito da mãe ao aborto do direito do filho à vida, se se trata de uma “escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida” (§22)?

No referido debate em Harvard, Barroso reconhece que ele e seu interlocutor Tushnet são “progressistas” e “comprometidos com o avanço social”, mas o americano considera que o Poder Legislativo é o representante do povo e, numa democracia, é este Poder que deve decidir acerca de questões como o aborto e o casamento de pessoas do mesmo sexo. Entretanto, o jurista brasileiro

pensa o contrário, atribuindo ao Poder Judiciário a liderança do processo democrático em caso de omissão do Poder Legislativo:

a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a *preservação de valores e direitos fundamentais*. A essas duas dimensões – formal e substantiva – soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de *debate público, argumentos e persuasão*. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e *razões*. (BARROSO, 2018, p. 88, grifo nosso)

Este trecho é bastante elucidativo sobre a concepção de Barroso sobre a democracia representativa e deliberativa, com o protagonismo judiciário contramajoritário em favor de “valores e direitos fundamentais”. Pode-se perguntar: o valor da vida e o direito fundamental a nascer não devem ser preservados pelo Poder Judiciário, diante de crime do aborto, tipificado pelo Código Penal Brasileiro (art. 126)?

Mas, antes de abordar, especificamente, as incongruências do voto do Ministro e sua concepção de ativismo judicial e democracia contramajoritária, precisamos entender o contexto geral da judicialização da vida.

3 Estado Constitucional de Direito e judicialização da vida

Tendo como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo histórico no Brasil das últimas décadas é marcado pela judicialização da vida social. Não há questão importante que não seja debatida em termos jurídicos e políticos e que não tenha o potencial de chegar ao STF por envolver direitos humanos fundamentais, interpretados a partir de princípios constitucionais que exigem argumentação moral e política.

O fato incontestável da judicialização é acompanhado por uma elaboração teórica da corrente chamada neoconstitucionalismo, que a insere numa chave específica e que tem no Ministro Barroso um dos seus protagonistas (SANTOS, 2017).

A carreira jurídica de Barroso, tanto na academia quanto na atividade jurisdicional, primeiro como advogado, depois como Ministro do STF, é marcada pelo reconhecimento e pela proposta dessa mudança paradigmática. Ele cita, por exemplo, numerosas questões controversas que

desaguam diariamente no Poder Judiciário e que demandam uma solução razoável, que pacifique a sociedade. No âmbito ético, por exemplo, menciona o casamento de pessoas do mesmo sexo, o aborto, a pesquisa em células-tronco embrionárias; no âmbito social, lembra das cotas raciais para ingresso nas universidades e em concursos públicos (BARROSO, 2018, p. 21).

Essa “judicialização da vida, tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo” confere relevância incomparável ao Poder Judiciário, aos tribunais superiores e ao STF, que se destacam “na paisagem política e no imaginário social” (BARROSO, 2018, p. 22), pois são provocados a decidir os “casos difíceis”, as questões de grande repercussão social, nas quais surge, não raramente, o dilema de (1) se ater à letra lei e ao que já foi decidido (modelo de contenção judicial), ou (2) adotar uma postura mais ativista, a fim de implementar direitos fundamentais, como no caso da liberdade de expressão e da proteção de minorias, da moralidade administrativa, da proibição do nepotismo, ou da defesa da democracia, definindo previamente o procedimento do *impeachment* (modelo de ativismo judicial).

A resolução desse dilema passa por uma compreensão específica da natureza da democracia constitucional e do papel do STF como guardião da Constituição, assim como da natureza do direito, formado por regras e princípios, no contexto do paradigma pós-positivista, e baseado no método de interpretação de princípios formais (como o da proporcionalidade) e materiais (como o da dignidade).

Como vimos, o voto favorável à descriminalização do aborto até o primeiro trimestre é paradigmático dessa prática neoconstitucional, pois se baseia na técnica da interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência de crime previsto pelo Código Penal na prática do aborto nesse interstício. Com efeito, com também já mencionado, a segunda parte do livro *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal* traz essa decisão como sendo uma das “questões emblemáticas”, em que o ativismo judicial se efetivou (BARROSO, 2018).

Note-se que o termo ativismo judicial, neste contexto, não é usado de modo crítico e pejorativo, mas como consecução da jurisdição constitucional, que tem um papel proativo no Estado Constitucional de Direito, em que Poder Judiciário não permanece subserviente ao Legislativo (BARROSO, 2018, p. 43).

Com a ascensão das cartas constitucionais no pós-II Guerra, marcadas pelos princípios que defendem a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais, não é mais possível essa relação hierárquica entre os Poderes Judiciário e Legislativo, pois, no Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa a vigorar como norma, tendo os princípios força normativa. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário custodiá-la, fornecendo seu sentido último:

Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2018, p. 43).

Daí ressurge a problemática das relações, sempre tensas, entre direito e política, adormecidas que foram pelo paradigma do positivismo jurídico, que tentou levantar muros robustos entre ambas, a fim de garantir a racionalidade científica, a objetividade, a imparcialidade e a pureza da interpretação judicial.

Barroso (2018, p. 42) acredita que, no mundo real, haja uma dialética entre, por um lado, (1) a tendência voluntarista e política do realismo jurídico e da teoria crítica e, por outro, (2) a tendência cognitivista e jurídica do formalismo positivista.

Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações. Em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete fundar-se em elementos da pura razão e objetividade, como é a ambição do direito. Nem por isso, recairá na *discricionariedade* e na *subjetividade*, presentes nas *decisões políticas*. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de *parâmetros de razoabilidade e de legitimidade*, que podem ser *controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade*. (BARROSO, 2018, p. 42, grifo nosso)

No seu voto no HC 124.306/2016, o Ministro não parece alcançar este equilíbrio, pois não fornece os “parâmetros de razoabilidade e legitimidade” que justificam a eleição do primeiro trimestre como período em que o aborto não deve ser considerado crime.

Ele não apresenta nenhum critério definidor da ausência de vida humana neste período, nenhum critério que torne o aborto posterior ou mesmo o infanticídio substancialmente diferentes, visto que o seu argumento da “formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência” (§ 21) não se sustenta diante da ciência biomédica (KACZOR, 2011). Com efeito, o Ministro não desenvolve esta tese central do seu argumento, relegando-a ao relativismo da “escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida” (§ 22).



Precisamos, então, entender melhor a teoria neoconstitucional que inspira a sua prática argumentativa, seu uso discricionário (ou arbitrário) de princípios constitucionais.

4 A prática neoconstitucional: (ab)uso do máxima da proporcionalidade

Barroso é o protagonista da tendência jurídica chamada de neoconstitucionalismo no Brasil. Trata-se de um paradigma diversificado, que engloba autores e teorias diferentes, mas cuja unidade pode ser divisada pela comum atenção à força normativa dos princípios constitucionais, redimensionando, hermeneuticamente, as regras do direito positivo.

Por isso, o neoconstitucionalismo concerne à tendência pós-positivista, em que a legalidade e a interpretação formalista e objetiva são repensadas a partir da ponderação de princípios³. Como seus marcos teóricos principais, Barroso (2005, p. 215-220) elenca: (1) a força normativa da constituição; (2) a expansão da jurisdição constitucional; e (3) a nova interpretação constitucional. Como já tratamos, sinteticamente, os dois primeiros no item anterior, abordamos o terceiro marco agora, verificando a *prática* desta nova interpretação constitucional.

No voto analisado neste Artigo, o Ministro Barroso se refere expressamente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (nota de rodapé n. 12 do §17), na qual os direitos fundamentais são vistos essencialmente como princípios, cuja colisão entre si ou com fins estatais exige a técnica da ponderação, presidida pelo princípio formal da proporcionalidade.

Considerando a “relevância e a delicadeza da matéria”, ele justifica uma “brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais” (§ 14), que são “os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional”, frutos da história da afirmação do indivíduo em face do poder político, econômico e religioso, sendo que este último o conforma à moral social dominante.

Interessa notar, desde já, que o direito à vida do nascituro é o primeiro dos direitos fundamentais, porque garante que a vida humana, desde a sua concepção, não seja descartada por razões utilitárias - de ordem social, política, econômica e eugênica - ou religiosas, como no caso

³ Neste Artigo, não é nossa intenção problematizar o neoconstitucionalismo de Barroso como um todo, as variações de pós-positivismo e os desdobramentos do ativismo judicial, mas apenas a sua teoria neoconstitucional aplicada no caso do aborto (HC 124.306/2016). Da abundante bibliografia crítica sobre o tema, destacamos: Santos (2017), Streck (2011), Dimoulis (2009), Duarte; Pozzolo (2010); Fellet; Paula; Novelino (2011), Verbicaro (2019) e Wiviurka (2020).

dos infanticídios sacrificiais, presentes em certas culturas. Este direito impede a utilização de cobaias humanas para experimentos científicos, assim como as condições insalubres de trabalho escravo, que arriscam a vida da pessoa. Ou seja, como direito fundamental, o direito à vida insere-se na lógica de proteção do indivíduo contra a dominação social em geral.

Em seguida, o Ministro menciona o imperativo categórico kantiano, pelo qual “toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia” (§ 15). Já debatemos, na seção anterior, as desrazões pelas quais o Ministro desconsidera a vida e a personalidade do nascituro durante o primeiro trimestre de gestação, na contramão da ciência biomédica, que não reconhece nenhuma distinção substancial entre esse período e o seguinte.

Mais importante, é que esses direitos fundamentais são “oponíveis às maiorias políticas” e são dotados de “aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa” (§ 16). Isso justifica o ativismo judicial do Ministro, que, supondo haver o direito subjetivo ao aborto, com base no princípio constitucional da dignidade humana, aplica-o de imediato, independente do Poder Legislativo debater diversos projetos de lei sobre o tema, tanto proibindo-o, quanto permitindo-o.

No caso da descriminalização do aborto, o Ministro considerou que havia uma colisão entre dois direitos fundamentais: (1) por um lado, o direito à vida do nascituro (previsto pelo Código Penal, art. 124 e 126); (2) por outro, os direitos sexuais da mulher e sua autonomia (direitos estes não previstos expressamente em nenhuma norma, mas extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal).

Streck e Barba (2016, p. 2) consideram que, no voto do Ministro, a postulação do problema se deu de forma equivocada, resultando numa “simplificação da teoria alexyana cumulado com argumentos retóricos que não respeitam o mínimo de exigência aos parâmetros institucionais do Direito, como coerência e integridade.” Na crítica deles, delineiam-se sete objeções ao voto do Ministro:

(1) Em primeiro lugar, percebe-se uma incompreensão da nomenclatura de Alexy, que propõe uma “máxima” da proporcionalidade, e não um “princípio” da proporcionalidade, para equacionar a colisão de princípios, mediante a aferição do peso relativo de cada um deles. Como

poderia um princípio resolver a colisão entre princípios? Caso houvesse apenas regras e princípios, a máxima da proporcionalidade seria mais adequadamente considerada como uma regra, pois os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser aplicados em maior ou menor grau. “Como o critério que julga a otimização dos princípios colidentes poderia ser, ele mesmo, otimizado?” (STRECK; BARBA, 2018, p. 2)

(2) Ademais, ainda no contexto da distinção elementar entre regras e princípios, os tipos penais dos artigos 124 e 126 do Código Penal são, evidentemente, regras, aplicando-se por meio de subsunção, na modalidade tudo ou nada. Ou seja, não há gradação ou otimização dessas regras, porque elas não são princípios. Não há pouco aborto, médio aborto ou muito aborto; pouca vida, média vida ou muita vida para ser ceifada pelo aborto. Ou há vida, logo o aborto é um crime; ou não há vida, logo o aborto não é crime.

A lógica aqui é subsuntiva, e não depende da ponderação com outro princípio⁴. Não é a maior ou menor liberdade da mãe que determina, por ponderação, a maior ou menor vida do feto. Não há gradação na vida, tampouco “vida potencial do feto”, como supõe o Ministro (§ 12). Um tipo penal não protege um bem potencial, apenas um bem real. Se o bem jurídico vida fosse protegido apenas com o nascimento, não haveria crime de aborto, apenas infanticídio. O aborto é exatamente o tipo penal que protege o nascituro, isto é, a vida do embrião e do feto, que se desenvolve nos meses da gestação. Como pode o Ministro ponderar essa regra e decidir que esta proteção só começa depois do primeiro trimestre? No próximo item, trataremos da discricionariedade subjetivista da sua argumentação.

Como se não bastasse (1) a confusão entre máxima e princípio e (2) a confusão entre regra e princípio, o Ministro Barroso também não atenta para (3) a aplicação subsidiária das três submáximas da proporcionalidade, (3.1) adequação, (3.2) necessidade e (3.3) proporcionalidade em sentido estrito.

⁴ Em outro estudo, Streck (2011, p. 34-24) critica o fato de Barroso e Barcellos (2003) preverem a possibilidade de uma “ponderação de regras”, que neutraliza a distinção de regras (a serem aplicadas por subsunção) e princípios (a serem aplicados por ponderação).

Para a argumentação jurídica atender ao requisito da racionalidade formal, é necessário que o intérprete demonstre cada uma dessas etapas: “É possível que a análise da proporcionalidade termine na mera observância da adequação, sem necessitar que se chegue às duas últimas submáximas. Mas nada disso se vê no voto do Ministro.” (STRECK; BARBA, 2016, p. 3)

(4) A submáxima da adequação concerne à lógica da eficiência de Pareto, visando a eliminar os meios mobilizados pelo legislador que não só não protegem o bem jurídico, como atentam contra outros bens tutelados pela ordem jurídica. Segundo o Ministro, a criminalização do aborto teria “duvidosa adequação para tutela da vida do nascituro” (§ 39); na verdade, “o que a criminalização de fato afeta é quantidade de abortos seguros” (§ 36). Ou seja, o Ministro já pressupõe, *contra legem*, que o aborto não é crime e que, sendo um direito, ele deve ser realizado de modo seguro.

Mas, se o bem tutelado é a vida do nascituro, que outro meio legal seria *adequado* para protegê-lo? Como tutelar, penalmente, o bem da vida, a não ser com o tipo do homicídio? Alegam Streck e Barba (2018, p. 3):

Se o número de abortos praticados no país é um argumento válido para afastar o meio legal escolhido para proteção à vida, por que não seguimos esse mesmo raciocínio para os demais crimes contra a vida? Afinal, somos o país que nos últimos anos alcançou a meta de 60 mil homicídios anuais. Não se mede a adequação de meios para obtenção de fins por meio do seu grau de eficácia social, do contrário, a própria noção de norma jurídica “iria por água abaixo” na medida em que a sua concretização ficaria à mercê das condições contingenciais e aleatórias. O que o ministro Barroso fez foi um retorno ao realismo jurídico por meio de uma equivocada interpretação da teoria dos princípios de Alexy.

É realmente difícil de acompanhar a argumentação jurídica do Ministro neste passo, sobretudo porque Barroso alega se valer da submáxima da adequação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Como o crime do aborto não impede que ele seja praticado no país, o Ministro considera proporcional descriminalizá-lo por completo, para que seja feito de modo “seguro” (§ 36).

Mas, neste caso, qual seria a norma mais adequada para a tutela o bem jurídico da vida do nascituro? Para o Ministro, a descriminalização do aborto não contribui para a tutela mais adequada da vida do nascituro (que não será mais protegida em absoluto), mas para a vida da “mulheres pobres, privadas de assistência.” (§ 36)

Façamos uma analogia do aborto e do homicídio, ambos tipos penais que tutelam o bem da vida. Seguindo o raciocínio do Ministro, como o tipo penal do homicídio não alcança resultados eficazes no âmbito da política criminal, sendo alta a sua taxa anual, seria mais adequado proteger os assassinos que arriscam a própria vida nesta prática, do que tutelar a vida das vítimas por um tipo penal ineficaz.

(5) Então, passamos para a submáxima da necessidade, cuja aplicação por parte do Ministro gera a mesma contradição lógica. Por esta submáxima, havendo dois meios adequados para promover determinado princípio, deve ser escolhido o que afete menos intensamente outros princípios. Portanto, “é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres” (§ 40). Segundo o Ministro, “é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas” (§ 6).

A pergunta que se impõe, neste momento, é em que medida cabe ao Poder Judiciário propor políticas públicas para prevenção de um bem jurídico? Para tentar entender o raciocínio do Ministro, digamos que todas as brasileiras tenham educação sexual, acesso a preservativos e rede de apoio à maternidade. Mesmo assim, numerosas mulheres queiram abortar. Como essa política protege, necessariamente, o bem jurídico “vida”, tutelado pela norma penal? Se o aborto passa a ser um direito da mulher, basta que ela decida realizá-lo, independe da educação sexual, métodos contraceptivos e amparo gestacional. “Passado a ser lícita a conduta, a vulnerabilidade do feto aumenta expressiva e inexoravelmente, já que o Direito nada mais tem a dizer sobre isso.” (STRECK; BARBA, 2016, p. 4)

(6) Ao cabo, resta a análise do modo como o Ministro mobiliza a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se da célebre lei do sopesamento ou ponderação, pela qual se verifica “se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto” (§ 43).

O raciocínio é, mais uma vez, frágil porque Barroso já pressupõe que a criminalização do aborto viola direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, sua autonomia, integridade e igualdade de gênero. Esta é a premissa incontestável de todo o seu voto, a mulher é livre e autônoma para

decidir o destino da sua gestação no primeiro trimestre Ele equipara toda gravidez a um estupro, no qual a mulher não concorreu com sua vontade livre para a gestação e pela qual não tem nenhuma responsabilidade jurídica, no primeiro trimestre. Essa premissa torna ociosa e retórica a argumentação com base na máxima de proporcionalidade de Alexy.

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção ou violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. (§ 27)

Mas resta a questão: como o Ministro pondera o peso do princípio de proteção à vida do feto em relação ao princípio da autonomia da gestante? Ele alega, novamente, que “a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos” (§ 45). Barroso considera que, sendo o aborto descriminalizado durante o primeiro trimestre, a autonomia e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher aumentam na medida proporcional em que a proteção da vida do feto diminui. Para entender esse raciocínio de Barroso é necessário retomar o seu argumento bioético da variação do valor da vida intrauterina, que vimos acima ser insustentável do ponto de vista bioético:

o peso do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente peso concreto. (§ 45)

Ou seja, para o Ministro, durante o primeiro trimestre, a autonomia da mulher deve se sobrepôr, proporcionalmente, à proteção da vida do feto, já que o seu córtex cerebral ainda não foi (plenamente) formado, que permitirá que ele desenvolva sentimentos e racionalidade, assim como não há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno.

No entanto, ao cabo do terceiro mês, o peso da vida do feto se sobrepõe, proporcionalmente, ao direito sexual e reprodutivo da mulher, que não dispõe mais do direito ao aborto, o qual passa a ser considerado crime.



No raciocínio do Ministro, essa é a argumentação da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito de Alexy, em que o grau de não-satisfação de um princípio é proporcional ao grau de satisfação do princípio colidido.

Segundo Streck e Barba (2016, p. 5), “simplesmente” por “um juízo ideológico-pessoal”, o Ministro interpreta o sopesamento de princípio como uma oposição do direito X *versus* direito Y, o que permite

concluir, por coerência argumentativa, que através de argumentos principiológicos abstratos possam ser justificadas violações gravíssimas a bens jurídicos concretos e reais. Na verdade, por intermédio da lei do sopesamento, esconde-se a facticidade atrás da abstratidade semântica de conceitos como “dignidade sexual”, “direitos reprodutivos” ou “autonomia”, que, por sua força simbólica, acabam, na prática, distorcendo a proteção constitucional a bens jurídicos indispensáveis a qualquer Estado de Direito, como o direito à vida. Aliás, o próprio Alexy refere, como uma das etapas da lei da ponderação, considerar o peso abstrato dos princípios (*G_{Pi,j}A*), o que foi sonogado na ponderação do Supremo. (STRECK; BARBA, 2016, p. 5)

(7) Além dessa abstração, o uso da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito ainda foi distorcida, pelo Ministro, pelo argumento consequencialista da geração de despesas e custos para o sistema de saúde. Baseado em contingências sociais, médicas e econômicas, esse é um típico argumento utilitarista de política (*policies*), que visa à maximização do bem-estar da maioria, eventualmente em detrimento dos direitos individuais. Caso houvesse meios econômicos e materiais de se salvaguardar o direito à vida do feto sem os mesmos custos e despesas do sistema de saúde, o aborto voltaria a ser criminalizado? Isto é, o direito à vida do nascituro, no primeiro trimestre, depende da contingência orçamentária, do equilíbrio econômico da nação?

Naturalmente, essa defesa do Ministro Barroso confunde direito e política, pois “faz com que o próprio Direito seja submetido a decisões baseadas em argumentos contingenciais, a depender das condições empíricas particulares, o que gerará inevitavelmente arbitrariedade.” (STRECK; BARBA, 2016, p. 5).

É atribuição do Poder Executivo propor e executar políticas públicas (conclusão particular do raciocínio político), considerando tanto as leis e os princípios constitucionais (premissa maior, abstrata, universal e normativa, do raciocínio político), quanto as contingências sociais (premissa menor, concreta, particular e fática, do raciocínio político).

Neste momento, com o seu ativismo judicial, o Ministro Barroso não argumenta de modo jurídico (analisando a validade das leis), mas político (propondo política públicas). Ele parte de considerações utilitárias e contingenciais dos custos da saúde (premissa menor, fática), para revogar a lei do aborto no primeiro trimestre (premissa maior, normativa), numa inversão política do raciocínio jurídico.

Afinal, determinado ato normativo é (ou não) constitucional porque sua disposição viola o texto constitucional, em sua dimensão formal ou material, *e não por meio de argumentos contingenciais; subjetivos, se quisermos ser mais claros*. Estes (os argumentos) nada mais são do que modos em que a subjetividade ideológica do juiz encontra um resguardo para poder decidir conforme suas preferências pessoais. Por isso o apego a argumentos de política, como o “custo-benefício” para o Estado, a dificuldade de acesso ao SUS ou simplesmente conceitos abstratos cujo conteúdo é preenchido livremente pelo intérprete. Ora, o Direito é, por definição, um mecanismo contrafactual. Ele opera no plano do dever-ser. É deontológico. Se assim não o fosse, não haveria qualquer sentido a noção de norma jurídica, pois sua normatividade ficaria submissa ao subjetivismo do juiz. No caso em discussão, ficou.

(...)

Não se invalida uma lei com argumentos de política; os julgamentos devem ser de princípio. Por isso, é desimportante aquilo que o juiz pensa ou acha pessoalmente acerca do conteúdo da lei. Cada um tem o seu papel na democracia. (STRECK; BARBA, 2016, p. 6, grifos no original)

O que se percebe com esta análise da apropriação da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é a discricionariedade do Ministro Barroso, que se sente desimpedido da lei para aplicar os princípios morais e políticos que reputa relevantes ao caso. Analisemos, então, a questão da discricionariedade judicial, superdimensionada pelo neoconstitucionalismo de Barroso.

5 A permanência da discricionariedade judicial positivista

O principal teor da crítica de Streck e Barba (2016) ao voto do Ministro é que ele recai numa forma extremada de “ativismo judicial”, num “retorno ao realismo jurídico”, em que a “subjetividade ideológica do juiz” e suas “preferências pessoais” sobrepõem-se às leis vigentes, implodindo o “Estado de Democrático”, em que “aquele ente estatal que tem a função de julgar casos sob a lei, não deve criá-las.”



Em trabalho anterior, intitulado ‘Contra o neoconstitucionalismo’, Streck (2011, p. 22-24) argumenta precisamente que essa corrente só aguça o problema central do positivismo jurídico que pretendia superar, qual seja, o do subjetivismo e da discricionariedade judicial, franqueando o ativismo judicial, uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente:

se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vagezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação [defendida pelo neoconstitucionalismo] seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo; mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy (...)

Esse é o problema. O sopesamento. Quem escolhe os princípios a serem sopesados? (...)

Desse modo, afastei-me do neoconstitucionalismo porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? (STRECK, 2011, p. 24)

Com efeito, Alexy (2008, p. 611) reconhece haver discricionariedade tanto do legislativo quando do judiciário diante dos direitos fundamentais. Mas, numa democracia constitucional, a que Poder cabe essa discricionariedade?

Sacramento (2018) enfrenta precisamente esta questão, contrastando o voto do Ministro Barroso com a teoria de Alexy. Mas, antes de passarmos a esta questão, precisamos compreender melhor por que o neoconstitucionalismo não supera a discricionariedade do positivismo, promovendo, como este, o ativismo judicial, a partir da análise de Barzotto (2017).

Na Introdução de um dos seus mais divulgados e influentes textos, ‘Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito no Brasil’, Barroso (2005, p. 212) reconhece “a perplexidade” e a “angústia da aceleração da vida”, consoante a “grave crise existencial” por que passa o Direito, incapaz de “entregar os dois produtos que fizeram a sua reputação ao longo dos séculos”, a segurança e a justiça:

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente de prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que o que veio depois tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. (BARROSO, 2005, p. 212)

É precisamente esta permanência ou retorno à discricionariedade do positivismo que se revela na decisão do voto analisado. Ao invés de fornecer bases sólidas de argumentação jurídica, com critérios objetivos a serem controlados pela sociedade democrática, percebe-se uma discricionariedade subjetivista e idelógica, num ativismo que politiza e moraliza o direito, por assimilar elementos externos a ele.

Essa ambiguidade e indefinição do movimento neoconstitucional – a “fumaça” e a “espuma” a que se refere Barroso acima – também foi registrada por Dimoulis (2009, p. 224), que, ironizando o prefixo neologista, o denomina “paleoconstitucionalismo”, ao demonstrar que os marcos teóricos apresentados por Barroso (2005), na verdade, já se encontram nas teorias e práticas instituições da modernidade, sendo o neoconstitucionalismo uma forma de re(vi)ver uma prática constitucional utilizada há mais de 200 anos, como (velha) solução para problemas que acompanham o direito desde a sua estruturação com base na Constituição”, “um sinônimo vago e impreciso do moralismo jurídico”.

Ao tratar da “nova” interpretação constitucional com base em ponderação de princípios desta forma de “pós-positivismo”, Dimoulis (2009, p. 222) a considera compatível com a proposta juspositivista de Kelsen, que defendia o papel criativo do juiz e criticava a ilusão da justiça.

Com efeito, Barzotto (2018, p. 11) aproxima o neoconstitucionalismo do positivismo porque ambas as concepções “favorecem o ativismo judicial ao desvincular o juiz do direito expresso na lei”, embasando a decisão judicial numa discricionariedade incontrolável e imprevisível, como vimos no voto de Barroso acima.

O que fica claro é que é a vontade que determina a decisão, e não a razão. Como se primeiro o juiz decidisse, a partir de sua ideologia política, e depois justificasse com razões jurídicas supervenientes, que não disfarçam a sua arbitrariedade.

No caso em apreço, estamos diante de um extravasamento muito claro da moldura cognitiva da lei penal do aborto, que, por ser uma regra objetiva, não apresenta dúvidas sobre o bem jurídico tutelado, tampouco o condiciona ao cumprimento de alguma condição posterior, como exige o Ministro, qual seja a “formação do sistema nervoso central e a presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês” (§ 21).

Kelsen (2012, p. 387-397) explica que a interpretação jurídica combina um ato de conhecimento objetivo e um ato de vontade subjetiva. Diferente do que defendia a “teoria usual da interpretação”, não há uma única resposta correta, cuja correção provém exclusivamente do ato intelectual de clarificação e compreensão do intérprete em relação à lei, “como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.” (KELSEN, 2012, p. 391)

Não há uma única decisão possível, por causa da relativa indeterminação da aplicação do Direito, que sempre fornece uma pluralidade de opções, seja de modo (1) intencional ou (2) não intencional.

(1) Para ilustrar a indeterminação intencional da aplicação, Kelsen (2012, p. 389) menciona uma lei penal que prevê a opção de pena pecuniária ou de prisão, facultado ao juiz a decisão entre elas, no caso concreto, “podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo.”

(2) A indeterminação não-intencional concerne, por exemplo, mas não exclusivamente, à “pluralidade de significações de uma palavra”: quando “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.” (KELSEN, 2012, p. 389).

Para distinguir a interpretação jurídica da interpretação científica, Kelsen explica a concorrência de um ato da razão e da vontade naquela, ao passo que, nesta, apenas incide a razão. É o ato da vontade que caracteriza a *decisão* judicial no positivismo. Esse ato da vontade depende do ato da razão, que delimita a moldura com as possibilidades interpretativas da norma? Num primeiro momento, pode-se pensar que sim:

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (KELSEN, 2012, p. 394)

Mas, em seguida, Kelsen (2012, p. 394) afirma que, uma vez que o juiz foi autorizado pelo ordenamento jurídico para dizer o direito, ele o “cria” de forma “sempre autêntica”, produzindo uma norma juridicamente válida, mesmo que ela “se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”

Até que seja invalidada por outro órgão julgador superior, uma sentença ilegal é normativa e produz efeitos jurídicos. Se não estiver mais sujeita a recursos, ela faz “coisa julgada” e se integra, validamente, ao ordenamento jurídico.

É o que explica Barzotto (2017, p. 18): “o juiz está autorizado a prolatar sentenças legais ou ilegais. A estrutura hierárquica do ordenamento jurídico não permite apenas explicar a validade da legalidade, mas também a validade da ilegalidade.”

Por mais contraintuitivo que isso possa parecer, Kelsen afirma um voluntarismo subjetivista radical, pautando a decisão judicial num ato de vontade, que não se limita às possibilidades racionais da norma:

A interpretação feita por um órgão julgador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. (...) A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também *se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa*. (KELSEN, 2012, p. 394, grifo nosso)

Então, qual seria o critério da decisão do juiz? “A sua própria perspectiva política ou moral. Como não há critério jurídico, objetivo, para decidir entre as possibilidades, este critério só pode ser extrajurídico, subjetivo.” (BARZOTTO, 2017, p. 18) Note-se que esse juízo subjetivo é determinado por fatores meramente emotivos, válidos apenas para quem julga, pois Kelsen é cético e relativista em moral. Nenhum valor moral é melhor do outro, pois não há critério além do sujeito para avaliá-los (KELSEN, 2012, p. 72; BRAGA, 2020).

Essa concepção voluntarista do direito o divorcia da razão, permitindo uma discricionariedade absoluta, característica do ativismo judicial, que pretende justificar a sentença não pela razão dos argumentos, mas pela força da autoridade de quem os determina. Barzotto (2017, p. 21) sintetiza o argumento:

o voluntarismo kelseniano leva a que o conteúdo do que é aplicado dependa essencialmente da valoração do juiz, único dado imutável da decisão judicial. Com efeito, a própria moldura [racional] é opcional para o juiz. Deste modo, a sua perspectiva pessoal, ou sua ideologia, é que constitui o verdadeiro conteúdo da decisão judicial.

O positivismo na Teoria Pura [de Kelsen] pode ser visto como um racionalização do poder na sociedade, não no sentido de dar fundamentos racionais, mas de fornecer uma justificação teórica para um despotismo prático.

O mais interessante na análise de Barzotto (2017) é a articulação dessa discricionariedade positivista com o neoconstitucionalismo que se pretende pós-positivista, como adiantamos acima ao referir ao argumento de Streck (2011). E essa convergência está na reinserção da moral (vontade) no direito, o que levou autores positivistas como Dimoulis (2009, p. 224) e Ferrajoli (2012)⁵, além dos dois apenas citados, a considerarem o neoconstitucionalismo uma forma de moralismo jurídico.

6 Moralização e (des)politização do direito

Um dos maiores expoentes do neoconstitucionalismo, Sarmiento (2009, p. 96) sintetiza o seu programa jurídico-político como sendo um “ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”, com “teorias de democracia mais substantivas” e “força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica”. O mais intrigante é que este movimento pretende superar a discricionariedade positivista, por meio de teorias da argumentação que confirmem objetividade moral à interpretação, o que não se verificou no voto do Ministro Barroso, como analisado até aqui.

As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por

⁵ Entretanto, associação direta que esses autores fazem entre moralismo e jusnaturalismo não alcança a Nova Teoria da Lei Natural de John Finnis e Robert P. George, sobretudo no que concerne ao exercício da função jurisdicional. Cf. Wiviurka (2020).

exemplo, ao invés da insistência na [1] *subsunção* e no silogismo do *positivismo formalista*, ou no mero reconhecimento da [2] *discricionariedade política* do intérprete nos casos difíceis, na linha do *positivismo* mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de [3] *teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os 'casos difíceis' do Direito.* (...)

No neoconstitucionalismo, [4] *a leitura clássica do princípio da separação dos poderes*, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao [5] *ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais*. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas [6] *teorias de democracia mais substantivas*, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se [7] *a centralidade da Constituição* no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e [8] *o papel criativo da jurisprudência*.

Ao reconhecer [9] *a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social*, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para [10] *o debate moral*. (SARMENTO, 2009, p. 96, grifo nosso)

Este excerto é bastante representativo do argumento levantado até aqui: o neoconstitucionalismo visa a superação (1) da subsunção do positivismo formalista e (2) da discricionariedade política do positivismo mais moderno, a partir (3) das teorias da argumentação que permitam o controle racional e intersubjetivo dos casos difíceis do Direito. Para tanto, propõe (4) a releitura do princípio clássico da separação dos poderes, com (5) o ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais, consoante (6) uma teoria substancial e contramajoritária da democracia, que reconhece (7) a centralidade da Constituição e (8) o papel criativo da jurisprudência constitucional no reconhecimento (9) da força normativa dos princípios de alta carga axiológica, como a dignidade da pessoa humana, que franqueiam (10) o debate moral no Direito.

Na exposição sumária deste Artigo, já abordamos a maioria dessas características. Precisamos agora nos deter no moralismo jurídico e no princípio da dignidade da pessoa humana, que caracterizam o ativismo judicial do Ministro Barroso no voto analisado.

A tese de Alexy (2004, p. 79), teórico referido por Barroso, é a de que a existência de princípios no ordenamento jurídico exige uma conexão necessária entre direito e moral. Mas esta é uma conexão fraca, porque não o vincula a uma mora *correta*, mas a *qualquer* moral, a ser desenvolvida na argumentação jurídica.

Por isso, no seu voto, Barroso argumenta que os direitos fundamentais “representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral”, consoante o princípio da dignidade humana (§ 15), Ademais, o princípio da proporcionalidade e da ponderação estrutura “a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões” (§ 19).

Para Barroso, a dignidade humana se explica a partir de uma das formulações do imperativo categórico kantiano, pelo qual “toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos” (§ 15).

Interessa notar que, ao longo do seu voto, o Ministro considera que o reconhecimento do direito à vida do nascituro desde a concepção e, por conseguinte, a permanência do crime do aborto seria satisfazer “interesses coletivos”, de ordem religiosa, filosófica e/ou subjetiva da maioria, e não a proteção do direito individual à vida. Diante desses interesses majoritários (de proteção da vida do nascituro desde a concepção), os direitos fundamentais das mulheres devem ser salvaguardados pelo ativismo do Poder Judiciário, contra a representação democrática e formal do Parlamento, que não revogou o dispositivo do Código Penal, tampouco propôs alguma Emenda à Constituição no sentido de relativizar o direito à vida (na hipótese de que pudesse fazê-lo, se o direito à vida não fosse uma cláusula pétrea, consoante o art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição) ou inscrever o direito ao aborto no rol dos direitos e garantias individuais.

Esta tese dos direitos individuais como trunfos oponíveis à maioria remonta a Dworkin (2002, p. 266), outro autor mencionado no voto do ministro e que embasa a distinção entre regras e princípios de Alexy.

Porém, Barzotto (2017, p. 21-31) explica o moralismo jurídico do ativismo neoconstitucionalista não como uma superação do positivismo, como pretendiam Alexy e Dworkin, mas como continuidade com a discricionariedade voluntarista e subjetivista do positivismo, sublinhando a concepção (1) do sujeito de direitos, (2) da natureza dos direitos e (3) da democracia que o inspira.

(1) Por estar situado no horizonte filosófico do “pensamento pós-metafísico”, o neoconstitucionalismo rejeita qualquer especulação e identificação de uma natureza ou essência humana, engendrando um círculo vicioso na fundamentação dos direitos humanos: “O ser humano

é aquele que tem direitos humanos, e os direitos humanos são aqueles que pertencem ao gênero humano.” (BARZOTTO, 2017, p. 22)

Sem uma concepção metafísica de natureza humana, o conceito de direitos humanos se torna (1.1) *vazio*, destituído de qualquer conteúdo objetivo e universal. Por ser vazio, ele se torna (1.2) *instrumental*, para “qualquer grupo social e político” “legitimar suas pretensões e interesses. Não tendo nenhum conteúdo, pode ser assumido por qualquer um como arma em disputas jurídico-políticas”, e (1.3) *inflacionário*, “na medida em que todas as pretensões e desejos presentes na sociedade contemporânea podem pretender constituir o conteúdo de direitos” (BARZOTTO, 2017, p. 22).

A base dessa concepção vazia, instrumental e inflacionária dos direitos humanos, no horizonte pós-metafísico, é o individualismo liberal, que postula a existência de direitos pré-políticos, independentes da comunidade, potencialmente oponíveis a ela. A sociedade é assim fragmentada e atomizada, formada por indivíduos que exercem a sua liberdade por meio de direitos morais que se opõem uns aos outros.

Note-se que Barroso desenvolve seu argumento com a afirmação de que os direitos fundamentais são os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional que permite o indivíduo reagir contra o poder político, econômico e religioso, sendo que este último – o poder religioso – “procura conformar a moral dominante” (§ 14). Fica claro que, para o Ministro, o direito à vida do nascituro e a presença do crime do aborto no Código Penal são imposições do poder religioso da maioria para dominar as mulheres. Essa realidade mudou no momento histórico em que elas têm seus direitos fundamentais reconhecidos pela Jurisdição Constitucional.

(2) Barzotto (2017, p. 23-24) percebe que essa concepção atomizada e conflitiva de direitos do neoconstitucionalismo, na verdade, os despolitiza, num gesto semiconstitucional, porque ignora a articulação política dos poderes que caracteriza o constitucionalismo moderno, ao se concentrar exclusivamente na proteção dos direitos. O neoconstitucionalismo

É levado a isso pela perspectiva do individualismo moral que o anima: o tema da organização dos poderes não lhe interessa porque a política, como prática do autogoverno, é um assunto que diz respeito à comunidade política, uma realidade completamente irrelevante face ao indivíduo e seus direitos. (BARZOTTO, 2017, p. 24)

Essa despolitização é acompanhada precisamente pelo moralismo jurídico, pela carga valorativa dos princípios constitucionais. A positivação dos elementos morais dos direitos humanos acaba por associar o direito à moral, superando “a pretensa neutralidade axiológica do positivismo e seu legalismo indiferente a valores: ‘a lei é a lei’” (BARZOTTO, 2017, p. 24).

Agora, além da lei, há os princípios constitucionais que a moralizam, que lhe conferem densidade axiológica. É o que permite ao Ministro apelar para o princípio constitucional (explícito) da dignidade humana e (implícito) da proporcionalidade para suspender a lei penal do aborto no primeiro trimestre, interpretando-a conforme a Constituição, isto é, conforme a moral dos direitos humanos fundamentais (que não incluem o direito à vida desde a concepção, diante do direito sexual e reprodutivo das mulheres de abortarem no primeiro trimestre da gestação).

A ênfase no caráter moral dos princípios constitucionais e a superioridade da Constituição no ordenamento jurídico exigem a interpretação de todas as leis com base neles. O juízo sobre as leis será, portanto, também moral, porque principiológico, e não apenas jurídico-formal (como supostamente era no paradigma do positivismo). Segundo Barzotto (2017, p. 25), o resultado não é a conexão entre direito e moral, mas “a identidade entre direito e moral. Não pode haver crítica moral ao direito como crítica externa ao sistema jurídico, pois toda moral relevante para a discussão jurídica está positivada constitucionalmente.”

(3) Mas, como essa positivação se dá na forma de princípios de textura aberta e conteúdo indeterminado, faz-se necessária a argumentação judicial para interpretá-los. O juiz constitucional mobiliza então a sua própria teoria moral para interpretar os princípios que legitima, constitucionalmente, as regras e bloqueia a discussão democrática na instância parlamentar representativa. Aqui, repousa o tipo de despotismo esclarecido da vanguarda iluminista proposta por Barroso (2018, p. 165-179), na neutralização da democracia que permite a crítica e autocrítica do direito. A política parlamentar representativa se submete às determinações racionais e iluministas do Judiciário, protagonista da elucidação dos direitos fundamentais.

Segundo Barzotto (2017, p. 25), na narrativa que o neoconstitucionalismo edificou sobre si próprio, a solução para a neutralidade axiológica do Estado Legislativo, sujeito à “tirania das maiorias” seria

[u]ma constituição repleta de princípios éticos que, efetivada por um ‘jurisdição constitucional’, só reconheça como lei válida para o sistema as normas que se conformem com a moral constitucionalizada. Paradoxalmente, era isso que propunha o Estado totalitário: que não houvesse distinção entre ética e direito. Como afirma Hannah Arendt, o Estado Total não reconhece ‘qualquer diferença entre lei e ética’, porque a ‘lei em vigor é idêntica à ética comum.’ Deste modo, o neoconstitucionalismo, longe de afastar o risco totalitário, o realiza, ao utilizar a ética como critério de identificação daquilo que vale como lei. Não há possibilidade de crítica moral ao direito positivo, porque não há moral para além da constituição: o direito legitima moralmente a si próprio. (BARZOTTO, 2017, p. 25)

A consequência dessa moralização do direito é a despolitização dos demais Poderes, que terão suas ações políticas constantemente controladas pela interpretação moral e definitiva, irrecorrível, dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário ativista, consoante judicialização da política. Longe de sanar os conflitos sociais, o ativismo neoconstitucional só os aguça, porque

todos os grupos e movimentos sociais pretendem que suas crenças e interesses valem como ‘direitos’, e que, portanto, devem incondicionalmente ser ‘efetivados’. (...)

Ora, quando as discussões envolvendo os ‘direitos’ não são levadas à conclusão alguma, salvo por uma decisão de um tribunal (que decide muitas vezes por apertada maioria), sem que nenhum dos grupos que lutam por seus ‘direitos’ sejam convencidos pelas ‘razões’ levantadas no processo, teme-se que ‘direitos’ seja apenas uma máscara para pretensões carentes de fundamentação racional. Usa-se assim o termo ‘direitos’ de um modo subjetivista e arbitrário, para veicular interesses, desejos e preferências incapazes de se fazerem valer na esfera pública por meio de razões. (...) O que para alguns é efetivação de um direito (direito à privacidade) para outros será a violação do direito (liberdade de imprensa). Grande parte dos direitos positivados em uma Constituição não faz parte das soluções jurídicas, mas dos conflitos políticos. O Judiciário não tem como entrar nessas questões sem tomar partido, isto é, abandonar o que o constitui como Judiciário, a imparcialidade, garantida pela referência a um critério objetivo: a lei. (BARZOTTO, 2017, p. 28-29)

Este trecho de Barzotto descreve com propriedade o conflito político subjacente ao debate jurídico do aborto, que o neoconstitucionalismo pretende neutralizar ao encerrá-lo com a argumentação moralista de princípios constitucionais. Note-se que Sarmiento (2009, p. 96, grifo nosso), no excerto reproduzido acima, deixa bem claro que o “ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”, “no lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático”, endossa “teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a fiscalização por juízes não eleitos”. Aqui há uma clara defesa da juristocracia, ou Supremocracia conforme expressão cunhada por Vieira (2009).

Barroso (2018, p. 129 e ss.) justifica esse procedimento não só como contramajoritário e representativo, mas também como iluminista. Ele ressalva que não se trata de um despotismo judicial esclarecido, porque a argumentação atende aos requisitos de uma razão pública, aberta ao escrutínio de todos.

Todavia, diante da discricionariedade que vimos no seu voto e da ausência de uma teoria moral robusta para fundamentar os direitos, podemos considerar, com Santos (2017, p. 89), que o neconstitucionalismo é uma “ideologia fadada ao fracasso do arbítrio”, que corre o risco de promover a “partidarização da justiça”, pela discricionariedade judicial promove numa “disputa ideológica”, contrária ao Estado de Direito.

7 Ativismo judicial e democracia contramajoritária

O ativismo judicial foi o conceito utilizado para designar a atuação da Suprema Corte norte-americana presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, em que “ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais” (BARROSO, 2018, p. 48). Diante dessa “revolução”, houve uma “intensa reação conservadora”, que conferiu “conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.” (BARROSO, 2018, p. 48).

É neste sentido pejorativo que o termo costuma ser entendido no Brasil, mas Barroso defende que se deve purificá-lo dessa crítica ideológica, a fim de associá-lo “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2018, p. 48-49). Se a judicialização é uma realidade afeita ao desenho institucional brasileiro, o ativismo “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance e sentido.” (BARROSO, 2018, p. 49)

Diante da retração e omissão do Poder Legislativo, consoante o “descolamento entre a classe política e a sociedade civil”, caberia ao Poder Judiciário atender a certas demandas sociais de maneira efetiva, extraído do texto constitucional “o máximo das potencialidades”, “inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).” (BARROSO, 2018, p. 50).



O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Poder Judiciário reduz sua interferência nas ações dos outros Poderes, respeitando o ritmo próprio de atuação, com “forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.” (BARROSO, 2018, p. 50)

Como mencionado na Introdução deste Artigo, antes de se tornar Ministro do STF, Barroso discutiu a consolidação do direito ao aborto por meio de ativismo judicial com o jurista Mark Tushnet, na Universidade de Harvard, em 2011. Enquanto Tushnet defendia a autocontenção judicial e a deferência ao Poder Legislativo, pois esta matéria caberia ao povo e aos seus representantes, Barroso advogava que, caso o Poder Legislativo se omitisse em reconhecer o direito ao aborto, o Poder Judiciário deveria reconhecê-lo, exercendo a sua função contramajoritária, para defender direitos fundamentais das mulheres, exercendo a “função iluminista”, de forma “a empurrar a história quando ela trava.” (BARROSO, 2018, p. 87-88)

É importante salientar, portanto, que a defesa da implementação do aborto pela via judicial é prévia à sua nomeação como Ministro, em 2013, e concerne à sua concepção de democracia constitucional, pautada em direitos fundamentais oponíveis à maioria representada pelo Congresso.

Por isso, o ativismo judicial de Barroso pressupõe (1) uma tese jurídica (neoconstitucionalismo pós-positivista) e (2) uma tese política (democracia jurisdicional antimajoritária, representativa e iluminista), de modo que a politização do direito seria uma consequência natural da judicialização da política (VERBICARO, 2019).

Desde o Código Penal desde 1940, o crime do aborto é aplicado normalmente no Brasil. Durante a Assembleia Nacional Constituinte, houve acordo para não incluir na Constituição uma norma explícita, nem permitindo, nem proibindo o aborto, relegando a matéria para a legislação infraconstitucional.

No art. 1º, a Constituição Federal refere-se à inviolabilidade do direito à vida, mas não afirma que é “desde a concepção”, como o faz o art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica). Esta Convenção, porém, apresenta a ressalva “em geral”, a qual dificilmente permitiria interpretações favoráveis ao aborto (MARTINS, 2005).

O movimento feminista reivindicou, junto aos constituintes, o reconhecimento do direito ao aborto, ao passo que a Igreja Católica e parte da bancada evangélica pleiteou que houvesse a defesa da vida desde a concepção, conforme a Convenção Americana. Entretanto, pela falta de

consenso, os constituintes decidiram por não incluir nenhum dispositivo sobre o assunto (ROCHA, 2006, p. 371).

Desde então, há vários projetos legislativos favoráveis e contrários ao direito à vida desde a concepção no Congresso Nacional, assim como ações judiciais para enfrentar este tema. A pergunta fundamental que desponta: cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a questão? Existe uma inércia no Poder Legislativo, mesmo havendo um Código Penal em vigor que preveja o aborto como crime, sem relativizar o começo da vida e permitir o aborto até o primeiro trimestre? Pode-se falar de uma lacuna legislativa, neste caso? O recurso neoconstitucional da “interpretação conforme a Constituição” permite que a Jurisdição Constitucional revise todo o ordenamento jurídico com base nos princípios morais, a serem explicitados por teorias da argumentação?

A Carta Magna prevê o direito ao aborto, para que se possa proceder ao controle difuso de constitucionalidade e afirmar que o crime do aborto, previsto pelo Código Penal, não foi plenamente recepcionado pela Constituição?

Não, mas, segundo o ativismo neoconstitucionalista, a Constituição encerra princípios e direitos fundamentais, a serem interpretados pela técnica da ponderação. O problema é que o direito à vida também é um direito fundamental, a ser tutelado pelo STF, em caso de ameaça.

O debate entre Barroso e Tushnet é decisivo nesta questão. Como Barroso estava decidido, por “fundamentos objetivos e racionais” – que vimos não se sustentarem ao escrutínio lógico, jurídico e bioético -, ele não hesitou em preterir “o argumento formal de que a competência é do Congresso” em proveito do argumento substantivo dos “direitos fundamentais”, previstos na Constituição (BARROSO, 2018, p. 156).

Segundo Barroso (2018, p. 156), a democracia tem uma dupla dimensão: (1) a dimensão procedimental e formal da representação popular pelo Poder Legislativo, e (2) a dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça, que pode também ser promovida pelo Poder Judiciário, pela jurisdição constitucional, sobretudo na falta do Poder Legislativo.

Nesse contexto, as cortes constitucionais cumpririam a função contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais de cada indivíduo, mesmo que membro de uma minoria não representada pelo Congresso, estabelecendo uma tensão entre a democracia representativa do Poder Legislativo e a democracia discursiva do Poder Judiciário.

É isso que a transforma [a democracia], verdadeiramente, em um projeto de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser fórum de princípios – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de *razão pública* – isto é de *argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate*. Seus membros não dependem do processo eleitoral e *suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que as suportem*. (BARROSO, 2018, p. 156-157, grifo nosso)

Já vimos que o voto do ministro não atende a requisitos de racionalidade. Analisemos, com mais vagar, a relação entre a discricionariedade judiciária e a legislativa numa democracia constitucional.

8 Desacordos morais razoáveis numa democracia representativa e deliberativa: o papel da discricionariedade legislativa

Ao longo deste Artigo, consideramos que os argumentos de Barroso no HC analisado *não* podem ser aceitos por todos os envolvidos no debate e que *não* constituem *razões pública*, por *não* serem argumentos normativos e racionais e *não* permitirem o controle intersubjetivo das decisões; pelo contrário, são argumentos contestáveis e incompatíveis com a discussão bioética atual (DINIZ, 2017).

Partindo das premissas objetivas (1) de que há vida desde a concepção e (2) de que o direito humano à vida é inclusivo e não deve ser limitado por fatores acidentais e extrínsecos, como a fase de desenvolvimento do embrião, feto ou criança, ou a saúde da pessoa ou a sua utilidade social, consideramos (3) que o aborto *não* deve ser considerado um direito subjetivo, a ser eventualmente reconhecido, de modo discricionariedade, pelo Poder Legislativo (RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, DUARTE, 2021).

Nesta seção, consideramos apenas a hipótese de Barroso, de que haveria um desacordo moral razoável, no caso do aborto, a fim de seguir acompanhar a argumentação de Alexy, de que, nestes casos, haveria uma discricionariedade legislativa, e não judiciária.

Sacramento (2018, p. 245) demonstra a insegurança jurídica gerada por essa postura ativista, ao cogitar a hipótese inversa, como a que decidiu o Tribunal Constitucional Alemão, na primeira decisão sobre o aborto, em 1975, anulando uma reforma legislativa que permitia o aborto até 12 semana das gestação (decisão de 25.02.1975, 39 BVerfGE 1):

Se a sociedade brasileira é extremamente dividida, se nunca houve maioria suficiente para revogar o tipo penal, se os constituintes de 1988 não quiseram efetivamente decidir a questão, é aceitável que, com base na interpretação de princípios constitucionais e em defesa dos direitos fundamentais da mãe, o Poder Judiciário sobreponha sua visão sobre aquela que até agora prevaleceu na sociedade?

E a dúvida se mantém independentemente do mérito. Se a parcela da sociedade favorável ao aborto obtiver a maioria suficiente para editar uma lei revogando o crime de aborto, poderá o Judiciário intervir, declarando-a inconstitucional, e com isso manter o delito em função da defesa dos direitos fundamentais do nascituro? Em suma, pode a decisão de liberar ou proibir o aborto ficar unicamente a cargo da Justiça? [...]

Algumas decisões das cortes constitucionais expõem claramente a tensão existente entre direitos fundamentais e democracia. Nesses temas, comumente polêmicos e divisivos, como o aborto, a pena de morte, a eutanásia, a descriminalização de drogas leves – os chamados desacordos morais razoáveis – o problema ganha especial relevo e enseja a reflexão sobre os limites de atuação dos tribunais e a legitimidade de suas decisões num Estado de direito democrático e pluralista.

Além da legitimidade, a decisão [de Barroso no HC 124.306/2016] é um ótimo exemplo para reflexão sobre a metodologia utilizada pela jurisdição constitucional nas decisões envolvendo direitos fundamentais. Ora, se o tipo penal do aborto é aplicado normalmente desde 1940, inclusive após a promulgação da Constituição de 1988, como pode, da noite para o dia, tornar-se inconstitucional com base na aplicação de princípios? (SACRAMENTO, 2018, p. 245)

Como mencionado acima, na apresentação da crítica Streck (2011, p. 24) ao subjetivismo ideológico do neoconstitucionalismo, Alexy (2008, p. 611) reconhece que, na efetivação dos direitos, “existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”. No caso em tela, a quem caberia a discricionariedade?

O estudo de Sacramento (2018) é decisivo nesse momento, pois ele demonstra, analiticamente, o equívoco na apropriação de Alexy por Barroso. É claro que não é a fidelidade a um teórico que legitima o voto do Ministro, mas a consistência jurídica dos seus argumentos. Entretanto, como ele adota a teoria dos direitos fundamentais para argumentar com base na discricionariedade dos princípios, convém refletir se essa recepção procede.



A ideia central de Alexy, a legitimizar o neoconstitucionalismo de Barroso, é de que as cortes constitucionais desempenham a função de (1) democracia *deliberativa* (argumentativa, discursiva), complementando a (2) democracia *representativa* (que é, por um lado, volitiva, decisionista, e, por outro, argumentativa, discursiva). Enquanto o Parlamento representa a *vontade* e o *discurso* do povo, a corte constitucional exerce a representação discursiva, “institucionalizando o discurso como meio de tomada de decisão pública” (SACRAMENTO, 2018, p. 249-250).

Para Alexy, se a democracia fosse pautada apenas em eleições e regras da maioria, ela recairia num modelo puramente decisionista, em que impera a vontade do povo, independente das razões que a justificam. Daí a necessidade de um tribunal constitucional, cuja legitimidade é puramente argumentativa. Ou seja, o tribunal não age com base na vontade (política), mas com bases em razões (jurídicas).

Às críticas de idealização e simplificação, Alexy responde que “é possível distinguir argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins, ou melhores de piores. A fundamentação racional permite a objetividade suficiente para que se controle a plausibilidade dos argumentos.” (SACRAMENTO, 2018, p. 250). A plausibilidade racional do argumento jurídico garante a deliberação ou reflexão, mas não necessariamente a representação.

Isso porque o povo precisa concordar e aceitar, ainda que pense diferente, o argumento racional utilizado pela decisão judicial. Mesmo que não concorde, o povo reconhece a racionalidade jurídico-constitucional da argumentação da corte. Para tanto, a representação argumentativa pressupõe não só (1) os argumentos sólidos ou corretos, mas (2) as pessoas racionais capazes e dispostas a aceitá-los, reconhecendo-os como tais.

Assim, Alexy (2013, p. 526) afirma que a sua teoria do discurso racional não preclui o desacordo razoável, que é aquele em que mais de um alternativa correta pode ser racionalmente aceita, mas permite identificar que nem todos os desacordos são razoáveis, pois há casos em que uma resposta correta é discursivamente possível. Portanto, “a existência de argumentos bons ou corretos é suficiente para a deliberação ou reflexão, mas não para a representação. Por esta razão, o nível real de argumentação e correção tem de ser conjugado com o nível real de aceitação efetiva.” (ALEXY, 2013, p. 526)

Diante dessa tese, pode-se perguntar se o caso do aborto é um desacordo razoável, ou se apresenta uma resposta discursivamente correta? Na hipótese de o povo brasileiro ser formado por pessoas racionais, capazes de aceitar os argumentos corretos, ele aceitaria a decisão de Barroso, que o representa discursivamente? Ora, como se sabe, os defensores do direito à vida desde a concepção e os defensores do direito ao aborto partem de pressupostos filosóficos, jurídico e bioéticos radicalmente diferentes, jamais chegando a qualquer acordo razoável. O aborto é um típico *hard case* e um desacordo razoável, pois o lado vencido sempre permanece inconformado.

Essa é a razão de Waldron (2010, pp. 93 e ss.) se opor tão fortemente ao *judicial review*, já que, nas nossas sociedades liberais e pluralistas, pessoas racionais, de boa-fé, bem informadas e bem intencionadas discordam radicalmente sobre questões morais e políticas centrais, como o aborto e a eutanásia. Por ser esse pluralismo incomensurável, como argumenta MacIntyre (2001), uma parte jamais convencerá a outra, porque parte de premissas argumentativas diferentes, não só do ponto de vista moral, mas também jurídico. Por isso, Waldron (2010) considera que a autoridade democrática para arbitrar esses desacordos é do Parlamento, que efetivamente representa o povo e garante a participação de todos, opondo-se à jurisdição constitucional que se arroga a suplantar a decisão política democrática.

Alexy não ignora o risco de usurpação do poder legislativo pelo ativismo judicial, por isso propõe uma teoria da discricionariedade ou deferência ao legislador, pela autocontenção do Judiciário. Sacramento (2018, p. 253-254) considera que o caso do aborto pertence a esta categoria de discricionariedade legislativa, e não de discricionariedade judicial (como praticou Barroso).

Para respeitar a democracia legislativa, reduzindo a intensidade do controle judicial de constitucionalidade, é preciso distinguir os espaços decisórios do legislador em:

(1) discricionariedade estrutural ou material, quando a ponderação reconhece que a constituição deixou claramente à liberdade do legislador, como o sopesamento entre princípios e a definição de meios e objetivos; e

(2) discricionariedade epistêmica ou cognitiva, quando a incerteza é empírica ou normativa, ou seja, quando é incerto o que é obrigatório, proibido ou facultado pelos direitos fundamentais.

Essa teoria das discricionariedades, com seus princípios formais, é um complemento posterior da teoria de Alexy, normalmente associada, de modo quase exclusivo, ao princípio da proporcionalidade. São esses princípios formais, porém, que impedem o abuso da teoria dos

princípios. Sem eles, que limitam a atuação da jurisdição constitucional precisamente nos desacordos razoáveis, o Estado Constitucional e Democrático pode se degenerar em Estado Judicial. Assim sintetiza Sacramento:

diante da profunda e persistente divergência moral, política e filosófica na sociedade sobre a decisão correta em temas específicos que envolvem os direitos fundamentais, como se viu, [1] *cabe ao parlamento eleito, por meio do voto da maioria, a arbitragem provisória desse desacordo*, adotando uma entre as possíveis soluções.

Já [2] *à jurisdição constitucional, cabe o papel de verificar se a solução encontrada pelo legislador está de acordo com os parâmetros da constituição*. Naqueles casos excepcionais em que o legislador constituinte já disciplinou a matéria por meio de uma regra, a atuação do tribunal não suscita maiores problemas. Nos outros, porém, o desacordo persiste, e o que importará à jurisdição constitucional é sua dimensão jurídica, se a opção legislativa viola ou não os princípios constitucionais, normalmente, direitos fundamentais.

(...) Com base nessa estrutura de argumentação jurídica, o tribunal decidirá a questão, justificando se a solução encontrada pelo legislador é ou não proporcional e, portanto, constitucional.

Nessa sistemática, o resultado dependerá do peso concreto dos princípios diante das circunstâncias do caso. Esse peso, por sua vez, dependerá dos pesos abstratos de cada princípio, da intensidade da intervenção sobre um dos princípios e da importância da satisfação do outro. Esses elementos é que vão determinar qual dos princípios terá prioridade. Acontece que a classificação de cada uma dessas variáveis em, por exemplo, leve ou grave, para inserção na fórmula do peso, será realizada fundamentalmente com base em argumentos morais, o que corresponderá à justificação externa da decisão. Logo, [3] *as diferentes concepções morais refletem diretamente sobre o conteúdo e o peso dos princípios que são otimizados na ponderação* e, portanto, no seu resultado no sentido da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma fiscalizada. (SACRAMENTO, 2018, p. 257-258, grifo nosso)

Alguns elementos precisam ser sublinhados neste trecho de Sacramento que elucida a teoria dos princípios de Alexy: (1) “cabe ao parlamento eleito, por meio do voto da maioria, a arbitragem provisória desse desacordo [moral, político e filosófico], adotando uma entre as possíveis soluções”; (2) cabe à jurisdição constitucional “verificar se a solução encontrada pelo legislador está de acordo com os parâmetros da constituição”; (3) o Judiciário recorre, necessariamente, a argumentos morais, numa justificação externa ao direito, nos casos de desacordo moral razoável.

Em relação ao terceiro ponto, há (3.1) a justificação interna da decisão - relativa à estrutura formal (3.1.1) da subsunção, no esquema dedutivo da regra, e (3.1.2) da ponderação, no esquema matemático da fórmula do peso - e (3.2) a justificação externa da decisão - relativa à verdade das

premissas que conforma as razões atribuídas na fórmula do peso, seja (3.2.1) das premissas empíricas, seja (3.2.2) das premissas normativas. Os desacordos razoáveis, que exigem discricionariedade legislativa, concernem apenas às premissas normativas da justificação externa.

(3.2.1) As premissas empíricas controversas podem ser sanadas pela elucidação científica, refutando os erros objetivos de argumentação desarrazoada. Na seção anterior, item 2.1, contrariamos o argumento do Ministro de que há divergência empírica em relação ao bem jurídico em questão, a vida do feto humano, que, de modo científico, não pode ser considerada “potencial”. Inclusive, os mais notórios defensores do aborto, como Peter Singer, Michael Tooley e Mary Ane Warren, admitem com clareza que o feto não é apenas um ser vivo, mas um ser humano vivo (KACZOR, 2011). Com efeito, essa posição fica clara na argumentação de Dworkin (1994) pelo aborto.

O fato de o Ministro errar numa premissa empírica, cientificamente demonstrável, permitiria, por si só, a revisão judicial da sua decisão, pelo controle de constitucionalidade. Analogamente, seria algo como interpretar a medida cronológico de “ano”, do Código Penal, como tendo 200 dias, e não 365, que é o tempo da translação da terra em torno do sol, como comprova a ciência da astronomia.

O Ministro neutraliza a possibilidade de verdade epistêmica de um dado científico da embriologia, ao atribuir, à “escolha filosófica e religiosa de cada um”, o momento em que começa a vida humana (§ 21). Esse relativismo subjetivista priva de toda racionalidade a premissa empírica da justificação externa da argumentação, tornando-a, mais do que discricionária, totalmente arbitrária.

(3.2.2) Em relação à premissa normativa, surgem os desacordos morais *razoáveis*. Uma vez esclarecida a questão empírica (a vida humana), debate-se a questão normativa (quais direitos fundamentais a protegem ou a tornam disponível). Numa democracia, a justificação externa da argumentação, marcada por um desacordo razoável da premissa epistêmica normativa, é do Parlamento, que atua com discricionariedade legislativa. Acompanhemos mais uma vez a exposição de Sacramento:

A insegurança decorre da divergência sobre as premissas empíricas ou normativas. É esta última que está ligada ao caso dos desacordos razoáveis. Ela se manifesta em função da divergência sobre os pesos que cada um dos direitos fundamentais possui em determinado caso e aquilo que é possível deduzir do que a constituição expressamente manda, proíbe ou permite.

Como se viu, esse é o típico caso dos desacordos morais razoáveis. Normalmente, as constituições não os resolvem definitivamente. Tais assuntos, em regra, são regulados por meio de princípios abstratos em razão da falta de consenso e justamente para que se possa acomodar as diferentes concepções políticas, morais, religiosas e filosóficas do que é o correto.

(...)

Nessas hipóteses, a ponderação acaba não consistindo num procedimento racional de argumentação jurídica, porquanto não representa o que se pode extrair com segurança sobre o que a constituição manda, proíbe ou permite, mas apenas uma escolha do que é bom, ou melhor, dentre as opções constitucionalmente possíveis. Nas sociedades democráticas, porém, essa tarefa cabe ao povo. Essa é a razão pela qual a existência da divergência razoável capaz de gerar insegurança ou incerteza sobre as premissas é razão para a atribuição de um espaço de discricionariedade legislativa, a discricionariedade epistêmica normativa. (SACRAMENTO, 2018, p. 259-260)

Em casos como o do aborto, o desacordo razoável da premissa normativa impede a representação argumentativa da corte, por causa da profunda divergência moral ou filosófica. Por isso, a discricionariedade não pode ser judicial, mas legislativa. Ou seja, além da razão jurídica, opera também a vontade política. Naturalmente, há controle jurisdicional de constitucionalidade para que a decisão legislativa não seja arbitrária, isto é, não extrapole os limites da moldura jurídica, dentro qual se dá a discricionariedade. Diferente do paradigma positivista kelseniano, num Estado Constitucional de Direito, há limites para a arbitrariedade judicial e legislativa.

Como visto no item 3.3, a discricionariedade positivista em Kelsen (2012, p. 394) se confunde com a arbitrariedade, pois toda decisão prolatada por órgão julgador oficial, formalmente válido, é legítima, independente do respeito à moldura jurídica estabelecida pela razão científica. Uma decisão pautada num ato exclusivo de vontade político e portanto desarrazoado juridicamente é, ainda assim, válido e produz efeitos jurídicos, até a sua revisão por instância hierarquicamente superior.

Na teoria de Alexy, por outro lado, considerando não só os princípios materiais, mas também os formais de competência legislativa, a discricionariedade legislativa é a única alternativa democrática para enfrentar o dilema dos desacordos morais, estando o juiz contido pela própria Constituição que ele defende. Como explica Sacramento:

nas concretas situações que revelem a existência de profundo desacordo moral e jurídico, o princípio democrático deve ser otimizado, ganhando mais peso a decisão do legislador legitimado pelo voto popular. Vale dizer, quanto maior for o desacordo, maior é a insegurança das premissas normativas constitucionais e, portanto, maior é a exigência de respeito à decisão legislativa.

Ao legislador, assim, é dada uma primazia para atuar nos cenários de incerteza normativa. (...)

Assim, os princípios formais e, especialmente, o princípio da competência decisória do legislador, são um importante instrumento para delimitação das competências de ponderação e de tomada de decisão. Considerar apenas a existência de princípios materiais, levaria a uma solução extrema que corresponderia ao Estado judicial. (SACRAMENTO, 2018, p. 265-266)

Percebemos que a apropriação da teoria discursiva de Alexy pelo Ministro Barroso foi equivocada não só em relação à máxima de proporcionalidade, tratada acima, no item 3.2, mas também na articulação da discricionariedade judicial, que, sob o pretexto de promover uma democracia deliberativa, neutraliza a democracia representativa, num ativismo judicial que gera insegurança jurídica e aguça os desacordos morais da sociedade pluralista, afrontando o Estado Constitucional de Direito.

9 Conclusão

Neste artigo, analisamos a teoria neoconstitucionalista de Luis Roberto Barroso, a fim de entender a discricionariedade do seu voto no HC 124.306/2016. Consideramos o seu ativismo judicial na prática de aplicação dos princípios constitucionais que conferem densidade moral à argumentação jurídica.

Discutimos também a concepção política da democracia deliberativa e representativa, argumentando que, em casos de desacordos morais razoáveis, cabe ao Poder Legislativo a discricionariedade para equacioná-los; ao Poder Judiciário, cabe, em seguida, o controle da constitucionalidade, na verificação da moldura jurídica da decisão política.

A argumentação moral necessária para o Poder Judiciário resolver um desacordo desta natureza, com base em princípios constitucionais, desfigura o Estado Democrático do Direito e a tripartição funcional do Poder, degenerando num Estado Judicial.

O ativismo judicial do neoconstitucionalismo de Barroso, no voto analisado, neutraliza a democracia representativa (política) ao querer promover a democracia deliberativa (jurídica). A argumentação moral dos princípios da jurisdição constitucional sobrepõe-se indevidamente à discricionariedade legislativa, aguçando o desacordo moral que pretendia resolver.

10 Referências

ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, 88, 2013. P.511-526.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Fórum, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Rio de Janeiro: Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, v.3, n. 6, 2005. p. 211-252.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n.1, 2001. p 15-59.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. Ativismo judicial. In: **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 11-34.

BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Relativismo moral em Kelsen: do juspositivismo à democracia. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1958.

CABETTE, Eduardo. **Judicialização do aborto**. O direito em caminhos tortos. Florianópolis: ID Editora, 2020.



DIMOULIS, Dmitri. Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-226.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10ª ed. rev. aum. atu. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. **Escolha pela vida**. O enfoque jusnaturalista de John Finnis, Robert P. George e Patrick Lee. Coleção Teoria da Lei Natural. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2021 (no prelo).

DUARTE, Écio O. R.; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom**. New York: Vintage, 1994.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, (Neo)Constitucionalismo e Hermenêutica: diálogos com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista Direito Administrativo**. V. 250, 2009, p. 151-167.

GEORGE, Robert P. TOLLEFSEN, Christopher. **Embryo**. A defense of human life. New Jersey: Witherspoon, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KACZOR, Christopher. **The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice**. New York and Oxon: Routledge, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Um estudo em teoria moral. Bauru: EDUSC, 2001.



PEREIRA JR., Antonio Jorge; ALMEIDA, João Lucas de Oliveira; MACHADO, Lucas Silva. Ativismo judicial: o caminho da racionalidade jurídica ao argumento político. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.) **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre, Fundação Fênix, 2020. p. 161-190.

RIBEIRO, Mario da Silva; PINHEIRO, Victor Sales. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. v.18, n. 3, 2017. p. 139-176.

ROCHA, M. I. B. D. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. **Revista brasileira de estudos populacionais**, São Paulo, 23, n. 2, Dezembro 2006. 369-374.

SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. **e-Pública**. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 5. No. 1, Janeiro 2018. p. 241-275.

RIBEIRO, Rodrigo M.S. Avaliando as razões da primeira turma do STF no HC 124.306 pela descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez. In: PINHEIRO, Victor Sales; RIBEIRO, Mario da Silva (orgs.) **Dignidade da pessoa humana e direito à vida**. Estudos de Filosofia, Direito e Bioética. Coleção Teoria da Lei Natural. Rio de Janeiro: Lumen Juriz, 2021 (no prelo).

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Mestrado em Direito. Faculdade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017.

SILVA, Gabriel Ferreira da. As “escolhas filosóficas” e o aborto. Coluna O Estado da Arte. **O Estado de São Paulo**. 6.dez.2016.

STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio dalla. Aborto - a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Consultor Jurídico**, 11.dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 483-502.



WALDRON, J. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WIVIURKA, Eduardo Seino. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**. Doutorado em Filosofia. Universidade Federal do Paraná. Florianópolis, 2020.

Sobre o autor:

Victor Sales Pinheiro

Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará, mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, professor da Universidade Federal do Pará e do Centro Universitário do Pará, coordenador do Grupo de Pesquisa Tradição da Lei Natural (CNPq) e da Coleção Teoria da Lei Natural (Ed. Lumen Juris) e organizador do livro “A Filosofia do Direito Natural de John Finnis. Vol. 1 Conceitos Fundamentais”.

Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0416222855469529> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1908-9618>

E-mail: vvspinheiro@yahoo.com.br

