

## THE JUDICIALIZATION OF ABORTION: AND ITS DECRIMINALIZATION FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Tamires Eidelwein<sup>1</sup>

Gabriel Eidelwein Silveira<sup>2</sup>

Mariana Cavalcante Moura<sup>3</sup>

Denise Regina Quaresma da Silva<sup>4</sup>

**Abstract:** This research addresses the issue of the judicialization of social relations and the debate on the decriminalization of abortion based on the decision drawn up by Justice Barroso, at the Brazilian Federal Supreme Court, in habeas corpus 124.306 / RJ, compared to the leading case *Roe v. Wade* of the United States Supreme Court. It aims to study the main intersections between the arguments adopted in the famous decision in *Roe v. Wade*, and those developed at Justice Barroso's opinion, in the aforementioned habeas corpus, in which our

constitutional court recognized, although for different reasons, the same right affirmed in the paradigmatic case. This is a qualitative research, carried out through a deductive method and a bibliographic and documentary technical procedure. Thus, the first notes expose the main arguments of the case *Roe v. Wade* of the United States Supreme Court. Next, we speculated on fundamental rights and constitutional principles mentioned by the decision drawn up by Justice Barroso in the Habeas Corpus. Finally, we seek to understand the role of constitutional

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UniNovaFAP. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal do Piauí (PPGAnt/UFPI). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); [tamidarosa@gmail.com](mailto:tamidarosa@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Piauí (PPGS/UFPI); Coordenador do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Estado Democrático e Sociedade Contemporânea. Vice Líder do Grupo de pesquisa ComGênero: Interseccionalidades com Educação e Direitos Humanos. (NEPES); [professor.gabriel@ufpi.edu.br](mailto:professor.gabriel@ufpi.edu.br)

<sup>3</sup> Advogada. Especialista em Direitos Humanos, Cidadania e Segurança Pública pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI); Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Piauí (PPGS/UFPI) [advmarianamoura@gmail.com](mailto:advmarianamoura@gmail.com)

<sup>4</sup> Bolsista em Produtividade do CNPq CA Edu. Pós Doutora em Estudos de Gênero. Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professora do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade La Salle (PPGEDU/UNILASALLE); Líder do Grupo de pesquisa ComGênero: Interseccionalidades com Educação e Direitos Humanos; [denisequaresmadasilva@gmail.com](mailto:denisequaresmadasilva@gmail.com)

courts in the face of the provocations imposed on them by social changes, issues that, a priori, would be the responsibility of other branches of the government, such as the legislative and the executive. For the interpretation of judicial decisions, we adopted the content analysis procedure, identifying the central arguments of each of the considered decisions, for later comparison, in order to reconstruct their rationality and identifying whether and in what sense they corroborate the general hypotheses about the institutional and material transformations in the democratic regime.

**Keywords:** Judicialization. Abortion. Comparative law. American jurisprudence. Brazilian Federal Supreme Court.

*“A mulher não é um útero a serviço da sociedade”*

MIN. LUÍS ROBERTO  
BARROSO

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata do tema da judicialização das relações sociais e do debate da descriminalização do aborto a partir da decisão lavrada pelo Ministro Barroso, no STF brasileiro, no *habeas corpus* 124.306/RJ, comparado com o *leading case Roe v. Wade*, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nosso problema de pesquisa envolve responder quais as principais intersecções entre os argumentos adotados na célebre decisão do caso *Roe v. Wade*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, e aqueles desenvolvidos no voto do Ministro Barroso, do STF brasileiro no *habeas corpus* 124.306/RJ, em que nossa corte constitucional reconheceu, embora por fundamentos diversos, o mesmo direito definido no paradigmático caso *Roe v. Wade*. Trata-se, portanto, de uma pesquisa comparativa sobre a judicialização da política criminal estatal em matéria de aborto.

Parte-se da ideia inicial de que a problemática da descriminalização do aborto, como uma das mais polêmicas reivindicações sociais emergentes, jamais teve um tratamento satisfatório pela lei, o que levou à sua inevitável judicialização. Desse modo, a pesquisa tem como objetivo geral estudar os

principais argumentos adotados na decisão do caso *Roe v. Wade*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em contraste com aqueles desenvolvidos no voto do Ministro Barroso, do STF brasileiro, no *habeas corpus* 124.306/RJ.

Como objetivos específicos procuramos: identificar os principais argumentos adotados na célebre decisão do caso *Roe v. Wade* da Suprema Corte dos Estados Unidos; analisar os argumentos centrais no voto do Ministro Barroso, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no *habeas corpus* 124.306/RJ; e por fim discutir brevemente o papel do poder judiciário diante da transformação contemporânea das democracias.

O tema é relevante porque se relaciona, simultaneamente, com as lutas do movimento feminista pelos direitos reprodutivos da mulher, por um lado, e o próprio sentido e o alcance da cidadania constitucionalmente definida entre nós, por outro lado. No atual contexto ideológico-político, as mulheres que - por diferentes motivos e em diferentes contextos - praticam um aborto, são vítimas de uma forma simbólica de violência, isto é, de um julgamento que as desqualifica socialmente e as enquadra como “criminosas”, por atentarem contra uma vida humana, quer

dizer, contra a vida do feto. No entanto, a atitude de condenar sem compreender, a qual provém de um conservadorismo político de fundo religioso, deixa de enfrentar, em sua abordagem apressada e preconceituosa, a complexidade inerente à questão. Pois, no plano dos direitos fundamentais constitucionalizados, convivem princípios não absolutos, os quais, em um Estado Democrático de Direito, também podem (e devem) ser harmonizados pela jurisdição constitucional.

Ademais, justifica-se pelo nosso engajamento, tanto para a prática quanto para a teoria dos direitos fundamentais, inclusive tendo em vista nossa atuação voltada à promoção dos Direitos Humanos em um nível comunitário. A vocação, de cada um de nós, para militância no âmbito dos Direitos Humanos, desenvolveu-se, ao longo dos anos, em razão de nossas experiências pessoais, profissionais e acadêmicas, as quais nos fizeram compreender o valor da dignidade da pessoa humana, bem como a urgência da defesa dos direitos fundamentais, pelos cidadãos, a fim de participar da construção de da consolidação do Estado Democrático de Direito. Assim, nossas trajetórias convergem, em nossa preocupação

comum perante as problemáticas e possibilidades dos Direitos Humanos na contemporaneidade, possibilitadas por atuações profissionais, além de acadêmicas. Desse modo, a partir desta pesquisa, pretendemos contribuir para este campo do conhecimento jurídico, investigando a polêmica temática do aborto a partir das decisões do STF brasileiro e da Suprema Corte dos Estados Unidos. Acreditamos poder, partindo do olhar comparativo aos direitos fundamentais, lançar luz sobre este tema polêmico e ainda obscurecido pela ideologia, pela intolerância e pelo fanatismo.

## 2. METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa de natureza qualitativa (CHEMIN, 2015), realizada por meio de método dedutivo (MARCONI; LAKATOS, 2000) e de procedimento técnico bibliográfico e documental (MARCONI; LAKATOS, 2006). Dessa forma, os primeiros apontamentos versarão sobre os principais argumentos do *case Roe v. Wade*, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em seguida, faremos reflexões sobre os direitos fundamentais e

princípios constitucionais a partir da decisão lavrada pelo Ministro Barroso no *Habeas Corpus* 124.306/RJ. Finalmente, buscaremos compreender o protagonismo dos tribunais constitucionais perante as provocações que lhes são dirigidas, em razão das transformações sociais, questões que seriam (em tese) de alçada dos demais poderes legislativo e executivo.

Para a interpretação das decisões judiciais adotamos o procedimento de análise de conteúdo (BARDIN, 1977), identificando os argumentos centrais de cada uma das decisões consideradas, para posterior comparação (GIL, 1999; MARCONI; LAKATOS, 2000), tendo em vista reconstituir-lhes a racionalidade e identificar se, e em que sentido, elas corroboram para nossa interpretação geral sobre as transformações institucionais e materiais no regime democrático.

Os materiais consultados para a pesquisa constituem-se primariamente da jurisprudência brasileira e estadunidense; e, secundariamente, a doutrina e a legislação relacionados (Constituições). Quanto à estrutura da exposição que segue, enfocaremos inicialmente a jurisprudência americana, no caso *Roe v. Wade*, passando, em

seguida, ao entendimento do voto do Ministro Barroso, no *Habeas Corpus* 124.306/RJ do STF, chegando, finalmente, a uma interpretação acerca do protagonismo dos tribunais constitucionais diante das transformações sociais contemporâneas.

### **3. O CASO ROE V. WADE: A JURISPRUDÊNCIA HISTÓRICA ESTADUNIDENSE SOBRE O ABORTO**

Primeiramente, abordaremos os principais argumentos adotados na célebre decisão do caso *Roe v. Wade* (1973), da Suprema Corte dos Estados Unidos. De início, realizaremos um breve relato acerca das circunstâncias que permearam o caso. Em seguida nos reportaremos à doutrina estadunidense (*case books*) (EPSTEIN; WALKER, 2012; FISHER; HARRIGER, 2012; VILE, 2010), a fim de conhecer os fundamentos jurídicos e princípios constitucionais aplicados na jurisprudência americana.

Em 1970, Norma McCorvey, usando o pseudônimo *Jane Roe*, representada pelas advogadas Linda Coffee e Sarah Weddington, requereu ao

Estado do Texas a autorização para a interrupção de uma gravidez resultante de um ato de violência sexual. O Condado de Dallas (Estado do Texas), representado pelo procurador distrital Henry Wade, indeferiu o pedido tendo em vista que no Estado do Texas a interrupção da gestação era possível apenas nas situações em que houvesse risco para a vida da gestante (EPSTEIN; WALKER, 2012), sendo então judicializado o conflito.

Embora o Tribunal regional tivesse decidido em favor de *Roe*, Henry Wade (Estado do Texas) se recusou a “violiar” a legislação estadual sobre a interrupção da gravidez. Diante desta recusa, o conflito persistiu, chegando o *case* até as instâncias superiores. A questão colocada, perante a Suprema Corte, em *Roe v. Wade*, era estabelecer se o direito da mulher de interromper uma gestação está garantido na Constituição?

A Suprema Corte (por 7 votos favoráveis e 2 contrários) considerou que o direito de uma mulher a um aborto se enquadra no direito à privacidade, direito esse protegido pela Décima Quarta Emenda, tal decisão deu à mulher total autonomia sobre a gravidez durante o primeiro trimestre e definiu diferentes

níveis de interesse do estado para o segundo e terceiro trimestres. Como resultado, as leis de 46 estados foram afetadas pela decisão do tribunal constitucional. Entretanto, quando a decisão foi proferida, em 1973, Roe já havia tido sua filha e a colocado para adoção, de modo que sua pretensão só teve efeito para outras mulheres (ROE v. Wade, 1973).

Ao decidir *Roe v. Wade*, no início dos anos 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos era o tribunal pioneiro em matéria de garantia de direitos reprodutivos para a mulher, pela via da judicialização, estabelecendo o chamado *trimester approach*. Segundo a teoria adotada, até o terceiro mês da gestação, a grávida possui autonomia de decisão em matéria de aborto, prerrogativa abrigada sob o manto do direito mais amplo à privacidade, o qual é, por sua vez, garantido pela Constituição.

O autor do voto majoritário, Justice Blackmun, reconheceu que a autonomia da mulher grávida para decidir quanto ao aborto incluía-se dentre as questões existenciais abarcadas pelo direito à privacidade, sem ser, no entanto, um direito absoluto. Em suas palavras:

(...) A filosofia individual, a **experiência individual**, a exposição do indivíduo às intempéries da experiência humana, a sua iniciação religiosa, suas atitudes a respeito da vida e da família e seus valores, e os padrões morais que o indivíduo estabelece e busca observar, todos estes elementos têm propensão a influenciar e a colorir o pensamento e as conclusões do indivíduo sobre o aborto. (...)

A apelante descobriria este direito no **conceito de “liberdade” pessoal**, incorporado na Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda, sendo as privacidades pessoal, matrimonial, familiar e sexual supostamente protegidas pela Bill of Rights ou seus corolários. (...)

A constituição não menciona explicitamente qualquer **direito à privacidade**. Em uma corrente de decisões, entretanto, o Tribunal reconheceu que um direito à privacidade pessoal, ou uma garantia a certas zonas de privacidade, existe sob a Constituição. (...) **Estas decisões elucidaram que apenas direitos pessoais que podem ser considerados “fundamentais” ou “implícitos no conceito de liberdade” estão incluídos nesta garantia da privacidade pessoal**. Também esclareceram que este direito possui alguma ligação com as atividades relacionadas ao casamento, procriação, relacionamentos, criação dos filhos e educação. (...)

Com base em tais elementos, a apelante e alguns amici arguem que **o direito da mulher é**



**absoluto e que ela possui direito de terminar sua gravidez de qualquer forma e por qualquer razão que ela escolha.** Com isso não concordamos (BLACKMUN in EPSTEIN; WALKER, 2012, p. 500-501, tradução, supressões e grifos nossos).

Banks e O'Brian (2008, p.331) explicam que, ao redigir o voto pela maioria, Harry Blackmun justificou que o governo não possui um interesse suficientemente imperativo (*sufficient "compelling interest"*) para banir completamente os abortos, todavia teria o poder para regular os abortos mais intensivamente na medida em que a gravidez evoluísse até o fim. Como resultado, elaborou o *trimester approach*, considerando o momento presumido da "viabilidade" do feto.

#### **4. O VOTO DO MINISTRO BARROSO NO HABEAS CORPUS N. 124.306/RJ: PROVÁVEL TENDÊNCIA DO STF SOBRE O ABORTO**

Nesta seção, serão descritas as considerações elaboradas pelo Ministro Barroso sobre os direitos fundamentais e princípios constitucionais, na decisão do *Habeas Corpus* 124.306/RJ. Para tanto,

analisaremos o voto no *Habeas Corpus* e faremos reflexões sobre os direitos fundamentais e princípios constitucionais a partir da decisão lavrada pelo Ministro Barroso.

No Brasil, a primeira turma do STF acatou a opinião ativista-progressista lavrada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, voto no qual o julgador fez expressa alusão ao *case Roe v. Wade*, utilizando o caso paradigmático como argumento de direito comparado. Nesse contexto, a decisão do Ministro Barroso descriminalizara o aborto até o terceiro mês, por entender a criminalização do aborto neste período da gestação desrespeitaria vários direitos fundamentais e princípios constitucionais, inclusive o "princípio da proporcionalidade", além de resultar coerente pela consideração do direito comparado. No seu voto se lê:

(...) A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que

homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

(...) A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) 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; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

(...) Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália (BRASIL, 2016).

Esta decisão monocrática do Ministro Barroso retoma uma tese que ele mesmo já havia sustentado anteriormente perante o STF, quando ainda era advogado, isto é, antes de

tornar-se membro da corte. Em sua entrevista para o projeto “História Oral do Supremo”, o Ministro Barroso relata que, quando militou na ação sobre o aborto preventivo nos casos de “inviabilidade” por anencefalia, já havia levantado a tese da liberdade reprodutiva da mulher, ou seja, o seu direito de escolher sobre a interrupção da gravidez mesmo em condições normais (FONTAINHA; VANNUCCHI; SANTOS, 2016, p. 73). Neste sentido, críticos políticos da imprensa afirmam que os casos de anencefalia eram, desde o início, apenas um “pretexto” jurídico utilizado estrategicamente como arma política, estando o “militante” Barroso, desde há muito, comprometido com a agenda progressista da *new left*, incluída nesta a liberdade reprodutiva (AZEVEDO, 2013).

Diferente de sua congênera americana, a decisão do STF no *Habeas Corpus* 124.306/RJ não produz efeitos *erga omnes*, portanto, valendo somente para as partes envolvidas no caso, pois proferida em julgamento de *habeas corpus*, não em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Não obstante, esta decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal, dentre outras, nos tem servido de indicativo de que o Brasil está



construindo ou consolidando um paradigma constitucional baseado na centralidade dos direitos fundamentais, e no papel primordial do judiciário como guardião das promessas fundadoras da república.

Esta decisão é relevante na medida que constitui um precedente forte e indicativo da possível futura posição plenária do Supremo na matéria, servindo como referência à comunidade jurídica e à sociedade em geral. Além disso, o precedente traz previsibilidade e segurança jurídica à comunidade jurídica e ao cidadão, tendo em vista estabelecer claramente qual o sentido da interpretação mais conforme ao espírito constitucional, no que tange ao polêmico tema do aborto. Quanto à segurança jurídica produzida pelos precedentes, Amorim anota que:

Os precedentes visam dar estabilidade, continuidade e previsibilidade das decisões judiciais para determinadas condutas e estes aspectos caracterizam em resumo o próprio conceito de segurança jurídica. [...] as noções de segurança jurídica estão intrinsecamente ligadas à dignidade da pessoa humana. [...] A estabilidade integra uma dimensão objetiva da segurança jurídica, enquanto a previsibilidade para muitos traduz a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos e a continuidade se

mostra necessária para o próprio conceito de Estado de Direito, de modo que este seja capaz de se impor como ordem jurídica (AMORIM, 2015, p. 70-71).

Assim, a referida decisão como precedente judicial parece confirmar a proposição geral de que estamos, ainda que claudicantemente, reconhecendo uma nova dimensão da cidadania, mais cultural, simbólica, identitária e comportamental, condizente neste sentido com a racionalidade e a sensibilidade jurídico-constitucional das democracias avançadas. Fato é que, cedo ou tarde, é provável que o STF venha a se pronunciar sobre este tema em caso que implique efeitos *erga omnes*. Até lá, podemos apenas especular que, em nossa opinião, a posição majoritária deva seguir as mesmas linhas traçadas no voto pioneiro do ministro Barroso.

## 5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Nesta seção, propomos uma compreensão acerca do protagonismo dos tribunais constitucionais perante as provocações que lhes são impostas pelas transformações sociais recentes, sobretudo em temas que, *a priori*,

segundo a teoria clássica da separação dos poderes, pareceriam pertencer à alçada dos demais poderes da República, a saber, o Legislativo e Executivo.

Assumimos que a descriminalização do aborto é uma demanda social emergente, mobilizado pelo movimento feminista, dentre outros grupos sociais, em um contexto em que tem sido praticamente inexistentes as respostas do poder legislativo sobre o assunto. O conservadorismo inveterado e a inércia do poder legislativo, que omitiu-se dolosa (e inconstitucionalmente) em produzir a necessária política pública para os direitos reprodutivos das mulheres, conduziu à inevitável judicialização das disputas acerca do polêmico tema do aborto. Assim, a judicialização do aborto pode ser entendida dentro de um processo mais amplo que tem caracterizado, de forma geral, o exercício da cidadania no País desde a redemocratização, isso porque as garantias e o reconhecimento dos direitos fundamentais, atualmente no Brasil, têm testemunhado um forte processo de “judicialização das relações sociais” (VIANNA, 1999). Nesse contexto, sobre a judicialização das relações sociais, Oliveira reflete que:

Após a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira passou a reconhecer e positivar uma ampla gama de direitos, até então negados a seus cidadãos e cidadãs. E, como uma das formas de garantia de sua efetivação, reservou ao Poder Judiciário um papel influente na vida republicana. Neste contexto, atualmente se constata que a sociedade tem buscado, no Judiciário, respostas e solução para problemas cada vez mais cotidianos. Configura-se, assim, uma tendência a tornar grande parte dos processos de acesso e garantia a direitos excessivamente legalistas e remetidos a autoridades diversas, que sobre eles deverão se pronunciar e decidir, através de procedimentos adstritos à burocracia estatal, embora não exclusivamente no âmbito da prestação jurisdicional. A insuficiência do Estado na implementação de políticas públicas que atuem na origem dos conflitos e na oferta de acesso universal a outras formas para sua resolução e agenciamento, em muito tem contribuído para o processo de judicialização das relações sociais (OLIVEIRA, 2014, p. 1).

A inércia do congresso nacional, ao não regular tempestivamente às novas situações sociais que surgem, ou ao se recusar a modernizar a legislação obsoleta, contribui para estimular o fenômeno da judicialização. Neste contexto, emerge o poder judiciário em

nosso sistema político-constitucional, como garantidor e promotor de direitos fundamentais em atenção à dinâmica da sociedade civil e às suas demandas de reconhecimento jurídico, tendo em vista o grande peso que os direitos fundamentais possuem na “Constituição Cidadã”. Assim, segundo seus defensores, este novo paradigma democrático advoga por “uma ativa e vigorosa atuação do Judiciário e das supremas cortes na defesa dos direitos fundamentais, não apenas como forma de protegê-los (...), mas também para o avanço do processo social” (BARROSO, 2018, p.123 - supressão nossa).

Neste sentido, Canotilho (1994) nomeou de “constitucionalismo dirigente” o fenômeno de a Constituição impor ao legislador ordinário determinados deveres positivos, os quais, durante o processo legislativo, devem ser levados em consideração, em respeito aos preceitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Observa, assim, certa limitação e direcionamento na alçada de discricionariedade do processo de deliberação majoritária pelo legislativo (CANOTILHO, 1994). Por isso, a deliberação legislativa cotidiana sujeita-se à revisão judicial, constituindo-se,

pois, o poder judiciário como guardião das promessas dos constituintes originários (GARAPON, 1996).

O novo papel político do poder judiciário, nas democracias constitucionais, não é uma anomalia nem um acidente, devendo ser compreendido em um marco teórico que reconheça a “supremacia constitucional” e a “força normativa da constituição” (HESSE, 1991), bem como que aproxime a “Democracia” e o “Estado de Direito”. Quanto às transformações gerais na natureza da democracia, registramos que estas têm convergido, em geral no seu desenho institucional, para um paradigma juspolítico que se convencionou chamar de “Estado Democrático de Direito”, o qual pressupõe a convivência institucional da democracia representativa e do império do direito (*rule of law*).

Contemporaneamente, as democracias - inclusive o Brasil - têm testemunhado uma transformação profunda em sua forma de ser, com a perda relativa de prestígio dos poderes representativos majoritários, o Executivo e o Legislativo, em contrapartida à ascensão do Poder Judiciário. Nesse contexto, destaca-se o surgimento do fenômeno da

judicialização. Segundo Barroso, “há causas de naturezas diversas para o fenômeno”, sendo que “a primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas” (BARROSO, 2012a, p. 6).

O protagonismo judicial na nova cena democrática legitima-se pelo desempenho do poder judiciário, no papel de garantidor dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, positivados nas Constituições e Cartas de Direitos, com destaque à emergência contemporânea dos direitos das minorias. Isto é, pelo exercício público da razão em nome de princípios supra-políticos (constitucionais), que remontam, como lembra Antoine Garapon (1996), às promessas fundadoras do contrato social ou do processo constituinte, as quais são anteriores e superiores aos debates políticos majoritários, inclusive ao processo eleitoral.

A judicialização crescente das demandas sociais (aí incluída a questão do aborto) - as quais, por diversos motivos, não receberam um tratamento satisfatório pelos legisladores - subjaz à emergência do judiciário, num contexto

jurídico e político marcado pelo ideal da primazia da Constituição. Logo, observamos que doravante as lutas democráticas são cada vez mais transferidas paulatinamente do Capitólio ao Fórum (ROJO; SILVEIRA, 2014).

O novo protagonismo judicial ocorre simultaneamente e de forma correlata às transformações institucionais e materiais no regime democrático. A judicialização das relações sociais dá ensejo ao surgimento do ativismo judicial e à busca pelo direito comparado. Nesse sentido, o ministro do STF e autor Luís Roberto Barroso considera que a judicialização e o ativismo judicial são primos, embora não possuam a mesma origem, sendo que:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu

completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO, 2012b, p. 26).

Desse modo, os grandes combates políticos pela definição das liberdades fundamentais e pela conquista e manutenção dos novos direitos de cidadania são, cada vez mais, travados no seio do Judiciário e, muito especialmente, perante os tribunais constitucionais. Dentre outros (como ação afirmativa, liberdade religiosa, questões de bioética, uniões homoafetivas, etc.), alguns dos principais *enjeux de luttés* dos novos movimentos sociais concentraram-se na quebra de tabus comportamentais tradicionais, particularmente após as mudanças culturais dos anos 60, com destaque para as liberdades sexuais e reprodutivas, a partir das quais a condição da mulher e as questões de

sexualidade e gênero tornaram-se problemas políticos incontornáveis.

Tendo como pano de fundo estava a revolução sexual e o movimento feminista, a questão do aborto esteve e está dentre as mais polêmicas reivindicações sociais emergentes. Neste contexto, não tendo recebido um tratamento satisfatório pela lei, acabou por ser judicializada, desafiando, assim, a prudência dos tribunais constitucionais. Na discussão sobre a judicialização da vida e o cenário das mulheres, Andrey da Silva Brugger reflete:

o cenário das mulheres é capaz de demonstrar como a judicialização pode ser algo bom, principalmente tendo o Judiciário hoje buscado promover direitos fundamentais, se revestindo de um papel importante, isto é, se revestindo do papel representativo (BRUGGER, 2014, p. 87).

Por fim, quanto às críticas acerca da judicialização, construtivas ou não, podemos enfatizar que atualmente quando se espera do poder judicial a proteção de interesses ameaçados por maiorias gananciosas ou tirânicas, a sociedade reconhece que o ato da Corte deve antecipar uma política das instituições majoritárias (BENTO, 2014;

EIDELWEIN, 2019). Assim, sem pretender substituir o processo democrático, a jurisdição constitucional atua no sentido de “corrigi-lo”, para que a democracia seja praticada da maneira mais conforme ao direito, quer dizer, ao espírito da Constituição - a própria essência da ideia de “Estado Democrático de Direito”.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: REFLEXÕES SOBRE O NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**

No desenvolvimento deste estudo, elaboramos uma análise concreta de *cases* históricos, em que o poder judiciário debruçou-se sobre o polêmico tema do aborto. Nestes casos se pôde observar uma atuação judicial ativa típica dos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. Nesse sentido, podemos afirmar que o poder judiciário realizou o *judicial review*, atuando como guardião da Constituição, controlando ou ampliando o espectro da cidadania, sobretudo como forma de garantir e promover os direitos fundamentais, os quais, por sua vez, são parte essencial da norma constitucional.

Nos meios jurídicos e políticos mais reacionários e avessos ao novo espírito progressista da “Constituição Cidadã”, é comum o argumento de que a judicialização das relações sociais e o protagonismo do Poder Judiciário fere o princípio da separação dos poderes. No entanto, trata-se de uma argumentação, no mínimo, muito rasa, a qual ignora a dinâmica, o desenho institucional e a lógica dos sistemas constitucionais contemporâneos.

No século XVIII, a divisão de poderes proposta por Montesquieu (1966) possibilitou romper com o modelo monárquico, num momento em que a vida política da sociedade estava subordinada à vontade do rei. O grande desafio daqueles tempos era garantir o princípio de igualdade a todos cidadãos, perante a lei, e a prestação de serviços jurisdicionais sem distinção entre as partes, com independência em relação ao governo. Assim, a visão do Poder Judiciário como mero recitador da lei e do juiz como mera “boca da lei” não é suficiente para explicar a evolução contemporânea do direito constitucional, tanto no Brasil quanto em outras nações que adotam o modelo do Estado Democrático de Direito, baseado na filosofia do “neoconstitucionalismo”.



Aquela abordagem obsoleta tampouco se atreve a abordar a gramática dos princípios e o uso dos recursos de interpretação do direito, baseados nas ideias de ponderação, sopesamento e proporcionalidade (ALEXY, 2008). Ou seja, praticamente nega a possibilidade da interpretação da Constituição realizada pelo Poder Judiciário, traduzindo-se numa retórica intransigente de elites autocráticas que se têm desacomodado com a possibilidade, aberta em 1988, da transformação do *status quo* em direção à construção de uma sociedade mais igualitária e inclusiva.

A compreensão das novas funções do poder judiciário no sistema constitucional exige uma compreensão histórica da evolução das instituições republicanas, pois, em cada modelo constitucional histórico, os poderes republicanos têm recebido diferentes ênfases. No século XVIII, quando da prevalência dos estados liberais clássicos, a tônica foi a limitação do executivo (o rei) pelo legislativo, oportunidade em que conquistamos a liberdade de ir e vir, de termos nossa opinião, religião, igualdade civil e o direito de propriedade, sendo que a

igualdade era presumida pelo exercício de direitos civis e políticos.

No século XX, principalmente no período entre guerras, a ênfase esteve na construção dos “estados sociais” ou sistemas de bem-estar, oportunidade em que houve uma maior atuação por parte do executivo. Ou seja, a desigualdade social “obrigou” o Estado a reparar as desigualdades, através de uma intervenção ativa na vida social e econômica, promovendo direitos sociais, sistemas previdenciários, o direito protetivo do trabalho, sistemas de saúde e educação públicos e inclusivos, etc.

Finalmente, no modelo contemporâneo (o Estado Democrático de Direito), desenvolvido inicialmente na Europa no período do segundo pós-guerra, a tônica está no controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos do poder executivo, corolários da constitucionalização dos direitos fundamentais e da afirmação da força normativa da constituição. Os principais exemplos desta tendência são, para nós, a atual Lei Fundamental alemã de 1949 e a Constituição Federal brasileira de 1988.

Nesse novo contexto constitucional, desenvolveu-se a cultura jurídica do “neoconstitucionalismo” em

substituição ao criticado positivismo jurídico, que remontava à “teoria pura” de Hans Kelsen (1998). O positivismo jurídico, produto da racionalidade ocidental, com seu enfoque na lógica interna das regras jurídicas, preponderou quase absoluto até a Segunda Guerra mundial, sendo apenas contestado pelo emergente movimento pós-positivista, que aqui chamamos de “neoconstitucionalismo”.

A principal característica do neoconstitucionalismo está na normatividade, centralidade e superioridade da Constituição. Ela representa não apenas uma declaração de cunho político-filosófico, mas sim uma verdadeira “norma” fundamental e superior, a qual irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Portanto, a incorporação de normas que refletem diretamente valores e opções políticas, e a ampliação de problemáticas reguladas nas Constituições contemporâneas, acarreta, quanto a todas as normas infraconstitucionais, o dever de adequarem-se ao espírito e à principiologia constitucional. Abriu-se, neste movimento, um grande espaço para a interpretação jurídico-constitucional, logo, para a atividade hermenêutica do

judiciário, em especial os tribunais constitucionais.

Ademais, no ordenamento jurídico constitucional contemporâneo há, além de regras, também princípios jurídicos, os quais se referem a direitos fundamentais e valores políticos essenciais da ordem constitucional. Nesse novo arranjo normativo-institucional, coube ao Poder Judiciário o papel de realizar a interpretação final das normas legais infraconstitucionais, a fim de adaptá-las interpretativamente ao espírito constitucional. Essa mudança paradigmática, que deu status de normas jurídicas a princípios e regras, tem mudado radicalmente a forma de construir a norma jurídica de cada caso, logo, aumentando a esfera de atuação do Poder Judiciário no campo jurídico. O aumento da indeterminação do direito, com a introdução dos princípios e a abertura das normas jurídicas, exige um trabalho hermenêutico mais intenso por parte do julgador.

Todas estas mudanças, antes de serem distorções ou anomalias, traduzem a própria natureza do papel do judiciário nos contemporâneos Estados Democráticos de Direito, caracterizados pela filosofia do neoconstitucionalismo. Como consequência disso, observamos

um aumento na esfera de atuação do Poder Judiciário, que não é um mero aplicador de lei, mas um intérprete autêntico e final das normas jurídicas constitucionais - sendo esse o seu “novo” papel precípua. Desse modo, o Poder Judiciário tem uma participação mais efetiva na construção da norma jurídica constitucional.

A legitimidade da atuação do Poder Judiciário em defesa da “Constituição Cidadã”, acentua-se nesse momento em que as discussões sobre direitos fundamentais, em nosso país, têm sido obscurecidas pela ideologia, pela intolerância e pelo fanatismo, juntamente com a omissão, insuficiência e desvirtuamento de políticas públicas de inclusão social pelo Legislativo e o Executivo. Nada há, portanto, de estranho ou impróprio na atuação contramajoritária do poder judiciário, quando este age em nome dos valores constitucionais pactuados em 1988.

Na decisão do Ministro Barroso, que descriminalizara o aborto até o terceiro mês, no caso concreto (sem efeito *erga omnes*), evidencia-se uma interpretação da norma jurídica desenvolvida a partir de direitos fundamentais constitucionalizados e da metodologia decorrente do “princípio da

proporcionalidade”. Os argumentos do voto do Ministro referiram que a criminalização do aborto, no primeiro trimestre da gestação, desrespeitaria vários princípios constitucionais, inclusive a dignidade da pessoa humana - o mais importante dos princípios -, além de resultar lógico pela consideração do direito comparado. Sugeriu ainda que, embora muito importante, o suposto direito à vida (do feto) não é um direito absoluto, em todos os casos, devendo ser considerado e balanceado perante outros direitos concorrentes (como as escolhas existenciais da mulher).

Assim, embora a decisão deva ser analisada e eventualmente contestada em sua maneira de argumentar, é difícil negar a sua pertinência ao registro dos valores e princípios constitucionais vigentes. Na maioria dos casos, a oposição tem sido apenas ideológica, baseada em uma suposta ética religiosa “terrivelmente evangélica”, alheia e adversa à lógica plural da deontologia constitucional e da metodologia de sua aplicação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

AMORIM, Maria Carolina C. Os precedentes judiciais no direito norte americano e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. In: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário; LIMA, Roberto Kant de. **O judiciário nos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas**. Curitiba: CRV, 2015, p. 66-91.

AZEVEDO, Reinaldo. A incrível entrevista de um ministro do Supremo. In: *Veja*, 03 nov. 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/a-incrivel-entrevista-de-um-ministro-do-supremo-barroso-confessa-que-anencefalos-eram-mero-pretexto-ele-quer-e-a-liberacao-de-qualquer-aborto-ou-ainda-quando-a-causa-e-progressista-atropelar-a-constit/>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BANKS, Christopher P.; O'BRIEN, David M. **Courts and judicial policymaking**. Upper Saddle River: Pearson Education, 2008.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012a. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 22 abr. 20.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012b. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 abr. 20.

BENTO, Juliane Sant'Ana. Justiça e política: convergências e conflitos. In: ROJO, Raúl Enrique. **Por trás da toga: magistratura, sociedade e política no Brasil hoje**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2014, p. 82-113.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE**

JANEIRO. Pacientes: Adilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Autor do voto: Ministro Luís Roberto Barroso. STF, 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 23 abr. 20.

BRUGGER, Andrey da Silva. Judicialização da vida: o cenário das mulheres e breves anotações sobre supremacia judicial e supremacia constitucional. **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, Ano 17, n. 31, p. 73-92, jan-jun. 2014. Disponível em: <[http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ\\_31\\_4\\_Brugger.pdf](http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_31_4_Brugger.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 20.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

EIDELWEIN, Tamires. Ativismo e Comportamento Judicial. In: **Sociedade**

**em emergência:** diálogos, atuações e perspectivas nas Ciências Sociais. [Anais da Semana Acadêmica de Ciências Sociais da UFPI]. v.2. Teresina: UFPI, 2019, p. 99-103.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. **Constitutional law for a changing America: a** short course. 5.ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2012.

FISHER, Louis; HARRIGER, Katy J. **American constitutional law**. V.2, 9.ed. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro; VANNUCCHI, Marco Aurélio; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013):** Luis Roberto Barroso. V.11. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCONI, Marina de Andrade.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnica de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1966.

OLIVEIRA, Antônio Carlos de. Judicialização das relações sociais. **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, Ano 17, n. 31, p. 9-12, jan-jun. 2014. Disponível em:

<[http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ\\_31\\_apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_31_apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 20.

ROE v. Wade, 1973. **Oyez**. Disponível em: <[www.oyez.org/cases/1971/70-18](http://www.oyez.org/cases/1971/70-18)>. Acesso em: 22 abr. 20.

ROE v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). **Justia**: Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/#tab-opinion-1950137>>.

Acesso em: 22 abr. 20.

ROJO, Raúl Enrique. SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. *Do capitólio ao foro: em torno da judicialização da política no Brasil de hoje*. **Direito e justiça**. Porto Alegre, RS. Vol. 40, n.1, jan.-jun. 2014, p. 94-100. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/97208>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização das relações sociais*. In: \_\_\_\_\_. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999, 149-156.

VILE, John R. **Essential Supreme Court Decisions**: Summaries of Leading Cases in U. S. Constitutional Law. 15. ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2010