

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**Sentenças aditivas e hermenêutica constitucional:  
Análise da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal ante a  
hermenêutica constitucional**

**ROBSON MATTOS REZENDE**

**Rio de Janeiro  
2022**

**ROBSON MATTOS REZENDE**

**Sentenças aditivas e hermenêutica constitucional:**

**Análise da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal ante a hermenêutica  
constitucional**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**.

**Rio de  
Janeiro 2022**

## CIP - Catalogação na Publicação

R467s Rezende, Robson Mattos  
Sentenças aditivas e hermenêutica constitucional:  
Análise da atuação proativa do Supremo Tribunal  
Federal ante a hermenêutica constitucional / Robson  
Mattos Rezende. -- Rio de Janeiro, 2022.  
117 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves  
Bolonha.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Constitucional. 2. Hermenêutica  
jurídica. 3. Princípios de interpretação  
constitucional. 4. Supremo Tribunal Federal. 5.  
Sentenças aditivas. I. Bolonha, Carlos Alberto  
Pereira das Neves, orient. II. Título.

**ROBSON MATTOS REZENDE**

**Sentenças aditivas e hermenêutica constitucional:  
Análise da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal ante a hermenêutica  
constitucional**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.**

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro  
2022**

## RESUMO

O presente trabalho trata da hermenêutica jurídica no âmbito do Poder Judiciário, focando na atuação do Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição Federal em casos considerados controversos. Assim, busca-se efetivar uma investigação acerca dos elementos da hermenêutica jurídica e como estes afetam a interpretação judicial. Igualmente, procurou-se abordar a questão da discricionariedade do juiz e da constante criação de princípios para se fundamentar decisões judiciais sobre casos controvertidos. Destarte, buscou-se analisar a decisão da Suprema Corte brasileira no Habeas Corpus 124.306 com base nos princípios constitucionais da interpretação conforme à Constituição e da máxima efetividade da Constituição. A pesquisa utilizou como metodologia a revisão bibliográfica e a análise conceitual da decisão da Suprema Corte brasileira.

**Palavras-chave:** hermenêutica jurídica; discricionariedade judicial; Supremo Tribunal Federal; interpretação conforme à Constituição; máxima efetividade da Constituição; *Habeas Corpus* 124.306.

## ABSTRACT

This paper deals with legal hermeneutics within the judiciary, focusing on the performance of the Supreme Court when interpreting the Federal Constitution in cases considered controversial. Thus, an investigation is sought to investigate the elements of legal hermeneutics and how these affect judicial interpretation. It was also sought to address the issue of the discretion of the judge and the constant creation of principles for the basis of judicial decisions on cases at issue. Thus, we sought to analyze the decision of the Brazilian Supreme Court in Habeas Corpus 124.306 based on the constitutional principles of interpretation in accordance with the Constitution and the maximum effectiveness of the Constitution. The research used as methodology the bibliographic review and conceptual analysis of the decision of the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** legal hermeneutics; judicial discretion; Supreme Court; interpretation in accordance with the Constitution; effectiveness of the Constitution; *Habeas Corpus* 124.306.

## Sumário

|   |     |
|---|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 6   |
| <b>CAPÍTULO 1 – ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE INTERPRETAÇÃO E HERMENÊUTICA</b> .....                          | 17  |
| 1.1 Aspectos gerais.....  | 17  |
| 1.2 Hermenêutica jurídica .....   | 19  |
| 1.2.1 As escolas hermenêuticas.....   | 20  |
| 1.2.1.1 Escola hermenêutica dogmática (ou da exegese) .....   | 22  |
| 1.2.1.2 Escola hermenêutica histórico-evolutiva.....  | 24  |
| 1.2.1.3 Escola hermenêutica sociológica.....  | 25  |
| 1.2.1.4 Escola hermenêutica teleológica e a escola da livre pesquisa do direito.....                      | 26  |
| 1.2.1.5 Escola hermenêutica realista .....  | 28  |
| 1.2.2 A pureza da ciência do direito de Hans Kelsen.....  | 29  |
| 1.2.3 A teoria liberal do direito de Dworkin .....  | 32  |
| 1.3 Interpretação e seus métodos.....   | 35  |
| 1.4 Princípios de hermenêutica constitucional.....  | 37  |
| 1.5 Considerações parciais .....  | 41  |
| <b>CAPÍTULO 2 – SENTENÇAS ADITIVAS: ENTRE A DISCRICIONARIEDADE E OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL</b> ..... | 43  |
| 2.1 Aspectos gerais.....  | 43  |
| 2.2 Judicialização da política e ativismo judicial .....  | 45  |
| 2.3 Fundamentação de sentenças aditivas: o uso dos princípios .....                                       | 53  |
| 2.4 Pamprinciologismo: a fábrica de princípios.....   | 55  |
| 2.5 Decisões judiciais e o limite da discricionariedade do juiz.....                                      | 59  |
| 2.6 Poder centralizado no juiz .....  | 64  |
| 2.7 Considerações parciais .....  | 67  |
| <b>CAPÍTULO 3 – ESTUDO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ</b> .....  | 69  |
| 3.1 Aspectos gerais.....  | 69  |
| 3.2 Resumo do caso.....   | 70  |
| 3.3 Compêndio dos votos dos ministros.....  | 73  |
| 3.4 Principais apontamentos do voto vencedor .....  | 78  |
| 3.5 Análise.....  | 81  |
| 3.6 Considerações parciais .....  | 98  |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 100 |
| 1 Recapitulação .....   | 100 |
| 2 Apontamentos finais.....  | 102 |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....   | 109 |

## INTRODUÇÃO

A busca pela concretização de direitos vem assumindo prevalência ao longo dos últimos anos. O início do século XX foi marcado pela tentativa de positivizar direitos sociais, econômicos e culturais como foi visto na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar (1919), iniciava-se, ali, uma mudança de paradigma. Da mesma forma, o pós-segunda guerra em 1945 trouxe uma nova onda pela concretização de direitos, os direitos fundamentais notadamente, que buscou sair da perspectiva individual dos direitos para uma perspectiva coletiva e difusa, isto é, pretendia-se concretizar direitos coletivos e difusos.

Nesse sentido, essa demanda pela concretização de direitos transcendeu as fronteiras da política e da positivação desses direitos em normas legais, adentrando a fronteira do Judiciário. Assim, a efetivação desses direitos, muitas vezes, somente pôde ser realizada com a intervenção do Poder Judiciário no caso concreto. Houve, desse modo, uma mudança de paradigma na concretização dos direitos fundamentais, isto é, aqueles direitos não previsto em lei (em sentido amplo) passaram a ser objeto de concretização pelo Poder Judiciário. Essa mudança de paradigma trouxe a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, assumindo função considerada como típica do Poder Legislativo, convencendo-se chamar tal fenômeno de ativismo judicial.

Sendo assim, ao longo do século XX, os Estados Unidos da América tiveram diversos casos debatidos na Suprema Corte norte-americana que tomaram a feição de um ativismo judicial<sup>1</sup>. Esse movimento de judicialização constante das relações sociais que se tem operado no mundo como um todo, vem ganhando força cada vez maior no Brasil. Tanto é que no século XX, mais precisamente posteriormente ao ano de 1988, a quantidade de casos levados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal aumentou exponencialmente. Entre alguns casos, pode-se citar, a título de exemplo, o julgado que tratou da incompatibilidade do aborto com os direitos fundamentais da mulher<sup>2</sup>, da união homoafetiva<sup>3</sup>, das biografias não autorizadas<sup>4</sup>, da

---

<sup>1</sup> O termo ativismo, inclusive, surge em 1947 através de publicação de Arthur Schlesinger, intitulada “The Supreme Court: 1947”, na qual analisou a atuação dos magistrados da Suprema Corte norte-americana dividindo-os em “ativistas” (actvists) e “passivistas” (self-restrain).

<sup>2</sup> Habeas corpus 124.306.

<sup>3</sup> ADI 4.227 e ADPF 132

<sup>4</sup> ADI 4.815



fidelidade partidária<sup>5</sup>, entre outros casos julgados que de alguma forma trataram de questões sensíveis aos direitos fundamentais de indivíduos, como também referentes à democracia.

Isto posto, produziu-se no Supremo Tribunal Federal alta carga de decisões, das mais variadas no que diz respeito ao enfrentamento de questões que tratam de matéria sensível, seja aos indivíduos, seja à democracia. Entretanto, muito se discute se seriam essas decisões ativismo judicial ou não. Inegavelmente, esse é um dos debates que mais se tem feito a respeito das recentes decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte brasileira, se suas decisões estão tomando feição proativa, ou não.

Em que pese a existência desse debate e existir diversas vozes favoráveis e contrárias ao que se tem denominado de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, é fato que algumas perguntas exsurtem a cada julgado proferido pelo Pretório Excelso. Algumas dessas perguntas seriam: qual o método interpretativo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para solucionar o caso? Haveria o Supremo encontrado uma solução para o caso conforme os preceitos constitucionais, isto é, teria analisado o caso conforme a Constituição Federal? Na decisão ter-se-ia observado a força normativa da Constituição ao caso, ou seja, na decisão ter-se-ia aplicado a Constituição em sua máxima efetividade?

Enfim, algumas perguntas que ora caem em controvérsia, ora não são respondidas, mas que suscitam sempre o questionamento de estar ou não o Poder Judiciário brasileiro tomando as vezes do Poder Legislativo e agindo como legislador positivo.

Partindo da concepção de Montesquieu<sup>6</sup> de que o Poder deve ser dividido em três funções: Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>7</sup>, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu

---

<sup>5</sup> ADI 5081

<sup>6</sup> Embora, haja discussão doutrinária a respeito do surgimento da teoria da separação dos Poderes, havendo quem diga que Aristóteles, em *A Política*, tenha sido o primeiro a tratar desse tema; outros afirmam ter sido John Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, que ser o primeiro abordar o tema; alguns asseveram que a teoria da separação dos Poderes tem sua gênese na obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu, a qual se concorda, tendo em vista que não somente explicita a separação entre os Poderes, mas também o equilíbrio entre eles.

<sup>7</sup> Aqui trata-se de funções, pois entende-se que o Poder é uno e indivisível, já que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, primeira parte, da CRFB/88). Não parecendo ser técnico falar em Poderes visto que o Poder Judiciário não é eleito pelo povo, ou seja, não está enquadrado na segunda parte do parágrafo único do art. 2º da Carta Magna, que afirma que o povo exerce esse poder de forma direta, havendo meios específicos como por exemplo, o plebiscito, mas, também, indiretamente por meio de representantes, uma vez que o Legislativo e o Executivo são os únicos Poderes onde essa representação indireta se mostra evidente, não haveria, a rigor, uma representação por parte do Poder Judiciário. Por isso, entende-se que há, em verdade, uma divisão de funções do poder proveniente do povo.

art. 2º, estabeleceu como “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” determinando, desse modo, que cada uma dessas funções exercessem suas atribuições de forma independente, ou seja, sem haver submissão de uma função a outra. Do mesmo modo, deve-se haver harmonia entre essas funções de modo que uma não sofra interferência da outra, não se permitindo que a usurpação de competências entre elas ocorra. É o que se entende como a teoria dos freios e contrapesos.

Desse modo, assumindo como pressuposto que a Constituição de um Estado é o vértice do ordenamento jurídico e que esta consagra em seu texto diversos princípios, normas e, até mesmo, as atribuições de instituições democráticas, compreende-se que a atuação de cada uma dessas funções possui encargos estabelecidos e, por oposição, encontram limitações em decorrência desses deveres, dentro das próprias normas constitucionais. Assim, a atuação de uma determinada função que ultrapasse seus limites e se imiscua nas competências de outra deveria ser entendida como afronta ao texto constitucional.

Sendo assim, tendo-se em vista essa perspectiva da separação de Poderes e da teoria dos freios e contrapesos<sup>8</sup>, inclusive, marcados como cláusula pétrea, remetendo-se para a recente atuação do Poder Judiciário<sup>9</sup> que, como órgão jurisdicional, vem adotando diversas medidas judiciais que não estão explicitamente previstas no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal que tem elaborado julgados com decisões inovadoras, criando direitos inexistentes na Constituição Federal brasileira de 1988. A temática, portanto, volta-se para a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo e a normatividade do texto constitucional frente a essa atuação proativa.

Cumprir destacar que a atuação proativa da Suprema Corte se desenvolve no âmbito da hermenêutica, mais notadamente, a hermenêutica constitucional, isto é, as decisões surgem a partir de interpretações desse órgão jurisdicional. A hermenêutica constitucional possui métodos<sup>10</sup> e princípios<sup>11</sup> abalizadores de sua aplicação que devem ser observados no momento

---

<sup>8</sup> Ambos princípios constitucionais.

<sup>9</sup> Utiliza-se a denominação empregada pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, com finalidade de se tratar das funções do Legislativo, Executivo e Judiciário, apenas para se manter coerência com a literalidade da Carta Política.

<sup>10</sup> Os métodos de interpretação da Constituição são: método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópicoproblemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional.

<sup>11</sup> Os princípios que orientam a interpretação da Constituição: Princípio da Unidade da Constituição; Princípio da concordância prática ou da harmonização; Princípio da concordância prática ou da harmonização; Princípio da

em que o magistrado interpreta a norma em abstrato<sup>12</sup> ou em consonância com o caso concreto<sup>13</sup>. Assim, a variedade de métodos e princípios precisam ser observados para melhor adequação ao controle hermenêutico exercido. Afinal, tem-se como objeto de pesquisa a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal.

Com base nos métodos e princípios existentes na hermenêutica constitucional e tendo-se como temática a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo e a normatividade do texto constitucional frente a essa atuação proativa, exsurge como problemática a seguinte questão: em que medida a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal se enquadra nos princípios da hermenêutica constitucional da interpretação conforme à constituição e da força normativa da constituição. Essa problematização surge de infindáveis debates sobre o cumprimento dos mandamentos constitucionais, sejam eles princípios ou regras e a aplicação efetiva da Constituição Federal nos casos concretos.

A pesquisa proposta se faz necessária pela divergência de opiniões entre os doutrinadores, entre si, e entre estes e o Supremo Tribunal Federal, uma vez que algumas decisões da Suprema Corte vêm assumindo postura proativa em casos que, embora se submetam ao crivo da Constituição Federal, possuem temáticas variadas, mas sempre o mesmo debate final: a interferência do Supremo Tribunal Federal na competência de outro Poder e a ameaça aos valores democráticos.

Como já dito, o Supremo tem realizado interpretações de casos que suscitam diversos debates. O debate gira em torno se estaria o Pretório Excelso dando cumprimento a Constituição Federal, analisando-se teleologicamente suas normas e princípios, ou somente adentrando nas atribuições de outro Poder. Os debates têm sido intensos sobre se as interpretações da Suprema Corte realmente estabelecem um sentido conforme o texto constitucional; se há, realmente, uma máxima efetividade da norma.

Assim, pretende-se buscar se a Constituição Federal realmente está sendo contemplada nesses casos, isto é, se o que se busca é realmente a observância do seu texto e sua máxima

---

Máxima Efetividade; Princípio da Interpretação conforme a Constituição; Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

<sup>12</sup> Controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato.

<sup>13</sup> Controle de constitucionalidade difuso ou em concreto.

efetividade. É importante averiguar esses dois pontos, porque a segurança jurídica também depende da observância e da efetividade constitucional. Não se vislumbra como poderia uma decisão que não está em consonância com o texto constitucional alcançar a finalidade da norma, menos ainda de seus princípios mais caros, como por exemplo, o princípio da separação dos poderes e o princípio da segurança jurídica.

Cabe salientar, que não se pretende uma análise do texto constitucional meramente literal, como já dito anteriormente. Admitindo-se como pressuposto que toda norma tem um limite mínimo, vale dizer, o seu texto escrito, e que não cabe ao magistrado dar sentido distinto àquele que está expressamente exprimido na norma, nem criar norma que no texto normativo não tenha sido colocado pelo legislador, o texto constitucional com suas regras e princípios deve ser minimamente observado e não acrescido de sentidos que já não estejam ali. Vale dizer, o que se pretende é analisar as decisões, também, sobre um mínimo permitido pela Constituição Federal que não imprima poderes discricionários ao julgador.

Segundo Luís Roberto Barroso, a ideia de objetividade e neutralidade advém de um conceito de que o Direito enquanto ciência busca que o intérprete alcance esses dois elementos para alcançar um resultado tido como justo. Afirma, ainda, que a objetividade a ser perseguida na hermenêutica jurídica e constitucional é aquela que promova limites dentro dos quais os o aplicador do direito possa exercer um “senso razoável”<sup>14</sup> e, utilizando-se de sua criatividade, possa “fazer justiça” no caso concreto.<sup>15</sup>

Barroso atesta, também, a impossibilidade de uma neutralidade de ideias, visto que não há neutralidade por parte do Estado, das leis e de seus intérpretes, quando se tem por base a estrutura social vigente e o fato de que essa estrutura social é mantida e alimentada, justamente, pela doutrina liberal-normativista impregnada no modelo estatal e, conseqüentemente, nas suas leis. De acordo com o jurista, a ordem social estabelecida é resultado de diversas “fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas”.<sup>16</sup>

No entanto, se a máxima objetividade deve ser procurada através de uma análise, dir-se-

---

<sup>14</sup> Entendemos como um senso comum.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 293.

ia, parcial dos fatos pelo julgador e se a neutralidade do intérprete é impossível de ser alcançada, porque a própria norma seria resultado de uma ordem social legitimada pelo direito positivado, indaga-se: seria essa a intenção do legislador ao determinar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais?<sup>17</sup> Estaria o legislador, representante do povo a querer que o intérprete julgue com base nos seus anseios, no seu senso comum? Seria a intenção do julgador trazer para o campo do Direito decisões inventivas que não observem um mínimo de cientificidade do Direito, ou de sua hermenêutica?

Embora Barroso afirme que a interpretação do magistrado será sempre uma correlação entre o intérprete e o texto, tendo como resultado elementos objetivos e subjetivos<sup>18</sup>, não parece que essa é a intenção do legislador. Acrescente-se, ainda, que embora o art. 93, IX, da CRFB/88 tenha sido alterado por força de Emenda Constitucional (EC nº 45/2004), em nada alterou a primeira parte do dispositivo que exige a fundamentação e impõe possível nulidade a decisão caso esta não tenha sido fundamentada. Portanto, não se pode afirmar que a Constituição Federal tenha permitido tal discricionariedade ao magistrado.

Não se pode conceber uma discricionariedade a tal ponto onde a subjetividade do intérprete possa adentrar a questões que envolvem a regulação do convívio em sociedade. Novamente, não se trata de produzir decisões baseadas em letra da lei, mas sim de produzir decisões com um mínimo científico. Tal discricionariedade adentra, também, nos limites da democracia, no qual o próprio intérprete irá criar normas, ou como já ocorre, princípios que a despeito de servirem para regular as relações sociais, mais promovem uma insegurança jurídica, pois nas palavras de Daniel Sarmiento “(...) torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”<sup>19</sup>. Não se pode ter certeza, também, se aquele princípio hoje inventado poderá ser usado em outro caso similar ou não. A insegurança dá-se, também, no nível político-institucional, pois, como já exaustivamente abordado, interfere-se na separação dos poderes e, conseqüentemente, na democracia.

---

<sup>17</sup> A obrigatoriedade de fundamentar as decisões encontra-se no art. 93, IX, da CRFB/88.

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 291-292.

<sup>19</sup> SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 144.

Sendo assim, tendo em vista que a subjetividade do magistrado não pode ser tida como um elemento favorável a solução de conflitos, principalmente, quando se está diante de situações nas quais a lei possui indeterminações, incompletudes, ou até mesmo, é silente ao caso concreto, não se pode esperar que a moral, a personalidade do julgador se sobreponha tanto a normatividade, quanto a técnica jurídica, sob pena de criar-se resultados completamente alheios ao direito.

Portanto, importante se faz ter uma análise que busque se as decisões proativas estão a garantir o mínimo de segurança jurídica necessário para uma vida em sociedade. E aqui não cabe falar em manutenção de uma ordem social burguesa, visto que a própria Constituição Federal é heterogênea em seus valores<sup>20</sup>, porém, as decisões judiciais extrapolam os sentidos e valores oferecidos pela Constituição, bem como implicam sentidos que exorbitam aqueles significados pretendidos pelo legislador. A título de exemplo, tem-se a famigerada discussão sobre a prisão em segunda instância, que obteve diversas decisões no Supremo Tribunal Federal, seja a favor da prisão antes do trânsito em julgado da decisão, seja após o trânsito em julgado, mesmo a Carta Magna sendo clara e não havendo qualquer dificuldade em se interpretar o que está escrito, houveram diversas mudanças de entendimento o que só gera insegurança jurídica. Logo, faz-se necessário uma análise mais detida acerca dessa proatividade por parte da Suprema Corte brasileira e se ela se coaduna com a Constituição Federal.

Tendo em vista as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal que assumem caráter proativo, faz-se necessário analisar esse fenômeno de maneira que se possa identificar se estão sendo utilizados métodos e técnicas apropriados para se chegar a solução dos casos concretos. A análise da hermenêutica constitucional usada pela Suprema Corte permite, ainda, saber se existem limites para essas interpretações e quais seriam essas limitações. Portanto, o objetivo geral é analisar se a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal se enquadra nos princípios da hermenêutica constitucional da interpretação conforme à constituição e da força normativa da constituição.

Como objetivos específicos tem-se: (a) realizar estudo acerca da hermenêutica jurídica; (b) identificar se existem limites a serem observados na hermenêutica pelo julgador; (c) analisar a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal em relação à hermenêutica constitucional.

---

<sup>20</sup> Vide o próprio art. 1º, IV, da CRFB/88 que enaltece os valores sociais do trabalho.

A presente pesquisa estrutura-se a partir dos pensamentos de Lenio Luiz Streck, principalmente no que toca a discricionariedade do magistrado. No que tange a teoria de Lenio Streck, busca-se mais precisamente os argumentos relacionados ao pamprincipiologismo e a discricionariedade do julgador. A teoria, formulada por esse jurista, busca, em apertada síntese e superficial exposição, realizar um processo de desconstrução do pensamento jurídico utilizando-se da teoria do direito e da filosofia do direito. Em que pese as diversas contribuições trazidas pelo autor, pretende-se fixar mais propriamente nas questões referentes ao que foi definido pelo autor como pamprincipiologismo, que seria a constante invenção de novos princípios pelo intérprete e, também, na questão da discricionariedade do julgador.

Embora, esses dois aspectos estejam intrinsecamente ligados à teoria do autor denominada Crítica Hermenêutica do Direito e dela sejam parte constituinte, o que se pretende é utilizar mais especificamente como essa criação de novos princípios e como a discricionariedade do juiz pode interferir ao solucionar o caso concreto ao qual o intérprete está diante.

Essa discricionariedade envolve a possibilidade de o julgador criar soluções para o caso concreto que não encontram guarida no ordenamento jurídico ou realizar interpretações que possuem significados muito além daqueles que o próprio ordenamento confere, levando, nas palavras de Streck, a arbitrariedade<sup>21</sup>. Inegavelmente, uma decisão judicial que não se enquadre dentro de limites mínimos pode vir a se tornar uma ameaça a todo o sistema jurídico e, inclusive, a própria democracia, uma vez que o magistrado se atém apenas a critérios próprios.

Não se espera, entretanto, apenas uma leitura fria da legislação, isto é, uma reprodução daquilo que está escrito na lei, aplicando-se a hermenêutica clássica, literal. Tampouco se pretende uma análise que se limite ao aspecto jurídico, que se afaste completamente da realidade social, já que o Direito tem como objetivo sua aplicação na sociedade, porém de fato o intérprete precisa ser ater aos limites impostos pelas técnicas hermenêuticas e, também, pelos limites mínimos delineados pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>21</sup> STRECK, L. L. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: Canotilho, J. J. Gomes. Sarlet, Ingo Wolfgang. Streck, Lenio Luiz. Mendes, Gilmar Ferreira (coord.) Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) *E-book* (não paginado).

Por outro lado, busca-se, também em Dworkin, os limites para essa discricionariedade do magistrado que ao formular uma resposta a um caso concreto não pode partir desde logo do âmbito moral, de sua subjetividade. Embora, Dworkin ateste que a separação entre direito e moral não seja tão nítida e que em determinados casos de difícil solução, o julgador acabaria usando a moral para alcançar uma resolução para o problema.

Para Dworkin, o juiz não pode assumir a condição de legislador. O Poder Judiciário não poderia criar nenhum princípio, a não ser os já estabelecidos. Do mesmo modo, não se contrapõe, o autor, a teoria da separação dos poderes, o que permite deduzir que o juiz deve observar o direito e também a norma, antes que possa tomar alguma decisão baseada na sua moral, na discricionariedade. É a teoria da integridade do Direito proposta por Dworkin. Portanto, pode-se inferir que, para Dworkin, cabe ao julgador respeitar as balizas fundamentais impostas pelo legislador e não inovar no direito a ponto de causar um desequilíbrio em todo o sistema político e jurídico, atentando-se contra a democracia.

Além disso, destaca-se que em casos nos quais a resposta para uma demanda de difícil resolução pelo julgador, não conferindo a este a possibilidade de decidir apenas de acordo com os limites legais, permitindo-se a discricionariedade do julgador por meio do uso de princípios, Dworkin concebeu a existência do juiz Hércules. Destarte, essa concepção adotada por Dworkin também será analisada como forma de observar a discricionariedade do julgador e como essa figura pode interferir em uma interpretação conforme a Constituição e/ou promotora de maior efetividade do texto constitucional.

Portanto, a teoria de Dworkin será examinada para se averiguar os possíveis limites aos quais estão circunscritos os magistrados. De fato, pretende-se explorar a visão de Dworkin sobre a interpretação jurídica e a questão da invenção do direito pelo intérprete por meio da sua discricionariedade, amoldando-se essas questões a presente investigação.

A metodologia a qual se pretende usar segue duas vertentes: a revisão bibliográfica e a análise documental. Isso ocorre porque a pesquisa pretende explorar a interpretação jurídica e a aplicação da norma jurídica na visão da doutrina, bem como no âmbito empírico, valendo-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse caso a análise empírica dar-se-á com o Habeas Corpus 124.306/RJ. Essa metodologia apresentada visa fazer uma análise conceitual, em busca de respostas teóricas, mas também uma investigação prática acerca do tema. Nesse



sentido, analisar-se-á o conteúdo de textos doutrinários e de normas presentes no ordenamento jurídico pátrio, com maior ênfase no âmbito constitucional, além da análise do julgado em si. A pesquisa assume caráter, eminentemente, qualitativo.

Sendo assim, a fonte primária a ser utilizada nesta pesquisa é a jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus 124.306/RJ. A fonte secundária a ser usada serão os textos doutrinários que permitam a realização de uma análise profunda da problemática em questão no âmbito do direito constitucional. Cumpre assinalar, que embora tratar-se-á de questão que toca o direito penal, não se planeja uma análise aprofundada da temática penal, pretende-se analisar questões no ponto de vista constitucional, não se tendo a pretensão de analisar particularidades puramente penais. Reforça-se que a análise, conseqüentemente, busca voltar-se para as questões tipicamente constitucionais, mais precisamente o debate em torno dos princípios fundamentais em questão e a hermenêutica constitucional.

No que tange a jurisprudência selecionada, em apertada síntese, o Habeas Corpus em comento tratou da questão da descriminalização do aborto em caso específico no qual os pacientes foram presos por praticarem aborto em gestante com o consentimento desta. A prisão em flagrante teve como fundamento legal os artigos 288<sup>22</sup> do Código Penal, combinado com o 126<sup>23</sup> também do Código Penal. A relatoria do acórdão ficou a cargo do Ministro Marco Aurélio. No caso, prevaleceu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que devido a fixação de sua tese, acabou sendo o Relator do Acórdão. A tese fixada concebeu haver conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a as normas legais previstas no Código Penal. Na tese, restou fixado a necessidade de se fazer uma interpretação conforme à Constituição dos artigos 124<sup>24</sup> e 126 do Código Penal a fim de excluir a criminalização da conduta de aborto nos três primeiros meses de gestação. Entendeu-se, ainda, que criminalizar a conduta, nesse caso, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

A estruturação do presente trabalho será realizada em três capítulos, desenvolvidos sequencialmente a esta introdução, e sendo concluído pelas considerações finais acerca da pesquisa realizada. O primeiro capítulo busca, por meio de uma revisão bibliográfica, delimitar

---

<sup>22</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

<sup>23</sup> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

<sup>24</sup> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

os conceitos de interpretação e hermenêutica jurídica, para isso procurar efetuar um estudo acerca da hermenêutica jurídica e suas variadas escolas a fim de encontrar os elementos hermenêuticos propícios para efetivação de uma interpretação jurídica, bem como promover uma abordagem dos princípios hermenêuticos constitucionais utilizados para interpretar.

O segundo capítulo aborda a questão do marco teórico deste trabalho. Procura-se tratar da questão da discricionariedade do juiz e da criação de inúmeros princípios que servirão como justificativa para decisão prolatada pelo magistrado através de uma revisão bibliográfica. Os componentes basilares para se analisar essa perspectiva da discricionariedade do julgador e da desenfreada criação de princípios serão tratados no capítulo através dos tópicos sobre o neoconstitucionalismo e do ativismo judicial. Por fim, trata-se do poder do juiz nesse contexto de discricionariedade e ativismo utilizando-se a noção de juiz Hércules criada por Dworkin.

O terceiro capítulo irá examinar de forma mais detida o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus 124.306. O capítulo busca trazer não somente a contextualização do caso, mas também os votos dos demais ministros em caráter expositivo para que se possa ter uma visão mais ampla da atuação do Supremo Tribunal Federal. O objetivo é analisar o julgado tendo como sustentáculo os elementos teóricos obtidos nos dois capítulos precedentes. A partir daí busca-se avaliar os fundamentos do julgado com base em elementos doutrinários, legais e jurisprudenciais de forma a se compreender como se efetivou o desenvolvimento da argumentação do ministro.

Por fim, apresenta-se as considerações finais acerca do presente trabalho com o propósito de demonstrar o alcance dos objetivos traçados. Primeiro, cuidou-se de realizar uma recapitulação do tema, objeto, problemática, marco teórico, objetivos do presente trabalho e sintetizando as informações apresentadas nos capítulos de desenvolvimento para que ao final pudesse-se tecer as conclusões pertinentes acerca da pesquisa.

# CAPÍTULO 1 – ALGUNS APONTAMENTOS

## SOBRE INTERPRETAÇÃO E

### HERMENÊUTICA

#### 1.1 Aspectos gerais

A hermenêutica é disciplina da Filosofia que trata da interpretação e compreensão de textos. Utilizando-se dos ensinamentos de José Ferrater Mora em sua obra “Dicionário de filosofia”, a hermenêutica encontra seus primórdios na antiguidade com Platão e Aristóteles que, embora, não tivessem o entendimento de hoje para o tema, Platão utilizavam de um termo grego *ἐρμηνεία* para designar explicação, enquanto que Aristóteles, em seu tratado Da interpretação, que em latim foi nomeado de *De interpretatione e de Hermeneutica*, foi nomeado no grego como *Περί ἐρμηνείας*, isto é, Aristóteles utilizou o termo *ἐρμηνεία* como princípios para interpretação, para a comunicação.<sup>25</sup>

Entretanto, o termo *ἐρμηνεία* foi usado no campo teleológico para designar a arte ou ciência de interpretação das Sagradas Escrituras, dando origem a hermenêutica. Essa técnica ainda é muito utilizada na exegese dos textos bíblicos, mas ao longo da Era Moderna ganhou status de disciplina filosófica<sup>26</sup>. Desse modo, a hermenêutica começou a ganhar espaço no meio filosófico tornando-se uma área de estudo da Filosofia através de Georges Friedrich Maier, porém foi com maior atuação de Friedrich Schleiermacher que a hermenêutica, aplicada aos estudos de textos sagrados, ganhou relevância como estudo filosófico.<sup>27</sup>

Outro autor de relevo para a hermenêutica foi Wilhelm Dilthey que trouxe uma nova perspectiva para hermenêutica. Em linhas gerais, Dilthey buscou não se ater a uma leitura da hermenêutica que privilegiasse a abstração, mas que tinha como intenção formular uma teoria da hermenêutica que considerasse a análise empírica, isto é, o sujeito atribui sentido e

---

<sup>25</sup> MORA, José Ferrater. Dicionário de filosofia. 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 331.

<sup>26</sup> Ibidem. p. 332.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 332.

compreende algo a partir dos significados construídos no mundo fático<sup>28</sup>. Dilthey estabelece a hermenêutica como um método.<sup>29</sup>

Os pontos desenvolvidos por Dilthey serviram para que mais tarde Martin Heidegger desenvolvesse sua teoria sobre hermenêutica baseada numa hermenêutica ontológica. A ontologia, como se sabe, visa o estudo do ser, da essência desse ser<sup>30</sup>. Assim, para Heidegger a hermenêutica envolve o ser e sua percepção no mundo, isto é, a interpretação envolve uma questão existencial, de onde o ser retira sua experiência para dar sentido às coisas. Desse modo, Heidegger entende que para interpretar deve haver uma prévia compreensão do objeto e a partir desse conhecimento é que se faz a interpretação<sup>31</sup>.

Assim, utilizando-se da lição de José Ferrater, Heidegger assevera que a hermenêutica é uma forma de pensar todos os significados que podem ser extraídos de um fenômeno (ou de tudo o que foi dito) de modo original, aplicando-se de uma teoria e uma metodologia para se alcançar essa forma de pensar.<sup>32</sup>

Outro autor importante para a hermenêutica no campo filosófico é Hans Georg Gadamer. Gadamer trouxe uma nova perspectiva para a hermenêutica no campo filosófico, pois tratou da hermenêutica como algo que supera o sentido da palavra em si, isto é, o significado que se produz com o texto, o contexto que as palavras assumem dentro de determinado texto, tendo em vista o contexto proposto, irão produzir um significado diferente daquele observado quando se considera a palavra unicamente.

Desse modo, vê-se que para Gadamer a hermenêutica envolve um conjunto de condições que irão influenciar na compreensão de determinada questão. Não se toma um objeto de forma isolada, mas considera-se todo o entorno daquele objeto, há uma visão relacional.<sup>33</sup> Ressalte-se que essa separação entre palavra e texto, na qual a primeira assume um sentido, enquanto a outra conversa um significado, assim, a compreender a palavra requer compreender, também,

---

<sup>28</sup> SILVA, Maria Luísa. *Hermenêutica Filosófica: Metodologia e apresentação de um percurso temático*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Março, 2015. p. 38. *Ebook*. Disponível em: <https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/54513>. Acesso: 21 nov. 2022.

<sup>29</sup> MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 332.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 528.

<sup>31</sup> IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e hermenêutica jurídica*. – São Paulo: Saraiva, 2017. *Ebook*.

<sup>32</sup> MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 332-333.

<sup>33</sup> *Ibidem*. p. 333.

o contexto no qual ela está inserida, bem como a linha histórica na qual o contexto está, isto é, é necessário também conhecer o tempo em que o texto foi formulado. Com isso, a linguagem é um instrumento para expor ideias, mas que deverá considerar também o tempo histórico no qual aquelas ideias foram formuladas.<sup>34</sup>

Portanto, tem-se que a hermenêutica, no campo filosófico, assumiu variadas concepções com diversos autores<sup>35</sup>. As formas de se compreender o que hermenêutica vão muito além de se associar a hermenêutica com a simples interpretação de um determinado texto. Não se restringe a interpretar uma palavra e não se considerar a relação entre o sujeito e objeto, isto é, entre o intérprete e sua experiência na realidade, bem como deve-se considerar o contexto ao qual está inserida as palavras a serem interpretadas, não somente o contexto textual, mas o contexto histórico no qual determinado escrito ou dizer foi produzido, pois, de fato, possui uma carga axiológica fortemente ligada à cultura de uma sociedade e com essa influencia a visão do intérprete.

## 1.2 Hermenêutica jurídica

Partindo-se da célebre lição de Carlos Maximiliano em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”<sup>36</sup>. Desse modo, é possível entender que a hermenêutica jurídica não se resume a mera explicação ou esclarecimento de algo, vale dizer, não pode ser confundida com simples interpretação.

Nas palavras de Rubens Limongi França: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais”<sup>37</sup>, logo, evidente que a hermenêutica jurídica não consiste apenas em aplicar as regras, como bem lembrou Carlos Maximiliano, a hermenêutica jurídica para estabelecer os parâmetros a serem utilizados na interpretação busca auxílio na Filosofia Jurídica<sup>38</sup>, o que se pretende dizer é que a

---

<sup>34</sup> IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017. *Ebook*.

<sup>35</sup> Aqui, buscou-se tratar de uma breve (e selecionada) história da hermenêutica afim de contemplar uma evolução do conceito a partir de alguns autores-chaves, tendo suas definições como subsídios para se compreender o fenômeno da hermenêutica e seu conteúdo.

<sup>36</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1.

<sup>37</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 19.

<sup>38</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

hermenêutica jurídica fornece conceitos, questões abstratas a serem consideradas no momento da interpretação do Direito, mas com essa não se confunde.

Entretanto, em que pese existirem autores que advogam pela diferenciação, como assevera Jorge Lobo<sup>39</sup>, a grande parte dos autores não fazem tal distinção entre a hermenêutica e interpretação. Miguel Reale, por exemplo, em seu célebre livro *Lições Preliminares de Direito*, não promove nenhuma distinção entre hermenêutica e interpretação, entendendo-as como sinônimo<sup>40</sup>. Em que pese, ser evidente que não estar pacificado o entendimento acerca de serem sinônimos ambos os termos, segue-se, aqui, o entendimento de que há, sim, diferenciação entre hermenêutica e interpretação, pois, utilizando-se da lição de Luís Fernando Coelho, a hermenêutica é o direito que está presente nas leis, vale dizer, é ciência que tem como elementos técnicos a interpretação e a aplicação do Direito<sup>41</sup>.

Corroborando, ainda, o entendimento de separação entre a ciência da hermenêutica e a técnica da interpretação a definição de hermenêutica trazida por Coelho:

Assim, podemos situar epistemologicamente a hermenêutica como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico.<sup>42</sup>

Desse modo, pode-se concluir que se deve desassociar a hermenêutica da interpretação, bem como da aplicação do direito. Isso ocorre porque a hermenêutica irá analisar o conteúdo, o significado e a finalidade constantes na norma jurídica, o fará sob o prisma dos princípios que regem a ciência do Direito, diferentemente da interpretação que, como técnica que é, irá buscar esclarecer a norma a partir desses princípios científicos, assim como, a aplicação do direito será feita a partir da adaptação da dogmática ao caso concreto em análise pelo intérprete.

### 1.2.1 As escolas hermenêuticas

---

<sup>39</sup> LOBO, Jorge. *Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, abr./jun. 2019. p. 126. Disponível em: [https://www.mptj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge\\_Lobo.pdf](https://www.mptj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge_Lobo.pdf). Acesso em: 21 nov. 2022.

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>41</sup> COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis – 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 178

<sup>42</sup> *Ibidem*. p. 178

A hermenêutica, como já mencionado, busca evidenciar os aspectos teóricos que orientam a interpretação do jurista para a análise do caso concreto, em termos mais precisos, é o estudo hermenêutico, a ciência hermenêutica que irá delinear o objetivo do ato de interpretar. Essa preponderância da hermenêutica sobre a interpretação é percebida, inclusive, na seguinte afirmação de Luís Fernando Coelho: “(...) a hermenêutica jurídica estuda os fins da interpretação das normas jurídicas e estabelece as regras a serem seguidas para que a interpretação se realize de acordo com aqueles fins”.<sup>43</sup>

As classificações acerca das escolas hermenêuticas são variadas. Os autores não mantêm uma categorização fechada, alguns definem apenas as escolas hermenêuticas, enquanto outros fazem primeiro uma divisão macro para, somente depois, fazerem uma subdivisão mais precisa das escolas hermenêuticas. Esse é o caso de Luís Fernando Coelho que primeiro divide as escolas em dois grandes grupos: dogmática e zetéticas e depois as subdivide em outras escolas hermenêuticas mais específicas.<sup>44</sup> De outro modo, Limongi França divide as escolas hermenêuticas em três categorias, as quais ele intitula de sistemas.<sup>45</sup> Igualmente o faz Miguel Reale que uma classificação similar àquela proposta por Limongi França, mas que busca efetuar outras divisões. O autor não se refere, terminologicamente, às escolas propriamente dita, e sim à interpretação, exceto quando da escola da Livre Pesquisa do Direito, a qual utiliza, expressamente, do termo escola.<sup>46</sup>

De plano, pode-se constatar que a tarefa de estabelecer as escolas hermenêuticas não é a mais simples de se fazer, contudo para os fins do presente trabalho utilizar-se-á uma categorização das escolas que permita, ao mesmo tempo, conhecer, ainda que sinteticamente, as principais teorias encontradas nas escolas hermenêuticas, fazendo uma breve digressão acerca dos conteúdos encontrados nessas teorias. Assim, o intuito é de apresentar as escolas hermenêuticas em caráter geral, não tendo a pretensão de aprofundar nem quantitativamente, nem qualitativamente, isto é, não se pretende aprofundar nas idiosincrasias de cada escola. Por fim, pretende-se, ainda, expor o pensamento de dois autores em específico, Hans Kelsen e Ronald Dworkin, de forma a complementar essa visão acerca da hermenêutica jurídica.

---

<sup>43</sup> Ibidem. p.181

<sup>44</sup> Ibidem. p. 192 a 200

<sup>45</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27 a 31

<sup>46</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 119 a 127.

A variedade de escolas hermenêuticas e de autores que escrevem sobre tal dificulta estabelecer com precisão quais seriam as escolas hermenêuticas no âmbito da ciência jurídica. Ao analisar a obra de Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, o autor divide as escolas hermenêuticas<sup>47</sup> em escola da Exegese, Escola Histórica de Savigny, Escola dos Pandectistas, Escola da Livre Pesquisa do Direito e do Direito Livre.<sup>48</sup> Rubens Limongi França segue diretriz semelhante a de Reale ao dispor como escolas hermenêuticas o sistema dogmático, sistema histórico-evolutivo e o sistema da livre-pesquisa<sup>49</sup> Luís Fernando Coelho, por outro lado, divide as teorias hermenêuticas em dois grupos, os quais ele chama de orientação: dogmática e zetética<sup>50</sup> aplicando, a partir daí, uma subdivisão dessas orientações em outras orientações, por fim, o autor dispõe as escolas hermenêuticas, de forma simplificada, em: dogmática, teleológica<sup>51</sup>, sociológica e realista<sup>52</sup>.

No presente trabalho, como já mencionado. A intenção é de expor, apenas, tais escolas, não se pretendendo fazer uma análise pormenorizada das escolas. Sendo assim, com a finalidade de trazer os principais elementos dessas escolas hermenêuticas, buscar-se-á expor aqui uma mescla dessas abordagens para tratar dessas escolas. Contudo, utilizar-se-á da divisão simplificada feita por Luís Fernando Coelho, tendo em vista sua didática, acrescentando-se a escola histórico-evolutiva.

### **1.2.1.1 Escola hermenêutica dogmática (ou da exegese)**

A primeira teoria é a exegetica, muito conhecida no meio jurídico por ser, em apertada síntese, aquela que compreende a interpretação como uma simples expressão do que está escrito, ou seja, é o que está escrito na legislação pátria, seja uma norma constitucional, infraconstitucional, ou, até mesmo, infralegal. Assim, o intérprete da norma realiza a interpretação da norma de acordo com aquilo que está escrito atendo-se a literalidade do texto legal.

---

<sup>47</sup> No caso, Reale por não estabelecer diferenciação entre hermenêutica e interpretação (como se pode constatar no título do capítulo XXI, da obra em destaque), refere-se a essas escolas dentro dos sistemas de interpretação, em que pese demonstrar o conteúdo referente a atuação de cada escola.

<sup>48</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 119 a 127.

<sup>49</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 27 a 31

<sup>50</sup> COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 192.

<sup>51</sup> Aqui, acrescentar-se-á a Escola da Livre Pesquisa do Direito, por se entender ser uma escola, eminentemente, teleológica.

<sup>52</sup> *Ibidem*. p. 197.



A escola da exegese tem sua influência no juspositivismo do século XIX, significa dizer que a ideia presente no juspositivismo de que a lei positivada era o único meio para se alcançar as soluções para as contendas que aparecessem. Assim, todas as possibilidades para solucionar determinado caso já estariam previstas na lei, o que levaria o intérprete a ser um mero reproduzidor do que estava escrito.

Segundo Reale, a interpretação nessa teoria era realizada sob dois ângulos distintos. O primeiro era a análise literal ou gramatical, ou seja, fazia-se o exame da lei sob o prisma gramatical apenas, o significado das palavras presentes no texto legal devia ser averiguado até se alcançar o sentido estrito do vocábulo analisado. O segundo ângulo é o lógico-sistemático que pretendia dizer que o artigo da lei deveria ser interpretado com vistas a respeitar sua posição dentro da sistemática do texto legal, isto é, dever-se-ia observar em qual título e/ou capítulo se encontra o artigo para poder ser realizada a interpretação, pois não bastava o intérprete encontrar o significado da palavra, precisava, ainda, interpretá-la segundo a sistemática do texto legal.<sup>53</sup>

Nas palavras de Reale, “a lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical”<sup>54</sup>. Em outras palavras, a interpretação está restrita a letra da lei, devendo o intérprete analisar apenas aquilo que foi escrito e extrair dos vocábulos o seu sentido denotativo. Não caberia ao intérprete analisar o texto como um todo, muito menos o contexto em que se insere a norma investigada, estava limitado ao conteúdo escrito.

Nesse sentido, essa teoria sustentava que a vontade do legislador havia sido expressa nas exatas palavras presente na lei. Desse modo, interpretar corretamente o diploma legal envolveria um simples exercício de identificação do significado dos vocábulos sem precisar o intérprete analisar outras condições, como as tradições por exemplo. Manter-se fiel ao que está escrito é, portanto, uma forma de seguir a vontade da maioria que foi estabelecida de forma democrática.

Ainda de acordo com Miguel Reale, alguns adeptos da escola exegética advogavam pela distinção entre a interpretação gramatical e a lógico-sistemática, sendo a interpretação literal

---

<sup>53</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito – 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120.

<sup>54</sup> Ibidem. p. 120.

responsável por encontrar o verdadeiro sentido das palavras e, por consequência, significado dentro da parte do texto legal onde se encontra. Por outro lado, a interpretação sistemática seria apenas para dirimir possíveis questões que ainda permanecessem nebulosas após a interpretação, em outras palavras, “para elucidar dúvidas possivelmente ainda existentes, após a exegese gramatical e lógica”<sup>55</sup>.

Sendo assim, é evidente que a interpretação está restrita aos ditames da lei, não existindo outra forma de se interpretar o direito, nas situações mais críticas poder-se-ia recorrer a uma análise do significado literal da palavra junto à sua posição dentro do texto legal. Como ensina Coelho, cabe ao hermeneuta alocar os fatos às regras previstas na lei.<sup>56</sup> No mesmo sentido, Limongi França usa uma citação de Laurent que define o intérprete como escravo da lei<sup>57</sup>, assim, compete ao jurista utilizar-se apenas do que é oferecido pela Lei, seja por uma análise gramatical, seja agregando a essa análise literal, uma análise lógica e, após, sistemática. Portanto, a escola da exegese tem como objeto a análise do que está escrito e sua aplicação literal como vontade expressa do legislador para solucionar o caso concreto.

### **1.2.1.2 Escola hermenêutica histórico-evolutiva**

A lei como única fonte possível de fazer Direito tornou-se, como visto, marca da escola da exegese. De outro modo, para alguns cientistas do Direito, resumir a legislação aos vocábulos presentes na lei, sem nenhuma outra forma de interpretação seria manter o Direito sob às amarras do texto legal, o que não seria a forma correta de se operar o Direito. Assim, uma das primeiras escolas hermenêuticas a romper, de certa forma, com essa visão é a escola histórico-evolutiva.

A escola histórica tem como um dos seus principais expoentes Savigny que, dentre outros grandes nomes do historicismo jurídico pregavam que a interpretação deveria seguir uma análise acerca do processo histórico vivido por determinada sociedade, isto é, dever-se-ia observar tanto as relações históricas, quanto as mudanças sociais existentes dentro daquela

---

<sup>55</sup> Ibidem. p. 120.

<sup>56</sup> COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 192

<sup>57</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27-28.

comunidade para que se pudesse dar sentido ao texto legal. Logo, não basta interpretar a lei *ipsis litteris*, deve-se examinar o contexto social de sua criação.

Movimento semelhante que é enquadrado por Miguel Reale dentro da escola histórico-evolutiva é a escola dos pandectistas. O termo pandectistas, segundo Reale, dá-se por terem os juristas alemães, que fundaram essa escola, tentado remontar aos ideais do Digesto. Em que pese os pandectistas terem também apego aos ditames da lei, não se restringiam à letra fria da lei, utilizando-se dos usos e costumes, promovendo uma interpretação mais extensiva da lei.<sup>58</sup>

Assim, ao examinar o texto legal e verificar que o sentido histórico dado pelo legislador visava atingir um objetivo, mas que, no momento em que se faz a interpretação, cabe a adotar outro propósito à lei, pode o juiz fazer predominar esse novo objetivo, caso o texto legal admita ambas interpretações.<sup>59</sup>

Para além da escola pandectista, a escola histórico-evolutiva buscava afastar-se dos desígnios da lei, muito embora, não se afastasse totalmente deles. A realidade histórica acaba por exercer influência nos textos legais o que promove uma interpretação inclinada a se compreender tanto as relações históricas quanto aos preceitos historicamente formulados, tendo-se que correlacionar, assim norma e espaço-temporal histórico.<sup>60</sup> Reale afirma que na escola histórico-evolutiva não cabe ao intérprete criar, nem desrespeitar à lei e, mesmo que a interpretação desse contornos extensivos à lei, havia limites.<sup>61</sup>

### 1.2.1.3 Escola hermenêutica sociológica

Um novo enfoque surgiu sobre a hermenêutica jurídica quando se passou a incorporar as questões empíricas às normas legais, ou seja, a análise do texto legal não demandava mais apenas uma leitura fria da lei, mas sim um exame apurado dos fatos e sua relação com o texto legal para que se pudesse alcançar uma solução mais próxima da realidade, solucionando o caso em questão.

---

<sup>58</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 122.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica. 9ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

<sup>61</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 122.

O jurista Léon Duguit foi um dos representantes da escola sociológica, tendo sido influenciado pelos sociólogos Max Weber e Émile Durkheim. Para o jurista, o fato social seria fator determinante para se inferir qual seria o verdadeiro mandamento emanado pelo texto legal, isto é, o que se deve buscar com o Direito é justiça como um elemento da realidade e não apenas em seu significado abstrato.<sup>62</sup>

Desse modo, a justiça como mero conteúdo axiomático que não leva em considerações os fatos sociais não deve prevalecer no Direito. Assim, as normas jurídicas são resultado de uma observação da realidade que demonstra a necessidade de se produzir normatividade para aquelas situações empíricas que não possuem previsão legal.

Em apertada síntese, a escola sociológica visa utilizar-se do plano prático, do empirismo para se alcançar a solução do caso concreto, não sendo relevante o texto da norma jurídica, nem a intenção do legislador em relação a norma. Os fatos sociais servirão como elementos necessários para se interpretar a norma.

#### **1.2.1.4 Escola hermenêutica teleológica e a escola da livre pesquisa do direito**

Outro enfoque singular dado à hermenêutica jurídica surgiu com a escola teleológica. Nesse momento, a hermenêutica do Direito passava a ter foco na finalidade da Lei. Rudolf Von Ihering foi um dos primeiros a trazer essa visão finalística para interpretar-se as leis. Ihering possuía a mesma visão de Duguit acerca da aplicação das normas jurídicas, isto é, dever-se-ia observar os fatos para se chegar a uma solução prática para o caso.<sup>63</sup>

Sendo assim, a norma jurídica não deve ser limitada ao seu texto legal, deve-se buscar uma finalidade prática para a norma jurídica. Assim, a norma não é o elemento último a ser observado, mas sim uma referência inicial para se alcançar o resultado final, isto é, parte-se da norma jurídica, mas empregando a ela o sentido necessário para se alcançar um resultado final que esteja de acordo com a realidade social.

---

<sup>62</sup> MAZZOTTI, Marcelo. As escolas hermenêuticas os métodos de interpretação da lei. Baurueri, SP: Minha Editora, 2010. p. 77-78

<sup>63</sup> Ibidem. p.72

Com isso, os dados empíricos coletados no seio da sociedade irão determinar qual o objetivo a ser alcançado pelo direito, isto é, a interpretação do direito a ser operada nessa escola hermenêutica é aquela que procura alcançar uma finalidade do Direito em prol da sociedade, vale dizer, visa garantir o equilíbrio da vida em comunidade. É nesse sentido que Ihering irá tratar da finalidade do direito, como uma forma de manter a coesão social a partir dos interesses individuais.

O autor Luís Fernando Coelho, ao falar da concepção de Ihering de interpretação teleológica, irá destacar que para este jurista o fim do direito está relacionado a proteção de interesses ligados à alcançar o regozijo e afastar os dissabores, assim, os interesses sociais assumiriam um caráter social.<sup>64</sup> Tratando da compreensão finalística do direito para Ihering, Coelho diz que:

(...) o ponto de partida para a elaboração das leis está nas situações reais da vida; estas ocupam importante lugar na sua teoria e envolve não somente os aspectos físicos e materiais da vida, como também os aspectos subjetivos, imateriais e ideais, os quais constituem objeto de luta da humanidade, configurando-se como honra, paz, liberdade, educação, religião, amor às artes e à ciência.<sup>65</sup>

Por fim, Coelho, ao arrematar sobre a visão de Ihering, informa que o Direito é um instrumento para se alcançar a um objetivo, assim, afirma que na escola teleológica para se compreender a lei deve-se ter conhecimento das situações reais, estando o significado da lei, invariavelmente, atrelado ao cenário social em que o diploma legal foi erigido, portanto, a interpretação da lei irá depender da conjuntura de cada caso.<sup>66</sup>

A escola teleológica abriu portas para que outros pensamentos pudessem surgir. Ihering influenciou, mesmo que indiretamente, outros juristas a analisarem a hermenêutica jurídica sob um novo prisma não antes explorado. Nesse sentido, surge a Escola da Livre Pesquisa do Direito (*libre recherche*), que possuía como principal expoente François Gény, seu criador, que, nas palavras de Miguel Reale, foi um conciliador da escola exegetica com as necessidades surgidas na sociedade contemporânea.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 243.

<sup>65</sup> *Ibidem*. p. 243.

<sup>66</sup> *Ibidem*. p. 244.

<sup>67</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 122.

Em apertada síntese, a escola da Livre Pesquisa do Direito tem como objetivo ultrapassar a visão da escola dogmática da lei como fonte principal de averiguação da existência do direito. Assim, a formulação proposta por Gény utiliza-se também dos fatos sociais para se chegar a solução do litígio em questão. Conforme afirma Reale, as leis servirão como limites para a verificação do direito no caso concreto.<sup>68</sup>

Desse modo, a livre investigação se daria a partir do momento em que o intérprete estivesse a frente de um caso concreto no qual a norma não contemplaria uma solução na hipótese, assim, a partir dessa lacuna caberia ao jurista buscar uma resposta para amoldar-se ao caso concreto. Segundo informa Coelho, Gény tinha enfoques distintos, um era voltado para ciência, o outro para técnica; era o que o autor tratava como o dado e o construído. O dado está presente na realidade social são fatos sociais com os quais irá o jurista atuar e aplicar sua técnica, daí surgir o construído, que é a aplicação do jurista da sua técnica às realidades sociais, não se limitando às técnicas legislativa, literal e doutrinária<sup>69</sup>. Importante destacar que o dado será um conjunto de realidades normativas (morais ou econômicas)<sup>70</sup> irão definir o comportamento humano, isto é, são realidades que irão direcionar aplicação da técnica pelo jurista.

Conclui-se que a proposta trazida por Gény através da Escola da Livre Pesquisa do Direito é de que o intérprete ao buscar a solução para o caso concreto deverá observar a realidade normativa, cientificando-se dos dados fornecidos e aplicando ao caso sua técnica. Desta forma, o direito estará mais próximo de atender a realidade social que está em constante mutação, não se podendo olvidar que essa autonomia não é absoluta, o intérprete deve observar a norma positivada, de modo que irá limitar sua atuação às balizas legais.

### **1.2.1.5 Escola hermenêutica realista**

Em linhas gerais, a escola realista entende que o direito exsurge da realidade fática, isto é, o direito provém da vida real e não dos princípios, das leis ou das noções ontológicas, não está concebido sob uma perspectiva axiomática, mas sim de acordo com fatos históricos e sociais.

---

<sup>68</sup> Ibidem. p.123.

<sup>69</sup> COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 251.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 249.

Nesse sentido, de grande valia para a conceituação da escola realista é a lição de Luís Fernando Coelho que diz:

Denomino zetética realista à pesquisa jurídica voltada para o conteúdo das leis, mas enfatizando o aspecto realidade; ou seja, o ponto de partida é o direito tal como se apresenta no universo fenomênico; não se trata de identificá-lo nos princípios, nem na legislação, nem em noções metafísicas de fins e valores - justiça e direito natural - mas descobrir os fatores da realidade histórico-social que estão na base dessas noções.<sup>71</sup>

Coelho ainda divide a escola hermenêutica realista em três outros grupos<sup>72</sup>, os quais não irá se desenvolver aqui, por não ser o objetivo do presente trabalho. O que se pretende demonstrar aqui é não existir, na escola realista, uma preocupação com a questão do valor. Não se busca valor na norma, ou em princípios como se observa nas outras escolas hermenêuticas, tampouco se busca contemplar questões metafísicas como o sentido de justiça, o objetivo é, claramente, ater-se às questões fáticas e históricas. As condições da realidade irão determinar o processo de interpretação do jurista e, conseqüentemente, fornecer uma solução ao caso concreto.

Vencida essa breve digressão acerca das escolas hermenêuticas, a qual, se pretendeu apenas realizar a apresentação de suas principais ideias, do mesmo modo, apresentar-se-á agora as concepções provindas de dois grandes juristas Hans Kelsen e Ronald Dworkin, que em seus respectivos tempos. Novamente, o objetivo é apresentar, de forma sucinta, a forma como ambos os juristas entendiam que deveria de ocorrer a interpretação da lei.

### **1.2.2 A pureza da ciência do direito de Hans Kelsen**

Preliminarmente, cabe ressaltar que a concepção de interpretação de Kelsen a ser aqui analisada é aquela oriunda de sua obra *A Teoria Pura do Direito*, na qual Kelsen explicita seu entendimento acerca da interpretação jurídica. A interpretação do Direito para Hans Kelsen não pode ser limitada a uma resposta correta derivada da literalidade da norma jurídica, como ocorre com o Direito positivado e como é comumente associado. Em sua obra, *A Teoria Pura do Direito*, a interpretação do Direito se desenvolve a partir de uma concepção de Kelsen de que a

---

<sup>71</sup> Ibidem. p. 272.

<sup>72</sup> Luís Fernando Coelho faz uma subclassificação da seguinte forma: realismo psicológico; realismo linguístico; realismo cultural.

norma jurídica não pode reter todos os significados possíveis, isto é, a norma quando criada não poderá conter todas as possibilidades de solução para os casos concretos que surgem na realidade.

Kelsen afirma que na relação entre uma norma superior e uma norma inferior, embora haja as disposições escritas e, até mesmo, um detalhamento presente na norma, há uma margem para interpretar o Direito pelo intérprete, ou seja, a norma jurídica não contempla todos os significados possíveis a serem aplicados no caso concreto. Ocorre que a norma superior atua como um limitador para a interpretação da norma inferior, vale dizer, o intérprete irá examinar a norma inferior a partir dos limites impostos pela norma superior; é o que Kelsen chama de indeterminação na aplicação do Direito.

Para Kelsen a indeterminação da aplicação do Direito pode ser intencional ou não intencional. A indeterminação intencional é aquela que provém da intenção do próprio órgão que criou a norma a ser aplicada, assim, o órgão que estabeleceu determinada norma, intencionalmente, deixa a cargo do intérprete da norma, ou da autoridade a qual a norma é direcionada para definir quais procedimentos a serem adotados para o caso em questão. A indeterminação não-intencional surge quando há diversos significados para uma palavra ou uma série de palavras, isto é, não há apenas um único sentido a ser aplicado pela autoridade a determinada palavra a partir da literalidade do texto da norma. Em outras palavras, o sentido do vernáculo na norma não é homogêneo, mas não por que assim entendeu o legislador, nesse caso, não há de fato a intencionalidade do legislador em deixar para aquele que executa a tarefa determinar o sentido do vocábulo; porém, a plurissignificação da palavra acaba por promover essa não intencionalidade do legislador quanto a interpretação de uma palavra específica.

Desse modo, para Kelsen, a interpretação da norma segue uma orientação lógica, qual seja, a de que a norma inferior deverá respeitar os limites impostos pela superior, vale dizer, a interpretação implementada pelo intérprete da norma acerca de uma norma de menor importância no ordenamento jurídico deverá respeitar os limites impostos pela norma de maior importância jurídica. A título de exemplo, imagine-se uma norma infraconstitucional, como, por exemplo, uma lei ordinária que trata sobre determinado direito, essa norma deve respeitar os limites impostos pela Constituição, da mesma forma, deve o intérprete da norma, ao interpretar essa mesma lei, ater-se aos limites delineados pela Carta Magna.



Outro ponto ser destacado na teoria interpretativa de Kelsen é a questão quanto àquele que interpreta e aplica a norma. Kelsen destaca existir duas posições de intérpretes distintas para a interpretação e aplicação do direito. A primeira é aquela advinda do próprio criador da norma jurídica, ou daquele que profere uma sentença judicial ou um ato administrativo. Nesse caso, a interpretação da norma é autêntica, pois quem a realiza é o órgão apto a fazer tal interpretação, ou seja, aquele órgão que cria a norma, ou aquele órgão administrativo que edita norma inferior, como um regulamento baseado em uma lei, está realizando uma interpretação autêntica do direito. O mesmo ocorre quando o juiz ao proferir uma sentença judicial interpreta a norma em determinado sentido, sua interpretação amolda-se no sentido de ser uma interpretação autêntica, pois, de acordo com Kelsen, a interpretação autêntica é aquela derivada de órgão público, a saber, o órgão que cria o Direito, ou o órgão que aplica o Direito.

Outro tipo de intérprete da norma é aquele a quem a norma se destina, ou seja, ao indivíduo, ao particular. Esses também, segundo Kelsen, realizam interpretação da norma em busca de observar e praticar determinada conduta que impede que certa sanção seja aplicada a ele. Sendo assim, para executar tal conduta que evita a aplicação de uma sanção contra si, o indivíduo deve compreender a norma jurídica para que possa executar a conduta devida. De fato, o particular, torna-se, também, intérprete da norma jurídica. Além do particular, os juristas também interpretam a norma jurídica. Nesse caso, Kelsen diz que a Ciência Jurídica também interpreta a norma, uma vez que, ao tratar a respeito do Direito irá emitir uma interpretação acerca da norma em questão. Em ambos os casos, afirma, Kelsen, que a interpretação realizada será não autêntica, já que realizada por particulares e não por um órgão jurídico.

Portanto, cabe ressaltar que para Kelsen a interpretação da norma jurídica terá uma interpretação autêntica e uma interpretação não autêntica, ficando a interpretação autêntica a cargo do órgão que cria ou aplica o Direito, enquanto que a interpretação não autêntica será aquela realizada por particulares. Desse modo, a interpretação também terá a característica de ser intencional ou não intencional, quando a interpretação será oriunda de uma margem interpretativa determinada pelo próprio órgão de criação do Direito ou não intencional, quando a interpretação será necessária devido a ampla gama de significados que uma palavra pode ter.

Por último, cabe ressaltar, por ser de suma importância na exposição kelsiana, a necessidade de se observar que a interpretação da norma deve estar adequada aos limites impostos pela norma superior. Kelsen assevera que esses limites são uma espécie de moldura

que possibilita existir diversos tipos de interpretação que proporcionarão diversas interpretações, assim, afirma que essas variadas interpretações produzirão soluções diversas para os casos em análise, não um só resultado, imutável. Dessa forma, mesmo quando a norma jurídica é aquela que ocupa o mais alto grau hierárquico dentro do ordenamento jurídico, o intérprete da norma deve ater-se aos limites impostos pela norma maior, não cabendo ao intérprete ultrapassar os limites delineados pela norma superior, seja em uma interpretação direta desta norma, seja ao interpretar uma norma inferior em cotejo a uma norma superior. No mesmo sentido, acontece quando o intérprete está a interpretar o caso concreto em face de uma norma jurídica qualquer, os limites impostos pela norma devem ser observados, ainda que diversas soluções possam ser dadas.

Enfim, ainda que se possa extrair diversas acepções acerca da norma e, com isso, encontrar mais de uma solução para um caso concreto, deve o intérprete ao examinar a norma jurídica conceder uma resposta para o caso que esteja adequada aos limites impostos pela norma, pela moldura que orienta a aplicação do Direito, de acordo com o caso. Destarte, como bem aponta Lenio Streck, Kelsen não está a advogar pela interpretação da lei unicamente, não há interpretação pura da lei, a pureza é da Ciência do Direito.<sup>73</sup>

### **1.2.3 A teoria liberal do direito de Dworkin**

Inicialmente, cumpre destacar que a análise aqui realizada acerca da interpretação do Direito para Ronald Dworkin, limita-se as formulações realizadas por esse autor em sua obra *Levando os direitos a sério*. A razão para tal escolha é simples, nessa obra Dworkin busca criar balizas a respeito do Direito, no sentido de demonstrar como a sua aplicação deve ser orientada tendo-se em vista as mais diversificadas perspectivas dentro da sociedade, como por exemplo, o legislador, o juiz e o indivíduo. Nessa obra, Dworkin também buscará definir e defender uma teoria liberal do direito, a qual, segundo o autor, se contrapõe ao que ele chama de teoria dominante do direito.

Nesse sentido, Dworkin afirma que a teoria dominante do direito se divide em duas partes, as quais para a própria teoria dominante do direito são independentes entre si. A primeira parte

---

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 19.

é aquela que define o direito, ou seja, o que é o direito. Essa teoria é indicada por Dworkin como a teoria do positivismo jurídico, a qual se estabelece “as condições necessárias e suficiente para a verdade de uma proposição”<sup>74</sup>, são, portanto, fatos concernentes às regras aplicadas por instituições sociais próprias<sup>75</sup>.

Por outro lado, outra teoria trazida por Dworkin que está associada a teoria dominante do direito e que, por isso, a integra é a teoria referente a como “o direito deve ser e como as instituições jurídicas devem se comportar”<sup>76</sup>. Essa teoria é a teoria do utilitarismo. De acordo com Dworkin, essa teoria defende que o Direito e suas entidades devem buscar apenas o bem-estar de todos e nada mais.

A concepção de direito trazida por Dworkin, em sua teoria liberal do direito, tem como escopo uma teoria geral que entenda o Direito de maneira normativa, mas também conceitual. A parte normativa dessa teoria geral absorveria a teoria da legislação, a teoria da decisão judicial e a teoria da observância da lei. Assim, a normatividade alcança, ao mesmo tempo, diversos níveis de compreensão e, por consequência, poderia se dizer, a aplicação do direito. Isso porque, a normatividade do Direito assume concepções diversas, uma vez que os pontos de vistas advindos de sujeitos sociais diversos, como é o caso do legislador, do juiz e do cidadão comum, serão, por óbvio, distintos. Desse modo, visões diferentes acarretarão formas de compreensão e, conseqüentemente, de interpretação do Direito diferentes.

Aqui, cumpre esclarecer, sinteticamente, o que entende Dworkin por ser essas teorias acerca da normatividade da teoria geral do Direito. A teoria da legislação é aquela que contém a conjuntura necessária para que as normas jurídicas sejam elaboradas por determinado grupo ou por um indivíduo em particular; e a teoria legislativa, a qual informa quais tipos de leis esses grupos ou indivíduos estão autorizados ou obrigados a fazer. A teoria da decisão judicial deve conter a teoria da controvérsia e a teoria da jurisdição; a teoria da controvérsia informa os paradigmas a serem utilizados pelos juízes quando da decisão de casos difíceis, enquanto que a teoria da jurisdição esclarece o motivo e a ocasião em que os juízes devem decidir tendo como fundamento a teoria da controvérsia. A teoria da observância da lei incorpora a teoria do respeito à lei que irá definir as características e as limitações do dever do cidadão em obedecer à lei,

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes. São Paulo, 2002. P. VII.

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Ibidem. p. VIII.

além da teoria da execução da lei que deve identificar “os objetivos da aplicação e da punição e descreva como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infrações”<sup>77</sup>.

Essa categorização feita por Dworkin aborda o plano normativo intrínseco da norma jurídica, mas esta ainda possui uma parte conceitual para Dworkin. Esse caso ocorre quando para a compreensão do Direito deve-se levar em consideração os princípios fundamentais dentro de uma Constituição. Nesse sentido, a parte conceitual da teoria geral do Direito informa outros valores que devem ser observados no momento da compreensão do Direito e não apenas a imperatividade que exala da norma jurídica. De fato, para Dworkin, essa perspectiva conceitual irá interferir na compreensão do Direito, uma vez que servirá para verificar as possibilidades de aplicação da norma, isto é, a parte normativa estará ligada a questões puramente a questões morais e políticas e que impendem em uma aplicação mais determinista da norma jurídica, enquanto que a parte conceitual se encarrega de analisar a significação em torno da norma e de questões controvertidas.

Destaca-se, ainda, que para o autor a interpretação do Direito deverá comportar outras noções advindas da economia e da política, por exemplo, para que se possa extrair da norma jurídica uma interpretação mais condizente com a realidade e com as necessidades gerais e, por óbvio, com o bem-estar geral. Nessa toada, os direitos individuais para Dworkin são elementos fundamentais, ou como o próprio autor define, são “trunfos políticos” dos indivíduos. Desse modo, a exteriorização do Direito para Dworkin não leva em consideração apenas a norma jurídica *per se*, deve-se atentar, também, para o fato de que direitos podem surgir de uma decisão judicial ou práticas sociais expressas. Sendo assim, defende que as decisões judiciais que possuem como fundamento princípios são harmônicas com os princípios democráticos.

Portanto, pode-se concluir que a perspectiva da interpretação do Direito e, por que não, da hermenêutica jurídica para Dworkin, vai além da simples conformação com a norma. A norma estabelece parâmetros a serem analisados, mas não encerram ali todas formas possíveis de se reconhecer o direito, havendo princípios que balizem o direito, ou até mesmo práticas sociais inequívocas, seria admissível o reconhecimento do direito por meio de decisão judicial.

---

<sup>77</sup> Ibidem. p. IX.

Sendo assim, é elementar que a interpretação jurídica se comporta em uma parte da hermenêutica jurídica, não se encerrando apenas na interpretação como sinônimo de explicar ou dar sentido a um vocábulo dentro de um texto jurídico, como se afere na interpretação feita pela escola da exegese. A hermenêutica jurídica alcança limites maiores que necessitam de suporte principiológico, bem como de métodos para se concretizar uma adequada aplicação do Direito. Em síntese, o que se quer dizer é que a interpretação realizada de maneira sofisticada, isto é, utilizando-se de princípios (e métodos) possibilita a efetivação de uma hermenêutica jurídica adequada à aplicação do Direito e, conseqüentemente, a solução do caso concreto.

### 1.3 Interpretação e seus métodos

Diante da análise feita anteriormente, pode-se chegar à conclusão de que hermenêutica e interpretação não são sinônimos. Embora, a interpretação esteja inserida na hermenêutica, seja um procedimento a ser adotado, elas não se cruzam como elementos idênticos, ou seja, não podem ser entendidas como expressões semelhantes. Se a hermenêutica envolve um conjunto de elementos aptos a desenvolver uma interpretação, como por exemplo o contexto histórico, ela não pode ser reduzida a mera interpretação, pois interpretação pura não é.

Ao se buscar a palavra interpretar no dicionário tem-se que interpretar é explicar, esclarecer, ou mesmo, traduzir<sup>78</sup>, pode ser também atribuir valor, sentido, significação, ou seja, determinar o sentido de um texto<sup>79</sup>. Assim, interpretar tem a ver com dar um significado a determinada palavra, porém o procedimento de interpretar ao trazer um esclarecimento sobre determinado vocábulo estará mais adstrito ao conceito da palavra interpretada, em seu sentido denotativo, ou necessitará do intérprete caso possua um sentido conotativo.

A interpretação no direito envolve, portanto, encontrar um significado adequado para o caso concreto.<sup>80</sup> Assim, a interpretação deve estar em sintonia com a realidade, não se limitando, portanto, ao texto a ser analisado, bem como sem poder deixar de observar sua integridade. Vale dizer, a interpretação embora não possa se resumir a uma análise meramente literal do que está

---

<sup>78</sup> Interpretar. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2022. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/interpretar>. Último acesso: 17/05/2022.

<sup>79</sup> Interpretar. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/interpretar/>. Acesso em: 17/05/2022.

<sup>80</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

escrito, não pode deixar também de observar as palavras que estão presentes no texto, há de se unir texto e contexto.

Nesse sentido, o esforço interpretativo a ser feito por parte do hermeneuta, necessita de ferramentas para que se possa constituir em uma solução para os casos que estiverem em análise. Para isso, cabe ao intérprete utilizar-se de métodos que o permitam alcançar a finalidade última de seu ofício. Esses métodos de interpretação, os quais Luís Fernando Coelho denomina de “procedimentos interpretativos”.<sup>81</sup> Coelho classifica esses métodos quanto à extensão e quanto ao sujeito que efetua a interpretação.<sup>82</sup>

Do mesmo modo, Rubens Limongi França ao abordar em sua obra, *Hermenêutica Jurídica*, acerca das limitações que possui a lei para exprimir o direito corretamente, bem como trata relativamente à insuficiência de clareza e segurança existentes no texto legal, o que dificulta, segundo o autor, conhecer-se a verdadeira intenção do legislador<sup>83</sup>, e aponta três critérios para a classificação da interpretação no Direito. Sendo assim, Limongi França se vale dos critérios quanto ao agente, quanto à natureza e quanto à extensão.<sup>84</sup>

Assim, tendo-se em vista o propósito do presente trabalho, far-se-á uma breve apresentação de dois desses critérios utilizados por Limongi França para elucidar como ocorre a maneira de proceder na interpretação jurídica. O intuito é demonstrar as maneiras que se desenvolvem a interpretação jurídica. No caso, utilizar-se-á os critérios quanto à natureza e quanto à extensão. No que tange à extensão a interpretação pode ser declarativa, extensiva ou restritiva. A declarativa seria uma interpretação que visa revelar o espírito da lei. A extensiva é aquela que busca alargar o sentido presente na norma, enquanto que a restritiva pretende limitar o alcance de determinada expressão do texto legal. Quanto à natureza, Limongi França se utiliza da classificação clássica proposta por Savigny, de que a interpretação pode ser gramatical, lógica, histórica e sistemática. Entretanto, atualmente, tal classificação quanto à extensão parece ter sido suplantada por métodos mais elaborados.

---

<sup>81</sup> COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 203.

<sup>82</sup> *Ibid.* p. 206 e 207.

<sup>83</sup> Isso se se puder alcançar essa real intenção do legislador, o que não parecer ser algo simples de se chegar.

<sup>84</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 21.

Os métodos utilizados atualmente parecem delinear um novo direcionamento para a atividade interpretativa. Nesse ponto, utilizar-se-á da classificação encontrada em Paulo Gonet e Gilmar Mendes.<sup>85</sup> Os autores, influenciados pela doutrina alemã, apontam para a existência dos seguintes métodos interpretativos, atualmente utilizados: método da tópica, método científico-espiritual, método hermenêutico-concretizador, método jurídico-estruturante. Em apertada síntese, o método da tópica é aquele que busca uma solução a partir do problema, utilizando-se de regras e princípios constitucionais para o deslinde da questão. O método científico-espiritual traz uma flexibilidade para a Constituição, uma vez que a Constituição seria a representação cultural e dos valores de determinada sociedade. O método hermenêutico-concretizador é aquele o qual o intérprete necessita buscar uma solução a partir do texto constitucional, ou seja, tomando-se como base as normas prescritas na constituição, o intérprete irá intermediar o conteúdo do texto constitucional e o caso concreto, a fim de encontrar uma solução viável. Para o exercício desta forma de interpretação, Konrad Hesse afirmava ser necessário o uso dos princípios da interpretação constitucional. O método jurídico-estruturante informa que o intérprete não pode deixar de observar a realidade social, ou seja, a semântica do texto constitucional não pode ficar restrito ao texto normativo.

Assim, conclui-se que a interpretação será a forma de esclarecer determinada questão prática que se impõe ao hermeneuta. Os métodos para esclarecer o sentido da norma envolvem também outras questões, mais complexas do que simplesmente esclarecer o conteúdo de um texto legal, há de se observar os princípios, seja os constitucionais, seja os princípios gerais do Direito. Assim, evidente a diferença entre a hermenêutica, que possui uma preocupação com elementos diversos, como os princípios e a necessidade de aplica-los aos casos interpretativos, e a interpretação, que irá esclarecer as questões fáticas a partir da posição hermenêutica.

#### **1.4 Princípios de hermenêutica constitucional**

A interpretação elucida o comando normativo dado pelo texto legal, entretanto, necessita de elementos próprios que permitirão uma correta explicação da norma e aplicação do direito ao caso concreto. Esses elementos serão decisivos, inclusive, na aplicação dos métodos de interpretação que não poderão deixar de observar esses fundamentos da hermenêutica. No plano

---

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

constitucional, não é diferente, existem alicerces estruturantes de uma interpretação da norma constitucional a nortear a interpretação da norma constitucional.

Esses fundamentos axiomáticos são comumente denominados na doutrina de princípios de interpretação constitucional. Na lição de Celso Bastos, seriam, em verdade, postulados constitucionais que devem ser observados pelo intérprete antes mesmo de se iniciar a operação interpretativa, precedem, inclusive, ao próprio texto constitucional.<sup>86</sup> Ou seja, são pressupostos a serem considerados para que se efetive a interpretação adequada ao caso concreto.

Os princípios de hermenêutica constitucional trazem um amplo espectro axiológico para a consideração do direito constitucional e de sua normatividade. Nas palavras de Konrad Hesse “aos princípios da interpretação constitucional cabe a tarefa de orientar e dirigir o processo de relacionamento, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema”<sup>87</sup>. Entretanto, impõem, sobretudo, os limites para o intérprete quando da efetivação da interpretação constitucional.<sup>88</sup> A partir desses princípios é que se poderá aplicar o direito da forma mais condizente com os parâmetros constitucionalmente delineados. Ou seja, esses postulados, utilizando-se da expressão de Celso Bastos, são valores que devem ser observados pelo intérprete antes de efetuar a aplicação do direito, não podendo ser deixados de lado nem no momento inicial da fase interpretativa, tendo em vista seu caráter axiomático.

Os princípios constitucionais de interpretação surgem, de acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gonet, como consequência do método hermenêutico-concretizador delineado por Konrad Hesse. Hesse ao abordar a questão da interpretação constitucional irá tratar da concretização das normas constitucionais e, para tanto, afirma ser necessário observar-se os princípios de interpretação constitucional. Nesse sentido, Konrad Hesse, que identifica os seguintes princípios de interpretação constitucional: princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição.

---

<sup>86</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª edição, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002. p. 165.

<sup>87</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. *Ebook*. p. 214.

<sup>88</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª edição, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002. p. 171.



Por outro lado, tendo em vista o objetivo do presente estudo, utilizar-se-á a classificação proposta por Luís Roberto Barroso<sup>89</sup>, qual seja: princípio da supremacia da Constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, princípio da efetividade.

O princípio da supremacia da Constituição visa determinar a superioridade da Constituição a qualquer outro instrumento normativo presente no ordenamento jurídico de determinado Estado. A esse princípio pode-se atrelar a imagem da famosa pirâmide “kelseniana” cujo topo é habitado pela norma máxima de um Estado – a Constituição. Entretanto, conforme lembra Barroso, esse princípio somente se aplica quando a Constituição é rígida.<sup>90</sup>

Assim, a supremacia da constituição interfere no âmbito formal da produção das leis, ao passo que irá determinar a competência e as formalidades para a elaboração de normas infraconstitucionais e no âmbito material, na medida em que o conteúdo das normas precisam estar condizentes aos princípios e regras constitucionais.<sup>91</sup> A supremacia da Constituição, ainda segundo Barroso, contribui para a permanência e continuidade da norma constitucional.<sup>92</sup> Contribui, assim, para a segurança jurídica.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos Públicos informa que tanto as normas legais, quanto as normas infralegais sujeitam-se a superioridade da Constituição, devendo observar os preceitos que esta impõe em seu texto normativo. Sendo assim, partindo-se do entendimento que Poder Público, quaisquer de seus Poderes, ao produzirem uma norma ou ato público têm conhecimento dos preceitos constitucionais, irão produzir normas estritamente constitucionais, ou seja, em conformidade com a Constituição. Assim, a presunção de constitucionalidade se dá, porque presume-se que as normas legais e infralegais nascem em consonância com a Lei Fundamental, cabendo, no entanto, a comprovação do contrário, isto é, que as normas não se adequam aos limites constitucionais, por isso, se diz que a presunção é *juris tantum*, pois admite prova em contrário de sua

---

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação do Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª. ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>90</sup> Ibidem. p. 168.

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Ibidem.

constitucionalidade, o que promoverá a determinação da inconstitucionalidade da norma legal ou do ato público por flagrante contrariedade à Constituição.

O princípio da interpretação conforme à Constituição tem como objetivo compatibilizar a norma infraconstitucional à Constituição. Ao se promover a avaliação de uma norma legal ou infralegal, busca-se preservar a constitucionalidade da norma, ou seja, mantê-la válida dentro do ordenamento jurídico, visto que, uma possível retirada da norma do ordenamento jurídico pode vir a trazer prejuízos às relações jurídicas diversas que erigiram ao longo do período em que a norma estava vigendo. Assim, o que esse princípio busca é que uma lei não seja declarada nula, se ela pode ter uma interpretação válida à luz da Constituição.<sup>93</sup> Desse modo, permite-se um verdadeiro controle de constitucionalidade da norma, pois havendo dúvida quanto a validade da norma, ou quando houver mais de uma possibilidade de interpretação quer permita uma compatibilização entre a norma e a Constituição, dever-se-á declarar a constitucionalidade da norma, interpretando-se sempre em consonância com a Constituição.

O princípio da unidade da Constituição está afeto ao método sistemático de interpretação, vale dizer, por esse princípio deve se observar a Constituição de forma sistemática que permita ter uma compreensão do todo normativo existente na Lei Fundamental. Assim, ao se interpretar uma norma constitucional deve-se levar em conta todo o conjunto normativo existente na Carta Maior. Assim, não se pode examinar uma norma constitucional sem levar em consideração o sistema o qual ele integra.

Em primeiro plano, deve-se observar que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade está sendo associado como sinônimos pela literatura jurídica faz tempo, embora tenham diferenças sensíveis que exorbitam, por exemplo, ao fato de ser o princípio originário do direito norte-americano e o princípio da proporcionalidade oriundo do direito alemão. Contudo, não é objetivo do presente estudo interferir no campo das diferenças de peculiaridade desses princípios, motivo pelo qual, utilizar-se-á ambos como uníssonos, como é usualmente feito pela doutrina.

Assim, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade visa trazer parcimônia ao se aplicar o direito ao caso concreto. Busca-se uma adequação entre os meios utilizados e os fins

---

<sup>93</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. *Ebook*. p. 223.

a serem atingidos. Desse modo, esse princípio pretende evitar excessos na atividade interpretativa ao se aplicar a norma ao caso concreto. Isto é, para se alcançar um fim pretendido, deve-se utilizar meios que sejam adequados. A aplicação desse princípio envolve o manejo de outros três subprincípios, o subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em linhas gerais, a adequação implica que os meios usados devem se apropriados para se alcançar o fim desejado; a necessidade envolve ser a medida necessária para se alcançar o fim pretendido, ou seja, não pode haver medida menos gravosa do que aquela que será alcançada para se chegar ao mesmo resultado; a proporcionalidade em sentido estrito compreende o equilíbrio entre a medida adotada e o resultado pretendido, não podendo ser a medida mais danosa que o fim buscado.

Por fim, o princípio da efetividade ou máxima efetividade da Constituição pretende conferir uma maior eficácia à Constituição, isto é, as normas constitucionais devem ser aplicadas com efetividade não se podendo diminuir a força de seus artigos. Deve-se ler a norma constitucional concedendo-lhe efetividade a nível social, isto é, ao se aplicar uma norma deve haver a materialização da norma com maior eficácia no plano fático. É importante que seja observado o conteúdo da norma, mantendo-a em sua integralidade. Conforme lição de Celso Bastos: “Concluindo, o postulado da máxima efetividade possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer não sendo aceitável sua nulificação, nem que parcial”.<sup>94</sup>

## 1.5 Considerações parciais

Conclui-se, portanto, que a hermenêutica jurídica envolve determinados elementos necessários para a melhor resolução do caso concreto em análise. Esses elementos são verdadeiros fundamentos axiomáticos que criam uma as bases para se desenvolver a interpretação jurídica. Assim, a análise da norma a partir de uma visão que envolva a sua finalidade, ou os aspectos sociais, por exemplo, exorbita ao simples campo da interpretação. Considerar-se o contexto social para a aplicação da norma também envolve um exercício de interpretação, do mesmo modo que se deve considerar o texto normativo em sua máxima efetividade.

---

<sup>94</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª edição, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002. p. 177

A hermenêutica jurídica visa promover soluções para os casos concretos a partir de uma perspectiva que supere a leitura fria do texto legal sem considerar determinados elementos da realidade social. De outro modo, a interpretação irá explicar, aclarar, o sentido de determinada, considerando-se os princípios, métodos e as análises sociais e fáticas. Estes princípios e métodos, bem como essas análises, parece-nos estar no âmbito da hermenêutica de modo que só se concluem a partir de um estudo detido da relação entre o texto legal e o contexto ao qual se aplica. Por isso, a hermenêutica englobaria a interpretação, esta nada mais faria do que se utilizar de todas ferramentas criadas por aquela para se alcançar o objetivo final da atividade jurídica, qual seja, aplicar o direito ao caso posto.

## **CAPÍTULO 2 – SENTENÇAS ADITIVAS: ENTRE A DISCRICIONARIEDADE E OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL**

### **2.1 Aspectos gerais**

O século XX trouxe novas perspectivas para os direitos humanos. Antes disso, os direitos e garantias eram marcadamente voltados a garantir a proteção do indivíduo frente ao Estado, exigindo uma atuação negativa, impedindo sua interferência na vida do particular – os denominados direitos de primeira dimensão.

Por outro lado, a Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919 são exemplos de diplomas legais preocupados com a promoção de direitos que visem o bem-estar do indivíduo, impondo ao Estado uma atuação positiva – os direitos de segunda dimensão.

Do mesmo modo, outros eventos históricos demonstram essa nova perspectiva adotada dentro do direito, tal como ocorreu com a crise de 1929, que levou a uma série de políticas públicas visando o bem-estar social (Welfare State), ou então, o pós-Segunda Guerra Mundial que promoveu uma reformulação dos direitos e garantias não só do indivíduo, mas também, da coletividade.

Dessa forma, é fato que, na atualidade, os direitos de segunda dimensão têm ganhado importância na vida social, ainda mais quando se trata de garantir a dignidade da pessoa humana. Inegavelmente, o princípio da dignidade da pessoa humana tem natureza prestacional, ou seja, para que seja materializado requer uma atuação positiva do Estado.

No plano fático, tal prestação estatal poderá ser observada na vida política do Estado. Vale dizer, cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo promoverem esses direitos prestacionais. Ao Poder Legislativo, cabe produzir diplomas legais que estabelecem direitos fundamentais positivos. Ao Poder Executivo, cabe executar tais regras legais promovendo políticas públicas para a promoção desses direitos fundamentais.

Entretanto, admitindo-se que esses dois Poderes podem vir a falhar na execução das suas atribuições de legislar e administrar – usualmente estabelecidas, tomando-se como base a tripartição dos Poderes difundida por Montesquieu –, restaria ao indivíduo apenas uma forma de ver seu direito ser garantido, ou seja, haveria apenas um modo de o sujeito ver alcançado um direito fundamental positivo a ser prestado pelo Estado, socorrer-se do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Poder Judiciário seria o último recurso o qual indivíduo poderia lançar mão para que pudesse ver um direito fundamental positivo seu ser prestado pelo Estado. O Poder Judiciário se tornaria uma espécie de fronteira final para que houvesse a garantia do alcance do direito positivo e, conseqüentemente, de exigir-se do Estado a prestação positiva.

Contudo, há de se notar que todos esses Poderes possuem limitações. Não se pode olvidar que a própria Constituição da República de 1988 estabelece essas limitações ao estabelecer o sistema de freios e contrapesos. Aliás, a Constituição Federal estabelece serem esses Poderes independentes e harmônicos<sup>95</sup>, ou seja, ao mesmo tempo que lhe confere poderes de agir em suas funções típicas sem precisar de outro Poder para tal, estabelece que devem viver em harmonia, isto é, devem respeitar-se uns aos outros, não devendo adentrar nas competências atinentes ao outro Poder de qualquer maneira.

Sendo assim, *a priori*, a atuação do Judiciário em uma situação que busque promover um direito não expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio pode vir a cruzar a linha das funções típicas deste Poder adentrando em competência alheia, o que pode gerar tensões entre os Poderes constitucionais. Desse modo, o que se tem é a atuação do Poder Judiciário fora da sua área típica de atuação, ou seja, o Judiciário estará atuando mais em questões de caráter político do que jurídico.

De fato, essa atuação suscita diversos questionamentos, principalmente, quanto ao fato de não ser o Poder Judiciário formado por pessoas eleitas pelo povo. Tal crítica fica mais evidente quando se trata do Supremo Tribunal Federal que possui maneira peculiar de empossar seus membros no cargo sem eleições populares, além de ser o órgão do Judiciário com a última palavra quanto às questões constitucionais. Desta forma, não são raras as vozes que afirmam

---

<sup>95</sup> CRFB 1988: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

ser um atentado à democracia quando o Judiciário realiza interpretações que extrapolam o senso jurídico, avançando no plano político, pois, assim estaria ofendendo a tripartição de Poderes<sup>96</sup>.

De outro modo, não se pode olvidar que a mora tanto do legislador, quanto do Executivo pode resultar em um alijamento de direitos e garantias a uma parcela da sociedade que ainda não teve seus direitos sedimentados em uma norma seja na Constituição, seja em lei infraconstitucional. Vale dizer, a demora do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não pode ser justificativa para que grupos da sociedade não tenham seus direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, a questão da judicialização a política e do ativismo judicial e o respeito a separação de Poderes torna-se discussão muito viva na sociedade contemporânea, o que não é diferente no Brasil. Insta saber se há fundamento para esse tipo de postura adotada pelo Judiciário, tendo em vista o fato de que ao avançar sobre a competência de outros Poderes estará, sim, a tratar de atribuições alheias a sua função típica, o que, inegavelmente, abala o princípio constitucional da tripartição de Poderes.

Desse modo, faz-se necessário realizar uma análise do tema em questão do ponto de vista técnico, levando em consideração como se procede a realização da interpretação jurídica, utilizando-se da hermenêutica jurídica, isto é, é necessário analisar tais interferências do Judiciário sob o ponto de vista técnico do Direito, observando, assim, seus princípios e regras e, conseqüentemente, a teoria do Direito.

## **2.2 Judicialização da política e ativismo judicial**

Inicialmente, é interessante fazer uma digressão acerca da questão das origens da judicialização da política do ativismo judicial. Luís Roberto Barroso chega a mencionar que ambos são primos, sendo parte da mesma família, contudo, possuem origens distintas.<sup>97</sup> Desse modo, para o referido autor, ambos os temas tem como elementos originários causas distintas, o que interfere diretamente na essência do que é a judicialização e o ativismo. Vale dizer, os

---

<sup>96</sup> CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, jul./dez. 2016. p. 233-264.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 14. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 21 nov. 2022.

motivos que fazem existir esses dois objetos são distintos, fazendo com que sejam diferentes, também, o âmbito de atuação de cada um.

A judicialização da política<sup>98</sup> tem origem, na visão de Ran Hirschl, nas constantes decisões judiciais que tratam sobre política pública. Isso ocorre tanto por meio de controle de constitucionalidade quanto por decisões sobre temas eminentemente políticos. Para o referido autor, a judicialização da política vem sendo utilizada cada vez mais para dirimir “dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”<sup>99</sup>. Exemplo de judicialização é o caso *Bush vs. Gore*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que não caberia a recontagem de votos da Flórida nas eleições para presidência dos Estados Unidos, em oposição ao decidido pela Suprema Corte da Flórida.

Segundo Barroso<sup>100</sup>, a origem da judicialização no Brasil possui três razões: a redemocratização do Brasil, uma constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Em síntese, o autor ao tratar da judicialização trata o assunto como um tema de repercussão a nível político ou social, sendo o Judiciário responsável trazer soluções que antes deveriam ser dadas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Assim, justifica Barroso que a redemocratização devolveu aos magistrados garantias que lhe permitissem atuar mais fortemente aplicando a Constituição e as normas legais, o que alçou o Judiciário ao status de poder político, ou seja, “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário”<sup>101</sup>. Do mesmo modo, o autor afirma que a constitucionalização de diversos assuntos, como é o caso dos direitos sociais, por exemplo, trazem uma nova dinâmica a de transformar a “Política em Direito”<sup>102</sup>. Por fim, Barroso identifica como último motivo para a judicialização o controle de constitucionalidade brasileiro que pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal acerca da constitucionalidade de determinada lei em um caso concreto.

O ativismo judicial tem origem distinta daquela observada na judicialização. A origem

---

<sup>98</sup> O termo em si, vale dizer, foi popularizado pelos autores Tate e Vallinder.

<sup>99</sup> HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7533. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 21 nov. 2022. p. 140.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 21 nov. 2022.

<sup>101</sup> *Ibidem*. p. 12.

<sup>102</sup> *Ibidem*. p.12.



do ativismo judicial remonta às decisões oriundas da Suprema Corte norte-americana em diversos casos que dividiram aquela Corte quanto a questões que estariam de acordo ou não com a Constituição norte-americana. De fato, diversos casos foram levados a Suprema Corte norte-americana para serem debatidos pelos seus ministros à época.

A título de exemplo, tem-se o famoso caso *Marbury v. Madison*. Em síntese, o caso trata da contenda entre o então nomeado Juiz de Paz do distrito de Columbia, William Marbury e, o Secretário do Governo do então presidente norte-americano Thomas Jefferson, James Madison. Marbury havia sido indicado para o cargo de Juiz de Paz em Columbia pelo governo anterior de John Adams. Jefferson, por sua vez, ao assumir o poder, deu ordens a Madison para não empossar Marbury, o que fez com que este acionasse a Suprema Corte dos Estados Unidos em ação contra Madison com base na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Madison, por seu turno, não contestou a ação proposta. O presidente norte-americano chegaria a sugerir que os juízes da Suprema Corte norte-americana sofressem impeachment caso fosse julgado procedente o pedido de Marbury<sup>103</sup>.

A resposta da Suprema Corte norte-americana veio conduzida pelo então *Chief Justice* John Marshall. Embora Marshall tenha repudiado a atitude de Jefferson e Madison em não dar posse a Marbury, reconhecendo que a nomeação deste tinha ocorrido sob o manto da legalidade<sup>104</sup>, a Corte negou o pedido formulado por Marbury. Na fundamentação, entendeu a Suprema Corte norte-americana que a competência da Corte estaria fixada na Constituição norte-americana, não cabendo a inovação na matéria em norma infraconstitucional. Portanto, havendo a Constituição estabelecido apenas a competência da Suprema Corte para julgar esse tipo de demanda em sede de recurso, não caberia ao Legislativo ter conferido competência à Suprema Corte além daquela prevista constitucionalmente. Desse modo, foi declarada a inconstitucionalidade da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789.

Outro caso famoso merecedor de destaque é o caso *Dred Scott v. Sandford*. Em apertada síntese, Dred Scott era um escravo de um major do exército norte-americano, tendo acompanhado o major por diversas localidades nos Estados Unidos, incluindo-se tanto Estados

---

<sup>103</sup> VITÓRIO, T. B. da S. C. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. p. 43.

<sup>104</sup> *Ibidem*. p. 43.

que permitiam a escravidão, quanto aqueles que a proibiam, com a morte do major, sua viúva não aceitou conceder a liberdade a Scott o que acabou resultando na judicialização da questão, embora tenha conseguido o reconhecimento de sua liberdade pelo juízo de piso, tanto a Suprema Corte do Missouri, quanto a Suprema Corte norte-americana decidiram em oposição ao juiz singular.

Dessa forma, faz-se prudente definir esses dois assuntos. Embora possam ser tidos como iguais, fato é que judicialização da política e ativismo judicial não comportam o mesmo significado. Se há algum “parentesco” entre ambas as expressões, esse parentesco não é próximo. Ao contrário, judicialização da política e ativismo judicial não se confundem, não obstante sejam comumente utilizados como sinônimos.

Inicialmente, trata-se do conceito de judicialização. Segundo Barroso, a

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, *a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais*, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.<sup>105</sup> (grifos nossos).

O conceito exposto por Barroso revela a principal questão que envolve a judicialização da política, o protagonismo do Poder Judiciário para tratar de questões exclusivamente políticas. Assuntos eminentemente políticos são usualmente concernentes a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, isto é, este atua produzindo leis que irão garantir direitos ou determinar deveres ao indivíduo, ou limitar a atuação da administração pública quando da definição dos recursos orçamentários, enquanto que aquele irá implementar as políticas públicas que são necessidades na sociedade. Assim, as “questões de larga repercussão política ou social” – referidas por Barroso – são aquelas, evidentemente, voltadas para decisões que envolvem assuntos fora da órbita tecnicista do Judiciário, ou seja, a decisão judicial estará tratando de temáticas alheias ao Direito, como por exemplo Economia, o que pode não parece ser a atitude mais prudente, visto haver uma falta de conhecimento técnico por parte do Judiciário para esse tipo de assunto.

---

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 12. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Além disso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>106</sup> aponta que a judicialização da política – e por que não, também o ativismo judicial – vem demonstrando uma politização dos juízes em relação aos casos que são submetidos. Nesse sentido, o autor afirma que tal politização se faz, inclusive, com o direcionamento dos votos dos magistrados pela opinião pública. Desse modo, conclui o autor, a judicialização da política suscitaria desconfiança do magistrado e, conseqüentemente, o seu descrédito frente a sociedade.<sup>107</sup>

Ferreira Filho avança, ainda, no sentido de tratar a judicialização da política (ou politização da justiça) como uma forma de estabelecer o Poder Judiciário como órgão de controle externo que realizaria o controle dos Poderes políticos. Nas palavras do autor

A politização da justiça não é condenada por todos; alguns até a desejam. São os que batalham para a adoção do ‘controle externo’ do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra. Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar e impor, aos juízes e tribunais, um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando — perdoe-se o pleonasma — no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial.

E em favor disto invoca-se a democracia. Os juízes, entretanto, não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia. Devem ser controlados pelos representantes desse povo.<sup>108</sup>

Nesse sentido, parece ter razão Ferreira Filho quando fala de uma tentativa de se fazer do Poder Judiciário uma espécie de órgão de controle externo. Isso porque nas demandas que envolvem questões eminentemente políticas, não teria o Judiciário legitimidade para determinar o que é ou não correto de ser feito, vale dizer, não há no Judiciário, conforme destaca o próprio autor, a legitimidade afeta aos Poderes Legislativo e Executivo para tratar de matérias políticas. Uma vez que a democracia confere aqueles que foram escolhidos pelo povo para tratarem de questões políticas, não caberia aos que não foram escolhidos tratarem dela. Igualmente, parece que essa tentativa de fazer com que o Judiciário exerça um controle sobre os outros Poderes atentaria frontalmente contra Constituição, em especial com seu art. 2º.

Por outro lado, o conceito de ativismo judicial chega a tocar o conceito de judicialização

---

<sup>106</sup> FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>107</sup> Ibid. p. 231-232.

<sup>108</sup> Ibid. 232.

na medida em que ambos têm uma função voltada a observar os ditames previstos constitucionalmente. Novamente, utilizando-se da definição apresentada por Barroso, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>109</sup>. Desse modo, o ativismo seria uma forma de interpretar o texto constitucional de forma a alargar seu sentido. Avança, ainda, o autor, pormenorizando o que seria o ativismo.

A idéia de ativismo judicial está associada 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>110</sup>

Assim, o ativismo judicial seria uma atuação do Judiciário de modo a impor a outros Poderes que realizem conteúdos constitucionalmente estabelecidos e que não estariam sendo efetivados na sociedade. Mostra-se como uma força coercitiva do Judiciário de impor ao demais Poderes que ajam de acordo com o que o Judiciário entende ser melhor. Destaque-se, ainda, que a definição trazida por Barroso elenca três questões que suscitam observação: a aplicação da Constituição ainda que não exista menção expressa em seu texto ou pronunciamento do legislador ordinário; o controle de constitucionalidade contra atos normativos; e a coerção ao Poder Público de atuar ou se abster em questões de políticas públicas.

Neste diapasão, tem-se que as decisões judiciais podem criar direitos e deveres para além daqueles previstos tanto pela Constituição quanto pelos diplomas infraconstitucionais. Inegavelmente, esse poder conferido ao juiz é superior àquele que se espera da função judiciária e vai em sentido contrário ao que é preceituado pela teoria da tripartição de Poderes. Nesse ponto, o argumento de que as normas legais em sentido amplo devem ser elaboradas pelos representantes do povo, tendo vista o regime democrático merece, mais uma vez, destaque, assim como deve-se salientar que o Estado Democrático de Direito o qual vige no Brasil é também impõe observância pelos magistrados, sendo decisões desse tipo destoantes de um

---

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 14. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 21 nov. 2022

<sup>110</sup> *Ibidem*. p. 14.

Estado Democrático. Portanto, no silêncio do ordenamento jurídico pátrio não cabe ao Judiciário extrapolar sua função, sendo, inclusive, um dos pontos fortes do pacto entre as instituições democráticas.

No mesmo sentido, a impor ao Poder Público que execute ou não uma política pública parece extrapolar, novamente, o poder democraticamente conferido ao Judiciário. Primeiro, porque se está claramente entrando na competência de outro Poder democraticamente constituído. Segundo, porque o magistrado, ao decidir, não tem meios suficientes de pesar a capacidade de instituição de uma política pública. O juiz não possui elementos suficientes que lhe permitam averiguar a capacidade do Estado em concretizar uma política pública, bem como não teria conhecimento técnico de outras áreas que proporcionem mensurar os impactos que sua decisão pode gerar na atividade estatal.

Entretanto, a atitude criativa do magistrado é tida por Mauro Cappelletti como atividade inerente ao juiz intérprete. Segundo Cappelletti, aqueles que advogam que há afronta à democracia quando um juiz cria um direito possuem uma visão distorcida acerca do tema, afirmando ser justamente os regimes democráticos os responsáveis por permitir a efetivação de direitos sociais<sup>111</sup>. Além disso, Cappelletti afirma que essa possibilidade de o juiz criar o direito colabora para a proteção dos “direitos e liberdades fundamentais”, sendo essa defesa de direitos e liberdades inerente ao regime democrático.

Ainda consoante Cappelletti, tal atuação do Judiciário visa permitir o desempenho de suas funções de maneira independente. Seria uma forma de se manter o sistema de freios e contrapesos em contraposição a uma expansão dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, afirma que

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez, momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.<sup>112</sup> (grifos no original)

---

<sup>111</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 94.

<sup>112</sup> Ibid. p. 107.

Aparentemente, o que Cappelletti sugere é que a atividade criativa elaborada pelo Judiciário é uma forma, também, de controle que deve ser realizada, pois somente assim se asseguraria ao Judiciário a manutenção de sua autoridade dentro do regime democrático. Entretanto, a independência, por ele sugerida, do Judiciário já existe, não à toa pode o Poder Judiciário decidir da forma que entende ser mais adequada aos casos que lhe são impostos. Do mesmo modo controle que exerce sobre a atividade legiferante, visto o controle de constitucionalidade que tem o poderio de retirar do ordenamento jurídico lei que seja contrária a Constituição ou a seus princípios. No mesmo sentido, é o princípio da inafastabilidade do controle judicial que afirma que a lei não impedirá que o Judiciário possa analisar questões que envolvam lesão ou ameaça de lesão a direito.

Sendo assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que não somente existe a harmonia e independência entre os Poderes, mas também há a impossibilidade de um Poder delegar a outro, suas funções típicas. Lembra, ainda, que ao Judiciário cabe dizer o Direito, não exercendo controle, mas sim que garantindo a soberania da lei. Nas palavras do autor

Os três Poderes são, na doutrina — enfatize-se — harmônicos e independentes. Por isso, um não invade o campo do outro. Nem são delegáveis de um para outro as tarefas a cada um cometidas pela Constituição — *delegata potestas delegari non potest*. O Judiciário, todavia, diz o direito (pois este é o sentido de *jurisdictio*, jurisdição, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer), de onde vem o termo em casos concretos. Assim, vez por outra tem de apreciar ato de outro Poder. Não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei.<sup>113</sup> (grifos no original)

Ademais, convém destacar que a total liberdade do intérprete<sup>114</sup> na criação do direito tem sido usualmente realizada através da utilização de princípios. O ativismo judicial, principalmente, tem sido operado através da técnica da harmonização de princípios, o que por vezes tem se levado a uma desmedida criação de princípios, tópico que será abordado mais a frente. Assim sendo, o ativismo promove, também, através do controle de constitucionalidade, principalmente na via incidental, o confronto de princípios para que ocorra a devida harmonização, sendo em muitos casos, como mencionado, criado diversos princípios não contemplados pela própria Constituição de 1988.

Por fim, ressalte-se que em oposição ao ativismo judicial encontra-se a autocontenção

---

<sup>113</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208.

<sup>114</sup> Para utilizar a expressão empregada por Mauro Cappelletti.

judicial. Nesse caso, como já indicado o Poder Judiciário busca não interferir na atuação dos outros Poderes. Há um respeito às funções típicas de cada Poder na medida em que não se impõe a atuação ou abstenção de algo. Não se cria ou confere direitos não expressamente estabelecidos em diplomas legais, o que não quer dizer que não se possa fazer analogias ou se utilizar da equidade em determinados casos. Frisa-se que a autocontenção judicial seria a tentativa não interferência do Judiciário nas funções típicas do Legislativo e do Executivo, não sendo prudente afirmar que seria uma medida contrária a garantia de direitos.

### **2.3 Fundamentação de sentenças aditivas: o uso dos princípios**

A postura proativa do Judiciário seja aplicando diretamente a Constituição, seja efetuando o controle de constitucionalidade às normas infraconstitucionais, ou, ainda, impondo à execução de políticas públicas pelo Poder Executivo será concretizada através de uma decisão judicial. Embora a decisão judicial possa ostentar caráter de tutela antecipada diante da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, fato é que essa decisão deverá ter caráter definitivo, sendo certo que possui característica de sentença, sendo assim denominada de sentença aditiva.

Nesse sentido, não importa qual seja a decisão judicial, seja ela de caráter definitivo ou não, a sua fundamentação é condição imprescindível de validade, não à toa se tornou princípio constitucional<sup>115</sup> a ser observada por todos os magistrados que venham a decidir sobre qualquer tipo demanda, seja em tutela antecipada, seja definitivamente. Assim, em grande quantidade de casos que são expostos ao Judiciário, a fundamentação das decisões judiciais (em sentido *lato*) são formuladas a partir de princípios, principalmente em julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

A título de exemplo pode-se citar alguns casos decididos pelo Supremo que foram tachados como ativistas e que tiveram em seu cerne a fundamentação por meio de princípios ou pela ponderação (ou harmonização) destes. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

---

<sup>115</sup> CRFB/88. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

4815 sobre a prévia autorização para publicação de biografias não autorizadas, no caso, ponderação os princípios da liberdade de expressão e informação e o princípio da privacidade e da imagem, prevalecendo àquele. Em outra ação de controle de constitucionalidade, mais precisamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, debateu-se a questão das uniões homoafetivas, fundamentando-se, dentre outros, nos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da liberdade. No caso do Habeas Corpus (HC) 124.306, o qual será analisado em momento oportuno, tratou-se da incompatibilidade do aborto e dos direitos fundamentais da mulher, fundando-se a decisão nos direitos fundamentais da mulher e nos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Usualmente, os direitos fundamentais são vistos como normas constitucionalmente positivadas que visam garantir os direitos naturais do ser humano, isto é, garantir direitos voltados para consecução da dignidade da pessoa humana.<sup>116</sup> De acordo com Robert Alexy:

*Princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>117</sup> (grifos no original)

Segundo Alexy, se dois princípios colidem, apenas um dos dois irá prevalecer no caso concreto. Assim, a força de um princípio pode ser maior que a de outro a depender da situação fática que se impõe. Em circunstância diversa, os mesmos princípios em conflitos, podem ter pesos diferentes fazendo com que o princípio que não prevaleceu na primeira hipótese, prevaleça em outra conjuntura.<sup>118</sup>

Por outro lado, consoante Alexy, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”<sup>119</sup>. A solução de conflitos entre as regras são igualmente diversas daquelas dos princípios. Para as regras, dirime-se a divergência por meio da antinomia, utilizando-se os

---

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos fundamentais. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª Edição. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 90.

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> Ibidem. p. 91.



critérios de hierarquia, especialidade e cronológico. Ou seja, busca-se declarar a validade ou a invalidade da norma.

Entretanto, haveria mais uma situação, quando princípio e regra conflitassem entre si. Segundo Virgílio Afonso da Silva, nesse caso não haveria uma real colisão entre princípio e regra, mas, sim, entre dois princípios, um princípio propriamente dito e outro que serve como fundamento para a regra. Assim, a harmonização deveria considerar esses dois princípios.<sup>120</sup> Portanto, pode-se concluir que, ainda que aparentemente exista uma oposição entre regra e princípio, haverá, na verdade, dissenso entre princípios apenas.

Sendo assim, o uso dos princípios como alicerce para as sentenças aditivas tem sido muito comum, como já exemplificado acima. Partindo-se do conceito de Alexy, apresentado anteriormente, de que princípios são mandamentos, ou seja, determinações, imposições de se fazer alguma coisa, não é de se estranhar que sirvam como fundamentos, verdadeiros sustentáculos de decisões proativas por parte do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o uso dos princípios para fundamentar as decisões judiciais, principalmente no âmbito da Corte constitucional brasileira, parece ter tomado contornos além daqueles considerados aceitáveis. Não são raras as vozes que afirmam haver, atualmente, no Supremo uma intensa criação de princípios para embasarem suas decisões. Esse posicionamento levou, inclusive, o jurista Lenio Luiz Streck a cunhar o termo *pamprincipiologismo*<sup>121</sup> para se referir a essa produção desenfreada de princípios.

## **2.4 Pamprincipiologismo: a fábrica de princípios**

Temática que vem sendo debatida nos últimos anos, principalmente, na área do direito constitucional é a questão da criação de diversos princípios. Se a constitucionalização do direito levou a uma positivação de direitos na Carta Magna, o neoconstitucionalismo trouxe uma nova forma de se olhar o Direito Constitucional e, somando a isso, erigiu uma nova sistemática de solução de casos judiciais, o uso dos princípios.

---

<sup>120</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

O neoconstitucionalismo seria um novo momento do Direito Constitucional. Esse novo momento vem trazer uma nova perspectiva para a aplicação dos direitos constitucionalmente positivados, mas, para além disso, busca dar força a própria Constituição. Utiliza-se dos princípios e de sua ponderação para alcançar a solução necessária de um caso concreto, fazendo-se valer a normatividade da Constituição, ou seja, sua força hierárquica em contraposição as normas de hierarquia menor.

Luís Roberto Barroso resume o neoconstitucionalismo da seguinte forma:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.<sup>122</sup>

Assim, o neoconstitucionalismo traz uma carga valores muito grande a ser observada quando da aplicação do direito constitucional ao caso concreto. Essa carga valorativa se concentra nos princípios que são largamente utilizados, como é o caso do princípio da supremacia da Constituição. Essa busca pelos valores que seriam inerentes a norma, conduziria a uma “ ‘positivação de valores’ ”<sup>123</sup>, o que resultaria em uma discricionariedade do juiz, conforme denuncia Lenio Streck. Daí, surge a crítica de Streck a crescente criação de princípios, baseados em supostos valores existentes no texto legal.

A crítica de Streck acerca da criação exagerada de princípios pelos juízes brasileiros para formular decisões judiciais impondo ou restringindo algum dever ou direito irá abordar também a questão da discricionariedade judicial, isto é, a discricionariedade do juiz ao decidir não pode alcançar o patamar de arbitrariedade nas decisões judiciais. Essa temática será abordada com mais precisão em momento posterior.

---

<sup>122</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 21 nov. 2022. p. 11-12.

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2017. P.26

Continuando na linha da criação de princípios para corroborar decisões judiciais. Daniel Sarmento também faz algumas considerações que devem ser levadas em considerações. Para o autor, o uso dos princípios é válido, porém comporta cautela. Isso porque num sistema jurídico formado, majoritariamente, por normas, os princípios viriam a trazer certa flexibilidade a essas regras. E, principalmente, no Brasil “a invocação metodologicamente desordenada dos princípios pode afrouxar ainda mais o nosso já escasso compromisso com o cumprimento das leis”<sup>124</sup>.

Nesse sentido, Sarmento destaca que os princípios acabam se tornando ferramenta para decisionismos por parte dos juízes, isso porque os princípios acabam por promover uma atuação que não prioriza uma fundamentação racional do juiz. Nas palavras do autor

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ coro os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial.<sup>125</sup>

Além disso, avança em sua crítica para sinalizar que esse decisionismo que surge fundado no uso (e abuso) dos princípios possibilita ao juiz decidir da maneira que pretender. Vale dizer, o juiz se utiliza dos princípios para imprimir no caso concreto aquilo que mais lhe adequa para o caso. Os princípios seriam uma espécie de trunfo que a tudo poderia ser aplicado e sendo uma forma de fundamentação sem precisar de uma racionalidade baseada na argumentação e na normatividade.

Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.<sup>126</sup>

Desse modo, Sarmento alerta que essa atuação dos juízes é negativa para o Estado Democrático de Direito por afetar frontalmente à democracia, a separação dos Poderes e a

---

<sup>124</sup> SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 145.

<sup>125</sup> Ibidem. p. 144.

<sup>126</sup> Ibidem. p. 144.

segurança jurídica. Vale destacar a lição do celebrado doutrinador:

Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque toma o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes.<sup>127</sup>

Sendo assim, essa criação de princípios parece produzir um caminho diverso daquele que se espera de um magistrado. Como exposto anteriormente, uma decisão que se baseia unicamente em princípios sem ter uma fundamentação racional, expondo os fundamentos da decisão com base não somente em princípios, mas também no ordenamento jurídico pátrio.

De fato, uma decisão que emprega princípios, sobretudo os constitucionais, não pode se fundamentar apenas com os princípios. Não se aparenta condizente com a previsão constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Nesse ponto, segundo destaca Daniel Sarmento, faz-se necessário aplicar aos princípios uma fundamentação lógica que pode ser aduzida com auxílio da “argumentação jurídica e de uma racionalidade prática”<sup>128</sup>. Ademais, não se pode ignorar, ainda, das normas existentes no ordenamento jurídico.

Mas o que vem muitas vezes acontecendo, e não pode ser admitido, não é o afastamento racionalmente fundamentado de regras, mas a sua simples desconsideração na solução de casos concretos compreendidos no âmbito da sua hipótese de incidência. Só que o operador do Direito não pode agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, onde lhe coubesse toda a tarefa de concretização, comportando-se como se as regras simplesmente não existissem.<sup>129</sup>

Por outro lado, insta ressaltar que a criação desmedida de princípios pode vir a produzir uma axiologia jurídica não existente no próprio ordenamento jurídico pátrio. Além disso, apenas formular princípios não necessariamente irá conduzir a uma solução adequada do caso concreto. Por conseguinte, formular princípios que transcendam ao significado do texto normativo, especialmente do texto constitucional, não está condizente com a autonomia do Direito, menos ainda com a normatividade característica da Constituição. Nesse sentido,

---

<sup>127</sup> Ibidem. p. 144.

<sup>128</sup> Ibidem. p. 145.

<sup>129</sup> Ibidem. p. 147.

assevera Streck sobre o pamprincipiologismo e os limites semânticos do texto constitucional:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.<sup>130</sup>

Portanto, inegavelmente, o pamprincipiologismo produz situações de afronta a semântica do texto constitucional, bem como desrespeita a democracia, a segurança jurídica e a tripartição dos Poderes. Igualmente, a elaboração de princípios sem respeitar a Constituição tende a promover o decisionismo judicial, ao qual se refere Sarmiento, e na discricionariedade do juiz, a qual consigna Streck. De qualquer modo, ambas suscitam a mesma preocupação, a arbitrariedade do juiz.

## **2.5 Decisões judiciais e o limite da discricionariedade do juiz**

Inicialmente, cumpre abordar a respeito da discricionariedade do juiz a que se refere Lenio Streck. O jurista em sua obra *Verdade e Consenso* busca deixar evidente que a discricionariedade judicial não é semelhante àquela encontrada no Direito Administrativo. De fato, a discricionariedade encontrada no Direito Administrativo impõe uma margem de atuação ao administrador com base nos parâmetros legais.

Por outro lado, a discricionariedade judicial é aquela na qual o magistrado pode decidir de acordo com seu entendimento sobre o caso que lhe apresentado, circunstanciado em parâmetros jurídicos, isto é, utilizando-se da teoria do Direito, ou do ordenamento jurídico. Vale dizer, a discricionariedade permite ao juiz criar uma resolução para o problema. Nas palavras de Lenio Streck: “no âmbito judicial, o termo ‘discricionariedade’ refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento”.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> STRECK, L. L. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista” In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221.

<sup>131</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40

Resta evidente, nesse caso, que o juiz cria o direito; dá força normativa a uma decisão que pode criar ou restringir direitos, que impõe a conduta de fazer algo ou abster de fazer algo, ainda que não esteja previamente previsto na ordem jurídica. Isto é, “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política”.<sup>132</sup>

Nesse sentido, se não existe norma seja em âmbito constitucional, seja em âmbito infraconstitucional, é evidente que a regulamentação da situação fática é realizada pelo juiz. Logo, a decisão tomada pelo juiz poderá estar repleta de subjetividade, o que pode conduzir a uma decisão arbitrária. A arbitrariedade nesse caso, conforme afirma Streck, estará no fato de que o foi decidido não encontra respaldo constitucional.<sup>133</sup>

Assim, a decisão judicial estará repleta de subjetivismos oriundos daquele que a prolatou, ou seja, o juiz ao proferir uma decisão está colocando em prática todas as suas concepções de mundo, podem ser filosóficas, sociais ou políticas, acerca da situação fática a qual julga. Nesse momento, ao supostamente aplicar a ciência jurídica ao caso concreto, o magistrado está, em verdade, valorando o caso segundo suas próprias ideias.

Aqui, consoante Lenio Streck, acaba-se por corroborar a ideia de que o juiz pode decidir de acordo com suas convicções. Tal entendimento está cristalizado no famoso princípio do livre convencimento do juiz.<sup>134</sup> Esse princípio encontrava-se presente no Código de Processo Civil de 1973, bem como permaneceu insculpido no Código de Processo Civil de 2015, agora sob o nome de princípio da livre convicção fundamentada ou persuasão racional. Do mesmo, o Código de Processo Penal também reproduz esse princípio.

Em linhas gerais, o princípio do livre convicção fundamentada<sup>135</sup> (ou do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional)<sup>136</sup> afirma que cabe ao magistrado formar sua convicção a partir das provas constantes dos autos, devendo dizer em sua decisão quais as

---

<sup>132</sup> Ibidem. p. 40.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

<sup>134</sup> SRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme a minha consciência? 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p.50

<sup>135</sup> Cf. GRECO, Leonardo Instituições de processo civil. Volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>136</sup> Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

razões o levaram a adotar tal entendimento.<sup>137</sup> O Código de Processo Penal em seu artigo 155, em redação dada por lei de 2008, também fala da livre convicção do juiz a partir de sua avaliação da prova.<sup>138</sup> Outro agravante para o Processo Penal é a tal busca pela verdade real, que é muito criticada pela doutrina penalista.<sup>139</sup>

Assim, o juiz ao avaliar as provas existentes no processo irá formar a sua convicção, devendo fundamentar sua decisão de acordo com suas impressões construídas ao longo desse processo de convencimento. Portanto, ao sentenciar o juiz deverá justificar o motivo pelo qual chegou aquela conclusão, demonstrando como as provas o levaram a alcançar tal entendimento.

Para Lenio Streck, o problema desse livre convencimento do juiz está na impossibilidade de averiguar-se como se desenvolve essa persuasão racional. Conforme destaca o ilustre jurista, não há meios para examinar como se deu a valoração pelo magistrado. Concluindo que a decisão se torna uma expressão de opinião própria do juiz sem se poder avaliar os critérios utilizados, nem se podendo fazer qualquer tipo de controle acerca dessa apreciação.

Nesse sentido, Streck assevera, ainda, que o “livre” convencimento do juiz não mais encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a redação do art. 371 extirpou essa expressão de seu texto. Desse modo, não cabe ao julgador decidir conforme sua convicção pessoal, mas a partir de uma interpretação acerca do direito e do fato em análise. Vale dizer, o magistrado não pode decidir já possuindo uma opinião sobre o fato, mas deve formar seu entendimento acerca do caso concreto a partir de uma justificação jurídica. Assim sendo, não se abre espaço para uma discricionariedade ampla que pode se transformar em arbitrariedade.

Outro ponto abordado por Streck que merece atenção é a questão da ponderação a ser realizada pelo julgador, especialmente quando se trata de princípios. Nesse caso, afirma o autor que a ponderação se tornou, no Brasil, “um enunciado performativo”<sup>140</sup>, convertendo-se em um fim em si mesmo, não havendo espaços para se questionar a respeito da ponderação realizada,

---

<sup>137</sup> CPC/15: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>138</sup> CPP: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

<sup>139</sup> Cf. LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>140</sup> SRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme a minha consciência? 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p.51

ou mesmo da decisão resultante desse dito juízo de razoabilidade que foi feito. Afirma Streck que:

Por isso, merecem especial cuidado as decisões, que lançam mão especialmente da razoabilidade (com ou sem ponderação de valores), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. Excetuando, os casos, em que, teleologicamente, decisões calcadas, na ponderação de valores, podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já em um problema, porque a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico) a maior parte das sentenças e acórdãos, acaba utilizando tais argumentos, como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade, (para dizer o menos) e o livre convencimento de ativismos.<sup>141</sup>

Ademais, conforme assevera Streck, a ponderação traz efeitos indesejáveis como sentenças distintas para casos concretos idênticos.

Como se sabe, em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências.<sup>142</sup>

Sendo assim, Daniel Sarmento, ao abordar o decisionismo judicial e o conseqüente arbítrio que daí pode se originar, prega que é preciso manter-se critérios para que a atuação judicial seja direcionada a garantir direitos e valores fundamentais sem, com isso, afrontar a democracia. Nas palavras do jurista:

Na verdade, não só a independência judicial, mas também o *ethos* profissional dos juízes, caracterizado pela valorização da legalidade e do devido processo legal, favorecem ao bom desempenho desta função. Contudo, para que tal papel não seja pervertido, é preciso estabelecer balizas firmes para o Judiciário, ligadas sobretudo: (a) ao emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como o fruto exclusivo dos caprichos e das predileções dos seus prolores; (b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com a abertura do seu procedimento à participação efetiva de novos atores sociais através de medidas como o fortalecimento do papel dos *amici curiae* e a realização mais frequente de audiências públicas; e (c) à adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral.<sup>143</sup> (grifos no original).

Observando-se os argumentos de Sarmento fica evidente que o julgador não pode decidir

<sup>141</sup> Ibidem. p. 52.

<sup>142</sup> Ibidem. p. 52

<sup>143</sup> SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 138-139.



conforme sua consciência, pois não se poderá verificar quais foram os elementos utilizados por ele para solucionar o caso concreto. Nesse ponto, parece evidente que as percepções formuladas por Lenio Streck e Daniel Sarmento se coadunam na medida em que ambos denunciam a impossibilidade de se averiguar quais os parâmetros utilizados pelo magistrado quando da prolação de uma sentença, ou de uma decisão judicial.

Outro ponto notável na fala de Sarmento anteriormente apresentada é a questão do respeito às decisões de outros Poderes constitucionais. Tem sido comum encontrar-se decisões judiciais que extrapolam os limites técnico-jurídicos a que estão circunscritos os magistrados. Alguns exemplos de ações em controle de constitucionalidade já foram mencionados anteriormente que envolvem questões de amplo debate social e político, que estão afeitos mais às regras da democracia do que a técnica jurídica, do mesmo modo vários outros casos também poderiam ser abordados demonstrando essa afronta a (o princípio da) democracia.<sup>144</sup> É notório que esse uso (e por que não, abuso) das decisões judiciais vem rompendo com institutos democráticos, como a separação entre os poderes constitucionais.

Portanto, interessante a ponderação feita por Sarmento em sua intervenção de que os juízes deveriam ter uma conduta prudente em relação as deliberações dos demais Poderes. O respeito às decisões de outros poderes é fundamental para se manter, não somente, a observância do regime democrático, como também o cumprimento da Constituição Federal. É evidente que o desrespeito a democracia é, também, uma afronta à Carta Magna, visto que a própria Lei Maior permite ao legislador um espaço de atuação que não cabe ao Judiciário restringir.

Portanto, entendemos que a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas.<sup>145</sup>

Reforça-se a necessidade de os juízes estarem atentos ao fato de que não decidir imbuídos de subjetivismos, menos ainda de um suposto poder que lhe permite suplantar a

---

<sup>144</sup> Outro caso emblemático de é a questão da fidelidade partidária. Em termos gerais, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 22.610/2007) que regulou a perda de mandato eletivo.

<sup>145</sup> SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 140.

valores constitucionalmente estabelecidos e quando não a própria Constituição Federal. Atentar-se aos limites impostos pela Carta Política demonstra não só o respeito a mesma, como ao regime democrático. Interessante notar que Sarmento assevera que esse respeito não significa a impossibilidade de interpretar seja a Lei Maior, seja as normas infraconstitucionais, mas de não extrapolar contornos claramente políticos. Nas palavras de Sarmento:

É óbvio que o intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa. É indiscutível que ele tem interpretar o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior, inclusive para repudiar exegeses mais óbvias do enunciado normativo interpretado, quando estas o tornem incompatível com a Constituição. É certo, também, que ele pode deixar de aplicar normas que, conquanto em geral compatíveis com a Constituição, produziram, no caso específico, resultados a ela ofensivos. Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos emanados do Legislativo. Não se trata de sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, mas de reconhecer que: (a) a Constituição deixa amplos espaços para a liberdade de conformação do legislador, e (b) o Legislativo também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior.<sup>146</sup>

E arremata o ilustre jurista:

Em suma, a constitucionalização do Direito pela filtragem constitucional *não deve ser levada ao ponto de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, deve caber ao legislador*. Afinal, sendo o constitucionalismo uma técnica de combate do autoritarismo, *seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos*.<sup>147</sup> (grifos nossos)

## 2.6 Poder centralizado no juiz

A consequência de todo esse processo em que o juiz decide conforme sua consciência sem se permitir uma transparência acerca dos elementos utilizados por si. Confere-se, portanto, a crença de que se decidiu em consonância ao Direito, ainda que não tenha observado as normas legais, já que seria apenas uma exegese do texto legal (sentido lato). Tem-se uma centralização de poder nas mãos do juiz.

Esse poder conferido ao julgado traz semelhanças com o juiz Hércules de Dworkin. Para o autor, o juiz Hércules seria um julgador capaz de solucionar os casos mais complexos a si

---

<sup>146</sup> Ibidem. p. 141-142.

<sup>147</sup> Ibidem. p. 142.

apresentados, possuindo vasto conhecimento da lei e da jurisprudência, assim como outros predicados que o elevariam a uma espécie de magistrado infalível (ou que fosse muito próximo disso). Segundo Dworkin,

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.<sup>148</sup>

Desse modo, o juiz Hércules seria capaz de solucionar qualquer tipo de contenda que chegue a seu conhecimento, principalmente, aqueles casos tido como difíceis (*hard cases*). Assim, segundo Dworkin, esse juiz irá realizar uma interpretação do direito com base em princípios e não, unicamente, nas leis escritas. Irá, ainda, descartar eventuais precedentes que não sejam adequados ao caso analisado.<sup>149</sup>

É notório que o juiz Hércules proposto por Dworkin se configura em metáfora<sup>150</sup> para se chegar a solução de conflitos considerados como contraditórios e difíceis. O que não aparenta ser tão simples é a existência de um julgador nesses moldes com tantos predicados, que o tornam em uma figura singular dentro de uma sociedade. Nesse sentido é a crítica formulada por Jurgen Habermas:

Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos.<sup>151</sup>

Para Habermas a formulação de Dworkin sobre a aplicação do direito e a figura do juiz Hércules é marcadamente abstrata, indo na contramão de uma visão mais pragmática, no sentido de atender realmente as necessidades dos indivíduos frente a questões sociais complexas.

<sup>148</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

<sup>149</sup> Ibidem. p. 173.

<sup>150</sup> Essa concepção de metáfora está presente na obra Lições de Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, na qual o citado jurista, inclusive, faz comparações com o Leviatã de Hobbes, no sentido de demonstrar que este também se valeu de uma metáfora para explicar algo bem maior.

<sup>151</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 266.

As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor - o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio monológico. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras.

(...)

Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica. E, uma vez que cada juiz está convencido de que a sua teoria lhe permite chegar à única decisão correta, a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se orientam por princípios.<sup>152</sup>

E conclui Habermas que:

Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. Dworkin imitando Parsons, entende o direito como meio da integração social, mais precisamente, como um medium que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária numa forma por demais abstrata.<sup>153</sup>

Igualmente, Daniel Sarmento também entende ser o juiz Hércules uma espécie ilusória de juiz a ser considerado para a realidade tanto das sociedades, quanto para o ser humano investido na função de magistrado. Referindo-se especificamente ao Brasil, onde a carga de processos é absurdamente alta, o que não permite ao julgador aprofundar-se em debates morais e filosóficos. Aduz Sarmento:

Neste sentido, é preciso ter em mente que os juízes não são semi-deuses infalíveis, como o Hércules de Dworkin. São, pelo contrário, seres humanos de carne e osso, com defeitos e qualidades, e que, especialmente no Brasil, defrontam-se com uma absurda sobrecarga de processos, que não lhes permite enveredarem-se em profundas discussões morais e filosóficas no julgamento de cada "caso difícil". Mas a lei, por sua vez, também está muito longe de poder encarnar a 'vontade geral' do povo à la Rousseau, sobretudo considerando a tremenda crise da democracia representativa brasileira. Portanto, uma boa teoria não deve mistificar nem o Judiciário, nem a lei.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Ibidem. 276-277.

<sup>153</sup> Ibidem. p. 277

<sup>154</sup> SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 137.

Em que pese as contraposições apresentadas ao juiz Hércules de Dworkin, faz-se necessário deixar registrado que essa metáfora usada por Dworkin, para explicar como se chegaria a uma resposta para os casos difíceis, busca trazer uma forma de integridade do direito<sup>155</sup> em meio às tensões com que os julgadores lidam com o grande número de processos que têm para julgar e as conclusões que podem ser retiradas do caso concreto.

Por fim, registre-se que essa concepção do juiz Hércules de Dworkin parece ser amplamente usada no Brasil. Não no sentido de serem os juízes possuidores de capacidade sobre-humana de conhecimento, paciência, sabedoria, mas de atribuírem para si a possibilidade de decidir casos complexos de forma subjetiva, selecionando ou criando um princípio que melhor se adeque ao caso concreto.

## **2.7 Considerações parciais**

Conclui-se, portanto, que tanto a judicialização da política, quanto o ativismo judicial comportam medidas que extrapolam o poder convencional do juiz de aplicar o direito ao caso concreto, isso porque ao atuar em demandas que envolvem a necessidade de impor ao caso concreto uma aplicação da Constituição mesmo sem ter norma constitucionalmente prevista; ou de compelir o Executivo a realizar ou não uma política pública; ou, ainda, de exercer o controle de constitucionalidade em relação às leis ou atos normativos formulados por outros Poderes, declarando a inconstitucionalidade desses tipos de normas de sem que sejam utilizados critérios rígidos de avaliação da violação da Constituição.

Nesse sentido, é evidente que a atuação do magistrado não está de acordo com a função típica de julgar inerente ao Poder Judiciário. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa realizar o controle em determinadas situações, como de lesão ou ameaça de lesão a direitos, conforme estabelece a própria Constituição Federal. Entretanto, não cabe ultrapassar a sua função e interferir nas funções de outros Poderes, sendo certo que essa atitude fere de morte o princípio da separação dos Poderes.

---

<sup>155</sup> A integridade do direito é, nas palavras Dworkin, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. (DWORKIN. Ronald. O império do direito - São Paulo. Martins Fontes, 1999. p. 272).

Destarte, a utilização dos princípios, seguindo a ideia do neoconstitucionalismo de inserir uma carga axiológica à Constituição, ainda que não esteja constitucionalmente previsto, acabou por inserir uma nova forma de fazer o direito. Através de uma suposta ponderação de princípios alcança-se resultados para as mais diversas contendas judiciais, sem, no entanto, se ter uma sólida fundamentação do porquê se escolheu priorizar um princípio e não o outro. Não se há clareza nessa harmonização de princípios.

Soma-se isso dois pontos complexos. O primeiro é a desenfreada criação de princípios a serem utilizados nos mais diversos casos que surgem. Criam-se princípios para justificar o porquê de se chegar a determinada decisão, mas não a fundamentam. O fundamento se torna o princípio em si, uma espécie de fim em si mesmo, o que permite as mais diversas decisões.

Nesse diapasão, o segundo ponto é a discricionariedade do julgador. Aqui, o problema da fundamentação não permite averiguar como se constrói a decisão do magistrado, ou seja, falta transparência ao veredito, podendo se ter uma decisão puramente fundada em arbitrariedade. Muito embora exista a obrigação constitucional de se fundamentar a decisão e o princípio da convicção motivada do magistrado, a fundamentação com base em princípios, apenas, não parece estar de acordo com essa disposição constitucional, tampouco consegue demonstrar a motivação para o convencimento do juiz.

Portanto, o que se tem é a centralização de um poder decisório nas mãos dos juízes de tal forma que permite decidir acerca de qualquer tipo de assunto, ainda que não seja o tema inerente às suas funções. O juiz assume uma posição na qual concentra muitos poderes e decide não apenas sobre o direito ou sua aplicação, mas também sobre qualquer coisa que chegue ao seu conhecimento, inclusive acerca das regras do jogo democrático para o qual sequer foi escolhido pelo titular do poder democrático, isto é, o povo, para atuar.

## CAPÍTULO 3 – ESTUDO DO HABEAS

### CORPUS 124.306/RJ

#### 3.1 Aspectos gerais

Uma vez trabalhada a questões específicas acerca da decisão judicial e da hermenêutica jurídica.<sup>156</sup> Até o presente momento, buscou demonstrar que a interpretação e a hermenêutica não podem ser entendidas como a mesma coisa, a hermenêutica traz para a interpretação determinados elementos fundamentais para a êxito desta última.

Do mesmo modo, pretendeu-se analisar como as decisões judiciais vem sendo elaboradas num contexto de (neo)constitucionalização do direito, buscando-se averiguar as bases teóricas que servem de fundamento para essas decisões à luz da hermenêutica jurídica. E também como os juízes acabaram por centralizar grande poder em suas mãos ao decidirem lastreados em uma discricionariedade que pode se converter em arbitrariedade.

Com base no exame dessas questões e no debate acerca da judicialização da política, bem como na discussão sobre o ativismo judicial, chegou-se à conclusão de que as decisões judiciais respaldadas por uma judicialização da política e do ativismo judicial estariam adentro ao campo de assuntos não propriamente jurídicos, quer dizer, temáticas inerentes aos outros Poderes constitucionais, o que vem a ferir o princípio da separação entre os outros e, conseqüentemente, a democracia.

Assim, como última parte deste trabalho, tentar-se-á analisar a partir de um caso concreto essas questões hermenêuticas, explorando a fundamentação da decisão judicial em tela. O caso a ser observado é aquele presente no *Habeas Corpus* 124.306 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em primeiro momento em 09/08/2016<sup>157</sup> e em segundo momento em 29/11/2016<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Não é o objetivo do presente trabalho aprofundar-se no tema, pois existem diversos outros elementos que seriam fundamentais de serem analisados. Contudo, buscou-se apresentar em uma breve síntese não só o entendimento acerca da hermenêutica jurídica, bem como uma breve concepção acerca de como essa hermenêutica jurídica deve(ria) ser observada. De fato, a temática comporta debates muito mais amplos.

<sup>157</sup> Data da decisão do Ministro Marco Aurélio de Melo, bem como do pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>158</sup> Data da decisão proferida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

O caso, como se verá mais adiante, teve como objeto o relaxamento da prisão de indivíduos acusados de praticar aborto com o consentimento da gestante. A decisão do Ministro Luís Roberto Barroso trouxe em sua fundamentação uma ponderação acerca de diversos princípios (que serão expostos e analisados mais a frente) e concluindo pela não recepção do crime de aborto pela Carta Magna brasileira.

O objetivo da presente análise será averiguar se a decisão em comento encontra padrões hermenêuticos suficientes para seu embasamento, bem como se está de acordo com os princípios da interpretação conforme à Constituição e da máxima efetividade da Constituição. Por isso, buscar-se-á uma análise qualitativa da fundamentação dos votos dos eminentes Ministros, tendo em vista os princípios acima referidos.

Por oportuno, convém salientar, que não é objetivo do presente trabalho debater sobre a legalização ou não do aborto, bem como não é objeto desse estudo fazer juízo de valor acerca da criminalização ou não do aborto. O intuito da presente pesquisa é fazer uma reflexão acerca dos fundamentos utilizados na decisão e saber se encontram respaldo hermenêutico suficiente, de modo que se possa verificar se na decisão judicial em comento houve uma discricionariedade por parte dos magistrados tendente à arbitrariedade.

Portanto, reafirma-se o intuito de analisar a fundamentação da decisão judicial em si, sem pretensões de formular juízos de valor acerca da questão que envolve o aborto. É fato que tal debate é antigo e se encontra em constante discussão ao redor do mundo por diversos setores sociais e políticos de diversos países, os quais se entende serem os âmbitos mais apropriados para a deliberação desse assunto.

### **3.2 Resumo do caso**

O caso a ser analisado é aquele do Habeas Corpus nº 124.306<sup>159</sup> impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou a

---

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. DJe. 052. Divulgação: 16 de março de 2017. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 13 set. 2022.



concessão da ordem em outro *mandamus* (Habeas Corpus nº 290.341<sup>160</sup>).

Na origem, o processo judicial trata de denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado Rio de Janeiro contra diversos sujeitos pela suposta prática dos crimes de quadrilha, presente no artigo 288<sup>161</sup>, combinado com o crime de aborto com o consentimento da gestante, na forma do artigo 126<sup>162</sup>, por quatro vezes, ambos do Código Penal.

Na denúncia, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro narra que cinco dos denunciados agiram de livre e conscientemente na forma de quadrilha para, mediante pagamento, praticarem vários crimes de aborto com consentimento da gestante. Detalha como cada um dos denunciados atuava dentro da quadrilha, desde a captação por um dos denunciados das gestantes interessadas em fazer o procedimento, até a participação dos demais denunciados, o que agia conduzindo as gestantes até o estabelecimento para efetuar o aborto, aquele que era o vigilante do local, a dona do estabelecimento que funcionava local onde se efetuavam os abortos, atuando esta também como enfermeira, e o denunciado que atuava como médico.

Os crimes de aborto ocorriam em uma clínica clandestina no bairro de Xerém, no Município de Duque de Caxias no Estado do Rio de Janeiro, sendo a conduta criminosa praticada por médico que provocava o aborto ao ministrar nas gestantes medicamento intravenoso, inclusive anestésicos, para que houvesse o aborto. Os demais denunciados auxiliaram de algum modo para a consecução da ação delituosa seja recepcionando, conduzindo as gestantes ou exercendo a segurança privada do estabelecimento, inclusive alertando os demais denunciados e as pacientes caso surgissem autoridades policiais.

Os denunciados foram presos em flagrante por policiais civis no momento da prática de mais um ato abortivo. Nessa esteira, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requereu perante o juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias a convalidação da prisão

---

<sup>160</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 290.341. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. Data do Julgamento: 04/09/2014. DJe: 16/09/2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346850&num\\_registro=201400534269&data=20140916&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346850&num_registro=201400534269&data=20140916&formato=PDF). Último acesso em: 13 set. 2022.

<sup>161</sup> Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.850 de 2013, o artigo 288, *caput*, do Código Penal possuía a seguinte redação:

Quadrilha ou bando

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

<sup>162</sup> CP: Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

em flagrante em prisão preventiva. O juiz da 4ª Vara de Duque de Caxias negou o pedido do *parquet* e concedeu a liberdade provisória aos indiciados. Em sua fundamentação, o juízo argumentou não encontrar razões para a decretação da prisão preventiva, alegando ser medida excepcional a prisão, acrescentando que as infrações são de médio potencial ofensivo, sendo as penas moderadas, destacando, ainda, ser possível em caso de condenação, a conversão das punições em penas restritivas de direito ou, também, o cumprimento das sanções em regime aberto.

Desta forma, o Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito contra a decisão do juízo de primeiro grau, requerendo que fosse decretada a prisão preventiva dos indiciados presos em flagrante. O desembargador relator concedeu provimento ao recurso do órgão ministerial fundamentando sua decisão no fato de haver o concurso de crimes o que promoveria a soma das penas aplicadas aos denunciados, superando o máximo fixado pelo Código de Processo Penal em seu artigo 313. Corroborou essa exposição trazendo diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça decidindo nessa esteira.

Além disso, argumentou, ainda, o desembargador serem os denunciados de alta periculosidade podendo atrair mulheres, inclusive de outros Estados da Federação, para a concreção do crime de aborto. Sendo a prisão o único meio efetivo para se manter a integralidade da ordem pública. Destacou-se, também, o fato de ter o médico denunciado tentado se evadir do local e ter deixado a paciente semidespida em cadeira ginecológica com intenso sangramento, somente tendo retornado ao local ao ser coagido pelo policial civil para tanto. Do mesmo modo, asseverou que as próprias mulheres encontradas no estabelecimento deixaram evidente em depoimento existir uma estrutura para a prática dos abortos.

Sendo assim, uma vez decretada a prisão preventiva dos recorridos, impetrou-se, no Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus que recebeu o número 290.341. A Sexta Turma do STJ denegou a ordem justificando sua decisão com base, primeiro, no fato de a impetração do *mandamus* ser inadequada para o caso, tendo em vista ter sido a prisão preventiva decretada em Recurso em Sentido Estrito, sendo caso de interposição de Recurso Especial. Segundo, com fundamento na existência de dados que corroboravam a necessidade da prisão preventiva, não havendo qualquer tipo de ilegalidade que maculasse a adoção dessa medida. Utilizou-se, ainda, como critério para a negativa julgados anteriores da própria Corte Cidadã a garantia da ordem pública, a reincidência na prática delitiva.

Por fim, impetrou-se novo Habeas Corpus de número 124.306, agora no Supremo Tribunal Federal. A relatoria do writ ficou sob os cuidados do então Ministro Marco Aurélio que em sede medida liminar concedeu a liberdade provisória aos pacientes, refutando de antemão a justificativa da Sexta Turma do STJ de que o remédio constitucional não seria o apropriado para o caso concreto. Ademais, concluiu que para ser efetivada a prisão, é necessário comprovar-se a culpa dos indiciados, bem como a suposta periculosidade dos indivíduos seria, automaticamente, capaz de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, caso se mantivesse patente o perigo dos agentes para a sociedade. Entendeu, ainda, que a tentativa dos réus em evadir-se do flagrante constitui-se em instinto do próprio ser humano a impedir a restrição de sua liberdade, ou seja, um direito natural.

A Procuradoria Geral da República em parecer entendeu pela revogação da liminar e manutenção da custódia dos presos. Em primeiro plano, vale salientar, que a PGR argumentou pela impossibilidade de conhecimento do writ pelo Supremo Tribunal Federal por existir norma constitucional expressa que prevê o julgamento de em recurso ordinário a decisão que denegou o habeas corpus decidido em única instância por Tribunal Superior. Além disso, concordou-se com os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, seja a impossibilidade de substituir o recurso especial pelo remédio constitucional, seja por ter afastado a hipótese de ser a prisão ilegal.

Por fim, considerou a PGR que a prática reiterada do delito de aborto, bem como o tempo de atuação da quadrilha justificariam a manutenção da custódia, tendo em vista a necessidade de se manter a ordem pública. Isso porque os crimes afrontariam a vida e saúde pública, sendo tanto a prática constante, quanto a organização criminosos motivos suficientes para se manter a prisão dos pacientes. Nesse sentido, corroborou sua argumentação, inclusive, com jurisprudência do próprio STF que considerava a prática frequente de crimes e a atuação em grupos organizados para a prática de crimes como justificativa para se manter o encarceramento dos criminosos. Portanto, requereu pelo não conhecimento do pedido e pela denegação da ordem.

### **3.3 Compêndio dos votos dos ministros**

A relatoria do Habeas Corpus foi originariamente entregue ao então ministro da Suprema Corte Marco Aurélio que concedeu a ordem para liberar os pacientes das restrições impostas pela prisão preventiva. Como mencionado anteriormente, em sede liminar, o ministro rechaçou a necessidade de se observar a interposição de recurso para requerer a liberdade dos pacientes, bem como que seria inerente ao direito natural a tentativa dos acusados em fugir ao flagrante, tendo-se vista o instinto humano de preservar sua liberdade.

Em seu voto, Marco Aurélio, destacou que a tentativa de fugir do flagrante somente não deveria ser levada em consideração para determinar a prisão preventiva, pois toda pessoa tem o direito de não incriminar a si mesma, sendo, inclusive, uma garantia prevista no Pacto de San José da Costa Rica. Nas palavras do ministro Marco Aurélio: “A tentativa de escapar do flagrante mostra-se neutra como fundamento para a preventiva, considerada a garantia à não autoincriminação, prevista no artigo 8º, item 2, alínea ‘g’, do Pacto de São José da Costa Rica”.

Ademais, considerou o ministro que restabelecer a prisão preventiva apenas consideraria “a gravidade da imputação, em descompasso com o princípio da não culpabilidade”, portanto, não seria condizente a manutenção da prisão preventiva, já que se deve conferir a toda pessoa o direito de não se incriminar. Sendo assim, a fundamentação do ministro Marco Aurélio estaria fundada em um tratado de Direito Internacional, bem como em norma constitucional prevista no art. 5, LVII.

Entretanto, a relatoria para o acórdão ficou a cargo do ministro Luís Roberto Barroso por ter fixado tese seguida pelos demais ministros da primeira turma. Em primeiro plano, o ministro entendeu não existir razão para a prisão por haver falta de elementos individualizados que justificassem manterem os réus reclusos. Além disso, elencou alguns pontos, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte, que necessitariam ser observados no momento da decretação da prisão:

Note-se que prisão torna-se ainda menos justificável diante da constatação de que os pacientes: (i) são primários e com bons antecedentes; (ii) têm trabalho residência fixa; (iii) têm comparecido devidamente aos atos de instrução do processo; e (iv) cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. DJe. 052. Divulgação: 16 de março de 2017. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 13 set. 2022. p. 12.

Em seguida o ministro concebeu estarem em jogo questões muito além de simples revogação da prisão preventiva. O ministro Barroso levantou a tese da inconstitucionalidade da criminalização do crime de aborto, afirmando ser necessário que a conduta tipificada seja apta a proteger um bem jurídico relevante, que não se constitua em um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre o ato criminalizado praticado e a reação estatal. Nesse ponto afirma que

Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.<sup>164</sup>

Sendo assim, o ministro Barroso aborda a temática dos direitos fundamentais da mulher como elementos necessários a serem observados quando se trata de da prática do aborto com consentimento da gestante no primeiro trimestre da gestação. De acordo com Barroso, a criminalização da conduta operacionalizada nos artigos 124 a 126 do Código Penal, além de não observarem direitos fundamentais da mulher, não haveria o devido respeito ao princípio da proporcionalidade. Segundo o ministro

O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.<sup>165</sup>

Nesse sentido, para o ministro ficam maculados o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios e os seguintes direitos fundamentais da mulher: violação à autonomia da mulher; violação do direito à integridade física e psíquica; violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; violação à igualdade de gênero; discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres. Como o objeto do presente trabalho é a análise do voto do ministro Luís Roberto Barroso, analisar-se-á mais detidamente seus argumentos em momento posterior.

Cumprе ressaltar que em seu voto, o ministro evidenciou também que em outros países o aborto já fora descriminalizado, inclusive com menção aos Estados Unidos da América referência no assunto por ter considerado o aborto constitucional em decisão da Suprema Corte

---

<sup>164</sup> Ibidem. p.12-13. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>165</sup> Ibidem. p. 13. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

norte-americana no caso *Roe v. Wade*. Entretanto, em junho de 2022, a Suprema Corte dos EUA mudou seu entendimento, revogando a decisão que permitia o aborto em todo o país. Realça-se que a mudança de entendimento devolveu aos Estados norte-americanos o poder de decidir sobre a criminalização ou não do aborto, sendo considerado como uma questão política.

O ministro Edson Fachin seguiu o voto do ministro Barroso. O ministro ainda fez uma observação que considerou ser “*a latere*” por não ter teor jurídico, nem ser parte integrante do voto do ministro. O ministro apresentou notícia da revista Carta Capital na qual menciona-se ter o Papa sinalizado pela absolvição de mulheres ou profissionais de saúde que tenham realizado procedimento abortivo. Nas palavras do ministro Fachin:

E concludo, embora seja apenas uma nota a *latere*, Senhor Presidente, para registrar que nesta semana, à página 44 da revista Carta Capital, há uma notícia da Carta Apostólica ‘Misericordia et Misera’ do Papa Francisco, onde se acentuou a possibilidade de absolvição sinalizada pelo Pontífice jesuíta, que alcança mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez após a confissão.<sup>166</sup>

Por fim, o último voto acerca da temática foi da ministra Rosa Weber, que também acompanhou o voto do ministro Luís Roberto Barroso. Em seu voto, a ministra destacou ser necessário conferir interpretação conforme à Constituição para afastar do âmbito de incidência das normas previstas nos arts. 124 a 126 do Código Penal a interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros de gestação. Destacou a ministra “ser uma escolha política penal desproporcional com os direitos fundamentais da mulher no âmbito reprodutivo, sexual e de igualdade”<sup>167</sup>.

A ministra ressaltou, ainda, que os parâmetros aptos a serem observados quando da interpretação conforme estariam consubstanciados nos seguintes direitos fundamentais: a) liberdade privada como direito fundamental: autonomia e direito ao próprio corpo; b) direito à saúde da mulher – direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral; c) direitos sexuais e reprodutivos da mulher; d) direito à proteção à vida desde a concepção – tutela da vida intrauterina. e) privação arbitrária da vida - dignidade da pessoa humana; f) direito à igualdade na aceção substancial.

---

<sup>166</sup> Ibidem. p. 30. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>167</sup> Ibidem. p. 34. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

Em seguida, a ministra fez uma abordagem acerca do Direito comparado trazendo, assim como o ministro Barroso, o julgamento da Suprema Corte norte-americana da década de 1970, a qual considerou como constitucional a prática do aborto no primeiro trimestre, considerando-se, assim, os direitos fundamentais da mulher. Asseverou, ainda, que a decisão da Corte americana entendeu existir “ônus indevido sobre o direito reprodutivo da mulher de escolha”<sup>168</sup>.

Além disso, salientou a ministra o *Caso Artavia-Murillo x Costa Rica* (2012), o qual se tratou da questão da fertilização in vitro. Segundo expôs Weber em seu voto, ficou evidenciado nesse julgado da Corte Interamericana ficou assentado que o direito dos embriões e do feto não possuem caráter absoluto, mas sim, gradual e incremental. Na mesma esteira, foi a decisão, trazida pela magistrada, oriunda da Corte Europeia de Direitos Humanos a qual firmou não ser absoluto o direito à vida intrauterina. Apesar dessa decisão a Corte Europeia de Direitos Humanos não firmou uma interpretação sobre o direito à interrupção da gravidez, porquanto entendera que o Conselho da Europa não tem legitimidade para legislar sobre o assunto.

Por último, concluiu a ministra não haver o direito absoluto à vida intrauterina, primeiro por existir previsão constitucional de casos que excepcionam o direito à vida (em verdade existe apenas uma situação, conforme demonstrado pela ministra que é o caso de guerra declarada). Além de o próprio Código Penal trazer situações de excludente de ilicitude, nas palavras da ministra

Corroborar esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o denominado aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar os direitos do nascituro e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – previsão legislativa que não teve constitucionalidade questionada.<sup>169</sup>

Assim, formou-se entendimento majoritário pela concessão do habeas corpus nos termos do voto do ministro Luís Roberto Barroso, estendendo-se os efeitos do *mandamus* para além dos pacientes e alcançando os corréus.

---

<sup>168</sup> Ibidem. p. 38. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>169</sup> Ibidem. p. 46. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

### 3.4 Principais apontamentos do voto vencedor

O voto que prevaleceu no caso concreto foi o voto do ministro Luís Roberto Barroso. O ministro trouxe alguns elementos que considera serem importantes para a análise do caso de aborto, especialmente, na hipótese do primeiro trimestre da gestação. A respeito do voto ministro, já fora feita uma breve síntese do seu voto-vista alhures. No presente momento, o que se pretende é colher os argumentos apresentados pelo ministro Barroso.

Inicialmente, o ministro trata da questão da inconstitucionalidade da interrupção voluntária da gestação realizada no primeiro trimestre. O ministro afirma que a compatibilidade da criminalização do comportamento com a Constituição Federal deve seguir determinadas exigências para que se possa atestar sua conformidade com a Constituição.

Nesse sentido, assevera que o bem jurídico a ser protegido deve ser relevante, que a conduta incriminada não seja exercício de legítimo de um direito fundamental e que exista proporcionalidade entre a ação e a resposta do Estado. O ministro conclui que a criminalização do aborto nos primeiros três meses de gravidez viola alguns direitos fundamentais da mulher e não contemplam o princípio da proporcionalidade de modo satisfatório.

Aqui cabe uma consideração acerca do princípio da proporcionalidade. Barroso afirma que no caso da interrupção da gestação, o princípio da proporcionalidade assumindo concepção de ponderação, pois não possibilita a solução para o caso concreto. Contudo, afirma o jurista que analisando a questão a partir de uma e outra ideia de ponderação proveniente do princípio da proporcionalidade poder-se-ia formular um raciocínio plausível e aferir um “controle intersubjetivo das decisões”.<sup>170</sup>

Barroso aponta, ainda, para a existência de dois pontos de vista acerca do status jurídico do embrião. Um, ampara-se na convicção de que a vida se inicia no momento da concepção. O outro, escora-se no entendimento de que a vida começa com o desenvolvimento do sistema nervoso central e dos primeiros traços de uma consciência. Nesse último caso, Barroso declara que é o que ocorre apenas após o terceiro mês de gestação, não sendo possível afirmar que há

---

<sup>170</sup> Não há aqui uma clareza sobre qual é a “uma e outra” ideia de ponderação que permitem estruturar o raciocínio argumentativo, tampouco justifica o motivo de a ponderação, “por si só”, não entregar uma resposta satisfatória.



vida em “sentido pleno”.

Antes de apontar os argumentos de sua decisão, o ministro afirma que o caso não possui uma solução jurídica e que a resposta para a questão estará associada a opiniões religiosas ou filosóficas, mas que se deve levar em consideração a possibilidade de vida do embrião extrauterina. A dependência do feto do corpo da mulher é, para o ministro, o ponto de partida para sua análise.

Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.<sup>171</sup>

Primeiro ponto abordado por Barroso foi a violação à autonomia da mulher. O ministro usa como argumento inicial o desrespeito de uma liberdade individual da mulher consubstanciada em sua autonomia de tomar suas próprias decisões. Tal direito, segundo o ministro, é protegido pelo princípio da dignidade humana presente no art. 1º, III, da CRFB/1988.

Nesse diapasão, o ministro destaca que essa autonomia da mulher é que permite a ela tomar as decisões relacionadas ao próprio corpo, inclusive no que tange a gravidez. Assim, Barroso indaga

Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?<sup>172</sup>

Outro ponto trazido pelo ministro é a violação a integridade física e psíquica da mulher. De acordo com o Barroso, a integridade física é afetada pelas transformações ocorridas no corpo da mulher durante o período gestacional. Enquanto que a integridade psíquica será prejudicada no ponto em que a mulher terá um compromisso de criar outro ser humano. Partindo dessas

---

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. DJe. 052. Divulgação: 16 de março de 2017. Publicação: 17 de março de 2017. p. 17 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 13 set. 2022.

<sup>172</sup> Ibidem. p. 17 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

premissas, o ministro conclui que “ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher”.<sup>173</sup>

Terceira proposição elencada por Barroso foi a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Segundo o ministro, os direitos reprodutivos da mulher merecem proteção mais intensa devido ser a gestação um “ônus” que compete à mulher. Conclui que a criminalização do aborto promove uma interferência do Estado sobre a sua capacidade de autodeterminação reprodutiva, prejudicando sua saúde reprodutiva, aumentando o número de mortalidade das mulheres que buscam o aborto, bem como “outras complicações decorrentes da falta de acesso à assistência de saúde adequada”<sup>174</sup>.

Quarto tópico listado pelo ministro foi a violação da igualdade de gênero. Consoante o ministro, por ser “a mulher que suporta o ônus integral da gravidez”<sup>175</sup>, a igualdade entre os gêneros somente existiria se a mulher tivesse o direito de escolher sobre a continuidade ou não da gravidez.

Além disso, o ministro destaca como último fator de afronta aos direitos fundamentais da mulher a discriminação social e o impacto sobre as mulheres pobres. Barroso assevera que as mulheres pobres não possuem meios de acessar um sistema público de saúde para fazer o procedimento abortivo, bem como não teriam acesso a médicos ou clínicas particulares. Para ele, a criminalização suprime da mulher a possibilidade de ter “um procedimento médico seguro”<sup>176</sup>.

Por fim, em seu voto, Barroso afirma ter sido o princípio da proporcionalidade violado pela norma penal. Em suma, o ministro declara que a norma penal só estará justificada, ou seja, encontrará guarida nos valores constitucionais, caso atenda aos seguintes pontos:

- (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus

---

<sup>173</sup> Ibidem. p. 18. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>174</sup> Ibidem. p. 19. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>175</sup> Ibidem. p. 20. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>176</sup> Ibidem. p. 20. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).<sup>177</sup>

Em apertada síntese, Barroso aduz que não há adequação entre a medida e a proteção à vida do feto, pois segundo o ministro a criminalização não inibe as práticas de aborto, sendo certo que existem práticas abortivas que fogem ao conhecimento do Poder Público. Assim, não haveria proteção eficaz à vida do embrião, já que não impede a inibição da interrupção da gestação em todos os casos.

Quanto à necessidade, Barroso afirma existir outros instrumentos capazes de oferecer proteção aos direitos do feto<sup>178</sup>. Utilizando-se da comparação com outros países, o ministro declara que nesses locais houve a descriminalização do aborto na fase inicial, devendo ser cumpridas determinadas exigências para que a mulher tome uma decisão pensada e planejada.<sup>179</sup>

Por fim, Barroso trata da proporcionalidade em sentido estrito alegando que o direito à vida do nascituro dependerá do tempo da gestação, isto é, quanto mais avançada for a gravidez, maior será a proteção dada a vida do embrião. Isso se dá tendo como parâmetro a vida extrauterina, ou seja, sendo o feto capaz de viver sem a ajuda do corpo da mãe, sua vida mereceria maior proteção, diferentemente do que ocorre nos estágios iniciais da gestação, quando depende mais do corpo da mulher. Acrescenta, ainda, que durante o primeiro mês não há desenvolvimento do córtex cerebral, o que impede que o embrião possua sentimentos ou racionalidade.

### 3.5 Análise

Inicialmente, cabe reforçar o interesse em analisar as argumentações trazidas pelo julgado e sua conseqüente conformidade com a Constituição Federal, sem adentrar no mérito acerca da criminalização ou descriminalização do aborto. Aliás, como se pretenderá demonstrar, essa discussão não deveria ser objeto de debate no Judiciário, mas sim em outros âmbitos, como o

---

<sup>177</sup> Ibidem. p. 21-22. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 21 nov. 2022.

<sup>178</sup> Aqui, Barroso não especifica ou detalha quais seriam essas medidas menos invasivas à mulher, mas que resguardam os direitos do feto.

<sup>179</sup> O ministro evidencia que a Alemanha adota um procedimento de “consulta de aconselhamento” e “um período de reflexão prévia de três dias”, no entanto, não esclarece como essa consulta e esse período atende aos direitos do embrião, ou se eles atendem apenas a um sopesamento dos interesses/direitos da gestante.

social e o político, por exemplo.

Antes de adentrarmos no cerne dos critérios usados pelo ministro para justificar sua posição, abordar-se-á a questão do direito comparado usado pelo ministro Barroso. O objetivo não é fazer uma digressão no direito comparado, mas apenas levantar algumas questões, principalmente, no que se refere ao caso dos EUA.

Nesse sentido, caso comumente utilizado para tratar do aborto no primeiro trimestre da gestação é o case *Roe v. Wade*, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu que a mulher tem o direito de optar pela continuidade ou não da gravidez com fundamento no seu direito à privacidade.<sup>180</sup> Ocorre que essa decisão foi recentemente superada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme já delineado em *Roe v. Wade*, a Corte máxima daquele país entendeu que a Constituição norte-americana não regula a questão do aborto.

O caso que trouxe a superação de *Roe v. Wade* foi o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Por óbvio, não se pretenderá realizar uma análise pormenorizada da decisão norte-americana, porquanto não é o objeto do presente trabalho, mas faz-se necessário elencar alguns (ainda que não todos os) argumentos sobre o voto vencedor do litígio norte-americano.

Primeiro ponto a considerar é que a nova opinião da Suprema Corte norte-americana classificou o *Roe v. Wade* como flagrantemente equivocada e em rota de colisão com a Constituição norte-americana desde o dia em que fora decidida. Além disso, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* estava igualmente equivocado ao perpetuar os erros de *Roe*. Entendeu-se, ainda, que a Suprema Corte interferiu no processo democrático ao impedir que aqueles americanos que discordavam do caso *Roe v. Wade* pudessem manifestar-se sobre o assunto.<sup>181</sup>

Outro ponto elencado pela decisão da Corte norte-americana é o fato de ser um perigo o público perceber as influências advindas de considerações políticas e da opinião pública numa

---

<sup>180</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 3 nov. 2022.

<sup>181</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, No. 19-1392, slip op. at 79 (U.S. June 24, 2022). p. 5. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf). Acesso em: 13 nov 2022.

decisão que sirva como divisor de águas em determinado caso. Além disso, destacou não ser o aborto um direito constitucional fundamental e que cabe aos Estados-membros regularem o caso, e quando tais leis forem confrontadas com a Constituição norte-americana, não cabe a Suprema Corte norte-americana “substituir suas crenças sociais e econômicas pelo julgamento dos órgãos legislativos”<sup>182</sup>

Por fim, porém não menos importante, a Suprema Corte norte americana entendeu que o aborto é uma questão profundamente moral. E a Constituição norte-americana não proíbe os Estados de regularem ou proibirem o aborto. Ao contrário, os casos *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* apropriaram-se dessa autoridade em regular o tema do aborto. Sendo assim, a Suprema Corte superou os casos *Roe* e *Casey*, retornando à autoridade para decidir sobre o aborto ao povo e aos seus representantes eleitos.<sup>183</sup>

Destarte, ao se analisar a decisão o norte-americana, evidencia-se que a questão moral, social, ética e política exsurge do debate a respeito do aborto. De fato, a moralidade que decorre dessa temática não poderia ser analisada pelo Judiciário, pois prevaleceria a subjetividade do julgador, se está de acordo ou não com a prática do aborto. Sem dúvidas, esse é um tema que envolve muito da subjetividade de cada um, como apontado pelo próprio ministro Luís Roberto Barroso, varia de acordo com as concepções filosóficas e religiosas, assim, indaga-se: como poderia haver uma solução jurídica para o caso? A solução, invariavelmente, passaria por questões que não se encerram no âmbito jurídico.

Ademais, destaca-se que no Brasil a Constituição Federal não regula expressamente o aborto, isto é, não é uma norma que permita atestar a legalidade da prática do aborto, tampouco há dispositivo que criminalize o aborto. De fato, poder-se-ia encontrar justificativas na Constituição para ambos os lados. Além disso, convém assinalar a competência privativa da União (art. 22, CRFB/88) para tratar de matéria referente ao Direito Penal, assim, qualquer criminalização de conduta deve ser operada pelo Legislativo federal, da mesma forma no caso de descriminalização de conduta. Desse modo, com base no princípio da legalidade no Direito Penal, tanto a criminalização, quanto a descriminalização de qualquer conduta não poderia ser

---

<sup>182</sup> Ibidem. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf). Acesso em: 13 nov 2022. p. 7

<sup>183</sup> Ibidem. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf). Acesso em: 13 nov 2022. p. 8

feita pelo Judiciário, mas sim pelo Legislativo que é o Poder competente para tal.

Outro ponto a ser analisado no que tange a comparação feita pelo ministro Barroso, é que os países que optaram pela descriminalização do aborto são mais desenvolvidos economicamente que o Brasil. Esse ponto deveria ser levado em consideração. O próprio ministro afirma que “na verdade, o que a criminalização de fato **afeta é a quantidade de abortos seguros** e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento” (grifos nossos). Sendo assim, o que Barroso está a dizer é que havendo a descriminalização do aborto, haveria mais abortos seguros sendo realizados, conseqüentemente, menos risco haveria de gestantes virem a óbito.

Entretanto, tal premissa não pode ser levada como verdade. A título de reflexão, traz-se um dado coletado de jornal acerca da descriminalização do aborto na África do Sul. Primeiro, não se pretende afirmar que o fato ocorrido na África do Sul em 2009 aconteceria, também, no Brasil, mas vale a pena refletir sobre o caso. Em notícia data de 26/05/2009 do portal G1, noticia-se o aumento da prática de aborto clandestino na África do Sul. Conforme se depreende do relato, a legalização do aborto na África do Sul correu em 1996 e, em 2009, a prática clandestina ainda se perpetuava em crianças e mulheres entre 12 e 45 anos. Ademais, informa-se que para as mulheres pobres o procedimento é gratuito.<sup>184</sup> No mesmo sentido, é a reportagem do sítio *Opera Mundi* datada de 07/04/2012 que afirma o aumento da clandestinidade dos procedimentos aborto na África do Sul mesmo com a legalização.<sup>185</sup>

A reflexão que se pretende fazer é simples. Em um período de treze anos, não houve uma gradual redução de abortos clandestinos, mas, ao contrário, eles continuaram e aumentaram. Não há dados acerca do reflexo para a saúde materna, isto é, se alguma das mães se foram vitimadas durante esses abortos clandestinos, mas o fato é que não se pode dar certeza que a legalização vem seguida de mais instrução acerca dos procedimentos e de como fazê-lo com segurança. Também não se quer afirmar que tal situação ocorreria no Brasil, porém tendo em vista a população pobre brasileira, dado destacado tanto por Barroso quanto por Weber, com

---

<sup>184</sup> Ver LUZ, Natália. Legalização aumenta número de abortos na África do Sul. *Portal G1*. Cidade do Cabo. 26/05/2009. Mundo/África do Sul. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1167062-5602,00-LEGALIZACAO+AUMENTA+NUMERO+DE+ABORTOS+NA+AFRICA+DO+SUL.html> Acesso em: 12 nov. 2022.

<sup>185</sup> Ver LIMA, Gleyma. ROCHA, Polyanna. Legalização do aborto na África do Sul não impede clandestinidade. *OPERA MUNDI*. 07/04/2012. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/20968/legalizacao-do-aborto-na-africa-do-sul-nao-impede-clandestinidade> Acesso em: 12 nov. 2022.

muitas pessoas com pouca instrução, não há como ter certeza de que o Brasil seguiria o exemplo dos países desenvolvidos e teria um número reduzido de mulheres pobres vitimadas pelos abortos praticados clandestinamente. Portanto, tal argumento parece ser mais uma tentativa de prever o futuro, ou mesmo um desejo do ministro do que uma certeza fática.

Noutro giro, passa-se a tratar mais especificamente dos argumentos proposto pelo ministro Barroso em seu voto-vista. O primeiro ponto que impende destacar da fundamentação do voto do ministro é o argumento de que a solução jurídica para o caso é inviável e que para se chegar a um resultado, dever-se-á utilizar de convicções filosóficas ou religiosas. Desse modo, depreende-se que a análise feita pelo ministro não irá perquirir uma solução que contemple um exame jurídico do caso, mas apenas a imposição de seus valores e ideais. De fato, o que parece é existir é a emanção de uma opinião político-ideológica do ministro.

Outro ponto o qual ministro Barroso faz referência é a questão do status jurídico do embrião no início da gravidez. Aqui, há elevada controvérsia acerca de quando se inicia a vida intrauterina. O debate não está restrito ao plano jurídico, apenas. Há múltiplas posições, inclusive no campo médico. Em que pese a variedade de teorias a respeito do início da vida do embrião, no presente trabalho restringir-se-á àquelas apontadas no voto-vista do ministro Barroso, a saber, a teoria de que a vida começa com concepção e a teoria de que a vida se inicia com a formação dos rudimentos do sistema nervoso central. Não se pretende, aqui, esgotar ambas teorias, mas apenas expô-las e avalia-las segundo o ordenamento jurídico pátrio.

A primeira teoria a ser abordada será a teoria da concepção. A teoria concepcionista afirma que a vida se inicia no momento da fecundação dos gametas masculino e feminino, formando, assim, o zigoto. Desse modo, a origem da vida inicia-se a partir da fusão do espermatozoide com o óvulo, criando um novo código genético. Assim, o nascituro é considerado como pessoa humana, possuindo direitos a serem protegidos por lei. Dentre os defensores dessa teoria encontra-se a jurista Maria Helena Diniz que afirma

Embora a **vida se inicie com a fecundação**, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher<sup>186</sup> (grifos nossos).

---

<sup>186</sup> DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.64

Conclui a jurista da seguinte forma

Com isso, **parece-nos que a razão está com a teoria concepcionista**, uma vez que o **Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro**, e, além disso, no art. 1.597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga. Com isso, **protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro**<sup>187</sup> (grifos nossos).

Por outro lado, a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central afirma que a vida somente se inicia com a formação do cérebro. Essa teoria parte do pressuposto que por ser, o ser humano, racional, a vida somente poderia ter início quando há atividade cerebral no corpo do feto. Essa é a posição de Luís Roberto Barroso que afirma o seguinte

A equiparação do embrião a um ser humano, em sua totalidade corporal e espiritual, não é compatível com o direito brasileiro que já se encontrava em vigor antes mesmo da Lei de Biossegurança. A Lei de Transplante de Órgãos, por exemplo, somente autoriza o procedimento respectivo após o diagnóstico de morte encefálica, momento a partir do qual cessa a atividade nervosa. **Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada ‘placa neural’**<sup>188</sup> (grifos nossos)

A posição do ministro Barroso está presente na Lei nº 9.434/1997 que em seu art. 3º, caput<sup>189</sup>, afirma que a doação de órgãos deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica. Para os adeptos da teoria mencionada, assim como o ministro, se existe lei definindo a morte no momento da parada da atividade cerebral, o início da vida somente seria viável a partir do momento em que houvesse a formação do sistema nervoso central.

Convém analisar que “a equiparação do embrião a um ser humano, em sua totalidade corporal e espiritual, não é compatível com o direito brasileiro”, porque a análise feita por Barroso leva em consideração apenas a Lei de Transplante de Órgãos. Mas à época, o Código Civil de 1916 já resguardava os direitos do nascituro desde a concepção, ou seja, se for utilizado o critério cronológico, na verdade, o direito brasileiro confere status de ser humano ao embrião

<sup>187</sup> Ibidem. p. 64.

<sup>188</sup> BARROSO, L. R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 241, p. 93–120, 2005. DOI: 10.12660/rda.v241.2005.43329. p. 110 Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43329>. Acesso em: 5 nov. 2022.

<sup>189</sup> Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.



desde 1916, pelo menos.<sup>190</sup>

Transportando para os dias atuais, o Código Civil de 2002 traz em seu art. 2º garantia ao nascituro de que seus direitos da personalidade estarão protegidos desde a concepção. Evidente, portanto, que o ordenamento pátrio também privilegia a concepção.

Mas não apenas o Código Civil promove essa proteção. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) dispõe em seu artigo 4º.1 que toda pessoa tem direito à vida e que essa proteção se dará desde a concepção, em geral. Nesse ponto, Daniel Sarmiento afirma que o termo “em geral” demonstra que a vida intrauterina deve ser tida como princípio e não como regra.<sup>191</sup> Sarmiento destaca ainda que existem outros direitos consagrados na Convenção Americana que seriam titularizados pela gestante como: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (art. 5º.1.); “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais” (art. 7º.1); “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (art. 11.2).

Entretanto, a partir desse apontamento de Sarmiento, indaga-se: não caberia o mesmo direito ao nascituro? Não teria o nascituro o direito de ter sua integridade física respeitada? O nascituro não teria direito a sua segurança pessoal? Pois, o aborto poderia configurar um nível de insegurança para o feto. Não poderia ser considerado uma ingerência arbitrária o aborto? Interessante notar, ainda, que o art. 11.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos afirma que “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”. Evidentemente, tal artigo poderia ser utilizado para defender o direito fundamental da mulher em praticar o aborto, mas por que não poderia ser utilizado em favor da manutenção da vida do feto? Aparentemente, há possibilidade de não só os direitos fundamentais da mulher serem garantidos por meio da Convenção Americana, como, também, os direitos do embrião.

Acrescente-se que o Brasil além de ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, também é signatário da Convenção sobre os Direitos das Crianças adotada pela

---

<sup>190</sup> Convém lembrar que o art. 4º, do Código Civil de 1916 garante os direitos do nascituro desde a concepção.

<sup>191</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. p.69. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 3 nov. 2022.

Assembleia da ONU. Em seu preâmbulo, o qual pode-se dar, pelo menos, força de caráter axiológico, observa-se enunciado proveniente da Convenção dos Direitos da Criança o qual afirma: “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, **inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento**”<sup>192</sup> (grifos nossos). Assim, evidente que por força de mais um tratado internacional, haveria, sim, a proteção ao direito à vida do embrião, desde antes do seu nascimento.

Além disso, outra norma interna que demonstra o compromisso do ordenamento jurídico pátrio com a proteção do embrião, desde a sua concepção, está presente na Lei nº 11.804/2008. A lei mencionada é a lei dos alimentos gravídicos e garante a subsistência e a dignidade do feto antes de seu nascimento. O art. 2º da mencionada lei é expresso em afirmar que os alimentos serão devidos desde a concepção.<sup>193</sup> Perceba-se que a lei é 2008, o que, aparentemente, não se coaduna com a ideia de Barroso, anteriormente apontada, de que o ordenamento jurídico brasileiro não confere ao embrião à equiparação a ser humano.

Nesse ponto, é interessante nota que a argumentação proposta tanto por Daniel Sarmiento em seu artigo *Legalização do Aborto e Constituição* e no voto do ministro Luís Roberto Barroso no *mandamus*, ora analisado, de que a vida do nascituro deveria receber uma proteção gradual, isto é, que a proteção à vida do embrião humano, assim como sua dignidade somente deveria ter força com o decorrer do período de gestação não merece prosperar. Isso porque se a Constituição Federal não alberga a proteção da vida do nascituro, desde a sua concepção, indaga-se: como pode o nascituro ter direitos aos alimentos gravídicos? De fato, essa lei deveria padecer, no mínimo de uma contrariedade com a Constituição Federal, nesse caso.

O raciocínio é simples. Se deve ser dada uma proteção gradual ao embrião, porque ele ainda não comporta todas as condições de sobrevivência fora do útero, então, questiona-se: por que existe uma lei que garante justamente a proteção da subsistência desse nascituro, sem que ele possa receber uma proteção efetiva para a manutenção de sua vida quando a questão é o

---

<sup>192</sup> NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança. Data da publicação: 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 nov. 2022.

<sup>193</sup> Lei nº 11.804/2008: Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, **da concepção ao parto**, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (grifos nossos).

aborto? Aparentemente, há essa contradição, se a proteção é gradual, então não poderia uma norma infraconstitucional dizer que há tal salvaguarda à vida do feto.

Entretanto, não aparenta existir contradição entre a lei dos alimentos gravídicos e a Constituição Federal, pelo contrário, há a possibilidade de se fazer uma interpretação conforme à Constituição nessa hipótese. A Constituição Federal garante em seu artigo 227<sup>194</sup>, caput, os direitos a vida e a saúde às crianças e adolescentes, numa análise perfunctória não se cogitaria dizer que a Lei dos Alimentos Gravídicos não se encaixa nessa concepção, menos ainda que se mostra contrária a esse dispositivo constitucional.

No mesmo sentido, seria uma interpretação conforme do artigo 2º do Código Civil que garante os direitos de personalidade aos nascituros. A proteção constitucional existe, a adequação dos dispositivos previstos na legislação infraconstitucional também, portanto, difícil conceber que os direitos previstos no artigo 227 da Carta Magna não seriam compatíveis com a proteção infraconstitucional mencionada.

Ademais, é evidente que o dispositivo constitucional mencionado é expressão de um direito fundamental à criança e ao adolescente e pode ser facilmente estendido ao embrião humano por simples uso da hermenêutica, isso porque não há nenhuma razão para se impedir a proteção a direitos fundamentais na Constituição Federal, ainda mais quando a Carta Política é receptível a esses direitos, conforme se depreende do seu art. 5º, §2º<sup>195</sup>. Inclusive, poder-se-ia, partindo da interpretação do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>196</sup>, considerar o embrião como criança, isso porque o termo “pessoa” inscrito no supracitado artigo do ECA pode levar a interpretação de que ali se presume existir um ser humano, o embrião é um ser humano, ou, ao menos, é inegavelmente da espécie *homo sapiens*, então, indaga-se: por que ele não poderia ter essa proteção à sua vida?

De outro modo, questiona-se: por que a proteção penal conferida à vida do nascituro não

---

<sup>194</sup> CRFB/88: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>195</sup> CRFB/88: art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes** do regime e dos princípios por ela adotados, ou **dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**. (Grifos nossos).

<sup>196</sup> ECA: Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

está de acordo com a Constituição Federal? Por que a Carta Magna não recepcionou os arts. 124 e 126 do Código Penal? Não se nega que a existência de direitos fundamentais da mulher, mas por que só ela teria esses direitos fundamentais e o embrião humano não? Por que o art. 227 da Constituição Federal não pode ser entendido como um direito fundamental do feto? O próprio parágrafo primeiro do artigo 227 garante em seu inciso um, percentual de recurso público destinado à assistência materno-infantil, o que, por óbvio inclui, assistência pré-natal, logo, está assegurando a vida do embrião no útero da mãe. Igualmente, o ECA, também, garante proteção à saúde e à vida não só da gestante, mas também do feto e da criança que vier a nascer, conforme dispõe o seu art. 8º, caput.<sup>197</sup>

No que tange a suposta não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, vale aqui uma reflexão. Sarmento avalia que o aborto espontâneo não traria um sofrimento para os pais tal qual traria a perda de um filho já nascido. Mas o aborto espontâneo não guarda equivalência mínima com o homicídio (tipo penal usado como exemplo pelo jurista), é que no homicídio, pressupõe-se que terceiro retire a vida de alguém e não que um infortúnio aconteça, como é o caso do aborto espontâneo. Além disso, poder-se-ia questionar, também, se já que a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro não comportam proteção ao embrião antes das três semanas como ficaria o caso do aborto sem o consentimento da gestante (art. 125, do CP)?

Imagine-se que uma mulher está à espera de um bebê antes do final do primeiro trimestre da gestação e durante um assalto, o criminoso efetua um disparo de arma de fogo contra a barriga da gestante, levando à expulsão e morte somente o feto. Nessa hipótese proposta, indaga-se: ocorrendo no primeiro trimestre da gestação tal fato e considerando-se não existir proteção ao feto, haveria o crime de aborto?

Cumprido destacar que o crime de aborto se encontra no título dos crimes contra a pessoa e no capítulo dos crimes contra a vida. Nesse sentido, na doutrina penalista são diversas as vozes que identificam no bem jurídico protegido pela norma como sendo a vida do embrião em formação dentro do útero materno.<sup>198</sup> Portanto, não há razões para acreditar que a morte do

---

<sup>197</sup> Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

<sup>198</sup> Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte especial: crimes contra a pessoa. – Coleção Tratado de direito penal. Volume 2 – 20ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. GRECO, Rogério. Curso de direito penal: volume 2:

embrião humano não mereceria tutela do ordenamento jurídico seja para hipóteses relativa aos crimes contra sua vida e a garantia de sua existência, seja para hipóteses que lhe conceda, inclusive, proteção a futuros direitos patrimoniais.

Por fim, corrobora-se o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio confere ao embrião a possibilidade de ser protegido contra

A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide (CC, art. 22, Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV e CP, arts. 124 a 128). O direito A vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF art. 72) ou prestação de alimentos (CF arts. 5º, LXVII e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), embrião, nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF arts. 203, IV, 227, § 1º, II) que esteja coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.<sup>199</sup>

Além disso, cumpre destacar o argumento utilizado tanto pelo ministro Barroso no habeas corpus aqui analisado quanto a alegação de Daniel Sarmiento de que “a interrupção da voluntária da gravidez constitui também o cumprimento de compromissos internacionais”<sup>200</sup>. Em ambos os argumentos fora citado o Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD).

Nesse sentido, Barroso destacou o §7.3 do mencionado relatório que aduz ser direito tanto do casal quanto do indivíduo de decidir livremente sobre suas questões reprodutivas. Entretanto, o próprio Relatório da Conferência do Cairo deixa expresso que o aborto não deve ser utilizado como um meio de planejamento familiar, ou seja, não cabe a prática do abortamento como simples ação para se efetivar a autonomia da mulher ou do casal. Esse fato pode ser evidenciado nos parágrafos 7.24 e 8.25, *in verbis*:

§7.24. Os governos devem tomar providências adequadas para ajudar as mulheres a **evitar o aborto**, que, em **nenhuma hipótese**, deve ser **promovido como método de planejamento familiar** e, em todo caso, fazer que mulheres que tenham recorrido ao

parte especial: artigos 121 a 212 do código penal. – 19ª. ed. – Barueri (SP): Atlas, 2022. JESUS, Damásio de Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP. Atualização: André Estefam. – Direito penal vol. 2 – 36. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>199</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 47.

<sup>200</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 3 nov. 2022. p.45.

aborto recebam orientação e tratamento humanitário<sup>201</sup>. (Grifos nossos)

§8.25. **Em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar.** Todos os governos e organizações intergovernamentais e não-governamentais são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher, a considerar o impacto de um aborto inseguro na saúde como uma preocupação de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto, ampliando e melhorando os serviços de planejamento familiar. A prevenção de gravidezes indesejadas deve ser dada sempre a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto. Mulheres com gravidez indesejada devem ter pronto acesso a informações confiáveis e a uma orientação compreensível. **Todas as medidas ou mudanças com relação ao aborto no sistema de saúde só podem ser definidas, no âmbito nacional ou local, de acordo com o processo legislativo nacional.** Em circunstâncias em que o aborto não contraria a lei, esse aborto deve ser seguro. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento de complicações resultantes de aborto. Os serviços de orientação pós-aborto, de educação e de planejamento familiar devem ser de imediata disponibilidade, o que ajudará também a evitar repetidos abortos.<sup>202</sup> (Grifos nosso).

Ora, é evidente que a menção a não utilização do aborto como planejamento familiar inclui a não possibilidade de se interpretar a autonomia da mulher e os seus direitos reprodutivos como superiores ao direito do feto. Assevere-se, ainda, que no próprio relatório, na parte reservada às declarações orais e reservas feitas pelas nações participantes, foram feitas inúmeras ressalvas quanto a utilização do aborto quanto meio de controle de fecundidade, portanto, não se entende como possível uma interpretação baseada no referido relatório que leva em consideração, apenas, um parágrafo do relatório, ou, até mesmo, não se considera aquilo que fora discutido pelos países acordantes nas Sessões Plenárias. É também difícil de conceber que o aborto feito pela mulher no primeiro trimestre da gestação com base na sua autonomia seja consoante ao que se depreende dos dispositivos mencionados.

Outrossim, convém destacar que a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher ocorrida em Pequim, e também mencionada por Sarmiento<sup>203</sup>, praticamente reproduz aquilo que fora exposto no Relatório do Cairo, ou seja, não há evidência substancial de que os direitos reprodutivos da mulher conferem a permissão do aborto no primeiro trimestre da gestação. O §106.k da Declaração e Plataforma de Ação promovida em Pequim afirma que

<sup>201</sup> NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: plataforma do Cairo, data da publicação: 1994. Apresentação de Tania Patriota. p. 67. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

<sup>202</sup> Idem. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022. p. 77.

<sup>203</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 43-82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 3 nov. 2022. p.45.

k) à luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que reza: **“Em nenhum caso se deve promover o aborto como método de planejamento familiar”**. Insta-se a todos os governos e às organizações intergovernamentais e não governamentais pertinentes a revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher, a tratar os efeitos sobre a saúde dos abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública e a **reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar. A prevenção da gravidez não desejada deve merecer a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto**. As mulheres que engravidam sem o desejar devem ter pronto acesso a informação confiável e orientação solidária. **Quaisquer medidas ou mudanças em relação ao aborto no âmbito do sistema de saúde só podem ser determinadas, em nível nacional ou local, de conformidade com o processo legislativo nacional**. Nos casos em que o aborto não é ilegal, ele deve ser praticado em condições seguras. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de boa qualidade para o tratamento de complicações derivadas de abortos. Serviços de orientação, educação e planejamento familiar pós-aborto devem ser oferecidos prontamente à mulher, o que contribuirá para evitar abortos repetidos”, considerar a possibilidade de rever as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais.<sup>204</sup>

Portanto, entende-se que a interpretação feita no Habeas Corpus 124.306 acabou por privilegiar os direitos fundamentais apenas da mulher ao se levar em consideração somente a parte referente aos seus direitos reprodutivos e não mencionando as ressalvas referente ao aborto. O Relatório da Conferência do Cairo de 1994 e a Declaração e Plataforma da Ação de Pequim de 1995 deixam expresso que a tratativa do aborto deve ser ajustada por meio de legislação, respeitando-se o processo legislativo nacional, o que não aconteceu no caso do supracitado *writ*.

Ainda acerca dos direitos fundamentais da mulher, segundo afirmam Steinmetz e Rockziegel, embora Barroso alegue existir desrespeito aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o ministro não demonstra fundamentadamente sua argumentação, não evidenciando as normas constitucionais as quais embasariam seu raciocínio jurídico. O mesmo ocorre quando o ministro trata da violação da igualdade de gênero, segundo os autores, há argumentação é muito abrangente e não delimita com precisão a razão de haver afronta a igualdade de gênero.<sup>205</sup>

Por fim, cumpre destacar a parte referente a violação ao princípio da proporcionalidade

<sup>204</sup> NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, data da publicação: 1995. Apresentação Maria Luiza Ribeiro Viotti. p. 182. Disponível em: [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/declaracao\\_beijing.pdf](https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 11 nov. 2022.

<sup>205</sup> STEINMETZ, W.; RECKZIEGEL, J. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 763–776, 2017. DOI: 10.18593/ejll.16270. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16270>. Acesso em: 12 nov. 2022.

utilizado pelo ministro Barroso para tratar de não recepção da Constituição Federal dos crimes de aborto previstos nos arts. 124 e 126 do CP, contudo, também não demonstra com precisão como ocorre essa adequação do aborto no primeiro trimestre da gravidez aos valores da CRFB de 1988 e a suposta transformação dos costumes.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade pode ter terminologias distintas a depender de como se encara a proporcionalidade, se como uma máxima, uma regra ou um princípio.<sup>206</sup> Para cada uma dessas expressões a proporcionalidade assume uma feição distinta, consoante o eminente jurista.<sup>207</sup> Como não é o objeto do presente estudo adentrar nesses pormenores, admitir-se-á a proporcionalidade como um princípio, já que, o ministro Luís Roberto Barroso assim o faz quando destaca haver uma violação do princípio da proporcionalidade.<sup>208</sup>

Desse modo, para compreendermos o que seria o princípio da proporcionalidade, recorrer-se-á a definição de Robert Alexy e de Virgílio Afonso da Silva acerca do conceito de princípio. No primeiro caso, Alexy afirma “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>209</sup> Por outro lado, Silva considerando os limites propostos por seu trabalho irá declarar que “princípios, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto”.<sup>210</sup> Sendo assim, o princípio da proporcionalidade deveria impor que determinada medida fosse concretizada em uma situação hipotética.

A proporcionalidade compõe-se, ainda, de outros três princípios, conforme atesta a doutrina. O ministro Barroso chama-os de subprincípios.<sup>211</sup> Seguindo a terminologia utilizada

---

<sup>206</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

<sup>207</sup> Idem.

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. DJe. 052. Divulgação: 16 de março de 2017. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 13 set. 2022. p. 21

<sup>209</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Edição. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 90

<sup>210</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 168.

<sup>211</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. DJe. 052. Divulgação: 16 de março de 2017. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 13 set. 2022. p. 22; 24 e 25.



pelo ministro, os subprincípios da proporcionalidade são o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, em linhas gerais, envolve analisar a se a medida que está sendo adotada é válida para se alcançar um “objetivo constitucionalmente legítimo”<sup>212</sup>.<sup>213</sup> O subprincípio da necessidade evoca se existem outras ações igualmente aptas a alcançar o resultado final pretendido.<sup>214</sup> Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva

Fica clara, assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim.<sup>215</sup>

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito perquire se há o devido equilíbrio entre os efeitos produzidos pela medida adota e o fim ao qual se pretende alcançar.<sup>216</sup>

Virgílio Afonso da Silva ao tratar do subprincípio em questão declara

A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.<sup>217</sup>

Dito isso, o ministro Barroso promove o teste do princípio da proporcionalidade com a finalidade de aferir se a criminalização do aborto proteger adequadamente a vida do embrião. Nesse teste, o ministro utiliza os direitos fundamentais da mulher, como já citado alhures, como parâmetro de aferição para saber se a defesa da vida do feto justifica a limitação desses direitos. A conclusão do ministro foi de que criminalizar o aborto não é capaz de evitar que haja a interrupção da gestação, por isso não é adequada; como alternativa a medida penal, o ministro sugere a descriminalização do aborto como aconteceu em outros países, citando, especificamente, a Alemanha, além de associar uma parte dos números de gestação não planejadas estarem ligadas à falta de informação e acesso a métodos contraceptivos; e no exame

<sup>212</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 169.

<sup>213</sup> Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2000.

<sup>214</sup> Idem.

<sup>215</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 171.

<sup>216</sup> Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2000.

<sup>217</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 175.

da proporcionalidade em sentido estrito, conclui que o direito à vida do feto evolui conforme o desenvolver da gestação, isto é, antes disso o direito fundamental do feto é mais fraco que o da gestante, assim, segundo o ministro, a tipificação penal é constitucionalmente ilegítima.

Conforme já se demonstrou anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio comporta elementos que permitem entender a possibilidade de proteção ao direito à vida do feto desde a concepção. Embora, não seja direito constitucionalmente expresso, buscou evidenciar a possibilidade de uma interpretação ampliativa e de acordo com os direitos humanos que justifica compreender a proteção constitucional ao feto desde a concepção.

Assim, segundo Wilson Steinmetz e Janaína Reckziegel, a questão poderia possuir duas vertentes de análise, a primeira considerando existirem apenas os direitos fundamentais da mulher, o caso deveria ser solucionado a partir “de simples interpretação e aplicação dos direitos fundamentais da mulher”<sup>218</sup>. Por outro lado, entendendo-se que há amparo constitucional sobre a vida do nascituro desde a concepção, resta evidente existir uma “típica colisão de direitos fundamentais”<sup>219</sup>, o que obriga a realização da ponderação entre ambos os direitos fundamentais.

Por outro lado, Lenio Streck em sua análise acerca do habeas corpus ora estudado, destaca que o Estado de Direito premissa preservar a vida dos seus nacionais que levaria em conta o fato de que uma terceira pessoa não estaria apta a proceder com o intuito de atentar contra a vida de outro. O jurista salienta, ainda, que caso fossem tomadas outras medidas capazes de impedir o surgimento de uma gestação, como por exemplo, o uso de meios contraceptivos, ou a falta de informação à mulher, ainda padeceria de proteção a vida do nascituro. Portanto, haveria vulnerabilidade do bem jurídico tutelado.<sup>220</sup>

Nesse sentido, esse pressuposto de que Estado deve proteger a vida faz surgir o tema da proibição da proteção deficiente. Se por um lado há para a norma penal a proibição ao excesso, conforme o próprio ministro Roberto Barroso deixa evidenciado em seu voto, dever-se-ia

---

<sup>218</sup> STEINMETZ, W.; RECKZIEGEL, J. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. 1.], v. 18, n. 3, p. 763–776, 2017. DOI: 10.18593/ejll.16270. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16270>. Acesso em: 12 nov. 2022. p.771.

<sup>219</sup> *Ibidem*. p.771

<sup>220</sup> STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

observar se a falta de tipificação penal para o aborto não traria uma desproteção ao bem jurídico de vida do nascituro e, conseqüentemente, sua vulnerabilidade como já mencionado. Segundo Lenio Streck

A partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, *devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.*<sup>221</sup>

Com efeito, a garantia ao direito à vida frente a uma atuação positiva ou negativa do Estado Democrático de Direito é a expectativa mínima de qualquer ser humano. Para Maria Helena Diniz “o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro seja ela de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc.”.<sup>222</sup> Isso porque o direito à vida pressupõe a realização de todos os demais direitos fundamentais do indivíduo. Não é por menos, a existência de tipificação penal para o homicídio, pressupõe-se a necessidade de proteger a vida das pessoas.

Contudo, como exposto pelos ministros Barroso e Weber no habeas corpus aqui examinado, o direito à vida não é absoluto. O próprio ordenamento jurídico pátrio permite excludentes de ilicitude como o estado de necessidade e a legítima defesa. Percebe-se, assim, que os limites impostos à vida de outrem é disposto pela própria legislação, tal qual ocorre no aborto, pois o direito do feto à vida sucumbe quando incide as hipóteses do art. 128, do CP, é o caso do aborto necessário e da gravidez proveniente de estupro.<sup>223</sup> Nessa hipótese, a própria norma penal já deixou expresso os casos em que a vida do embrião sucumbe aos direitos fundamentais da mulher.

Sendo assim, com o objetivo de proteger a vida do embrião humano, poder-se-ia entender como adequada a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação, ainda que não impeça a realização de abortos, até porque, a existência de tipificação penal do crime de homicídio não restringe ou elimina a prática de assassinatos. Em relação a necessidade de se obter outra alternativa ao aborto, a argumentação de que uma gravidez não planejada por falta de informação e acesso a meios contraceptivos, bem como a impossibilidade de custear a

---

<sup>221</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição e excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**: Universidade de Coimbra, ISSN 0303-9773, V. 80, 2004, págs. 303-345. 2004. p. 310.

<sup>222</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10ª. ed.- São Paulo: Saraiva. 2017. p. 51-52.

<sup>223</sup> Não se olvide que nova hipótese foi inserida ao artigo 128 através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 (caso do aborto de fetos anencéfalos).

criação dos filhos não demonstra de que forma haveria a proteção do feto, é fato notório que diversas mulheres concebem recém-nascidos que vão para adoção. Por último, o argumento de que em uma proporcionalidade em sentido estrito deve ser harmonizada as restrições aos direitos fundamentais da mulher e o direito à vida do feto e, em consequência disso, o direito a vida do feto deve ser gradual, conforme o desenvolvimento não foi demonstrado com rigor. A proibição ao excesso utilizada por Barroso para identificar uma restrição indevida, aparentemente dá lugar a proteção ineficiente à vida feto.

Por fim, cabe o apontamento de que embora existam estudos acerca da atividade cerebral do feto ser mais próxima a do ser humano na vida extrauterina como aponta a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, isso não indica que vida começa nesse estágio, aliás é ponto controvertido na própria ciência biológica, como se percebe pela variedade de teorias a respeito do início da vida. Não se pode olvidar que para se chegar ao desenvolvimento do sistema nervoso central o embrião precisa passar outras fases como, por exemplo, a gastrulação<sup>224</sup>, a qual irá originar o ectoderma embrionário, este vai dar origem ao sistema nervoso central.<sup>225</sup> Além disso, segundo Katrina Furth, existem estudos da década de 1950 que sugerem a possibilidade de atividade cerebral do embrião quarenta e cinco dias após a concepção.<sup>226</sup>

### **3.6 Considerações parciais**

Diante do exposto ao longo do presente capítulo conclui-se que a proteção aos direitos fundamentais da mulher não teria uma norma constitucional expressa que a validasse em face do direito à vida do feto. Não se quer dizer com isso que a Constituição Federal não confere à mulher direitos fundamentais, mas apenas que não há um permissivo constitucional que confira certeza a tal superioridade dos direitos fundamentais femininos.

Como se pode observar, a Constituição Federal não afirma se a criminalização do aborto deve ou não ser realizada. Contudo, a partir de uma análise do texto constitucional somado com

---

<sup>224</sup> Na gastrulação há a formação de três camadas germinativas: o ectoderma embrionário, o endoderma embrionário e o mesoderma embrionário.

<sup>225</sup> MOORE, Keith L. Embriologia clínica. Tradução Andréa Monte Alto Costa... et al.. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 56.

<sup>226</sup> FURTH, Katrina. Fetal EEGs: Signals from the Dawn of Life. On Point. Charlotte Lozier Institute. Issue 28. November 2018. Disponível em: <https://lozierinstitute.org/fetal-eegs-signals-from-the-dawn-of-life/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como da Convenção sobre os Direitos da Criança, não se esquecendo da legislação ordinária pátria que em diversos diplomas legais confere uma proteção anterior ao nascimento da criança, pode-se depreender a proteção do feto desde a concepção. Não há elementos consistentes para uma proteção gradual do feto, pelo menos não do ponto de vista constitucional ou infraconstitucional. O que se tem é a existência de normas garantindo direitos ao feto desde a sua concepção.

Se por um lado, a restrição aos direitos fundamentais da mulher pode ser vista como excesso por parte da norma penal, não restam dúvidas que a falta da tipificação penal também promoveria uma proteção deficiente à vida do feto. Logo, conforme aduz Streck para que haja a conclusão pela não recepção dos crimes de aborto com o consentimento da gestante pela Constituição Federal deve ser demonstrada a transgressão da Carta Magna pela norma, seja materialmente ou formalmente.<sup>227</sup> Este ponto não é suficientemente claro ao se examinar o teor do Habeas Corpus 124.306.

Por fim, conclui-se que tal assunto, como bem evidenciado pelo ministro, possui uma alta carga filosófica (e também religiosa), por isso, o local mais apropriado para sua discussão é em local onde existam representantes do povo, onde se poderá colocar essas questões de forma mais ampla e com maior debate social. Não há uma clara interpretação conforme à Constituição, tampouco se evidencia com nitidez a máxima efetividade da Constituição. O que se pode perceber de plano é a afronta ao princípio da separação dos Poderes consagrada no artigo 2º da Constituição Federal.

---

<sup>227</sup> STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

## CONCLUSÃO

### 1 Recapitulação

O presente trabalho teve como objeto analisar a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se como ponto de referência a análise do julgado do Habeas Corpus 124.306. A existência de decisões da Suprema Corte brasileira que afirmam estar interpretando a Constituição e promovendo a sua força normativa tem aumentado significativamente nos últimos anos. Por isso, adotou-se como problemática para análise e condução dessa investigação a seguinte questão: em que medida a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal se enquadra nos princípios da hermenêutica constitucional da interpretação conforme à constituição e da força normativa da constituição.

Sendo assim, o presente estudo teve como os objetivos gerais: (i) analisar se a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal se enquadra nos princípios da hermenêutica constitucional da interpretação conforme à constituição e da força normativa da constituição; e (ii) analisar se a Constituição Federal está sendo devidamente observada no caso concreto. E teve dentre os objetivos específicos: (a) realizar estudo acerca da hermenêutica jurídica; (b) identificar se existem limites a serem observados na hermenêutica pelo julgador; (c) analisar a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal em relação à hermenêutica constitucional. Para tal, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica e a análise documental.

No primeiro capítulo buscou-se realizar uma revisão bibliográfica acerca da hermenêutica jurídica priorizando a busca por diferenciar o ato de interpretar do que seria a hermenêutica jurídica. Durante essa análise buscou-se avaliar como as diversas escolas hermenêuticas entendem ser possível a realização da interpretação jurídica através dos elementos hermenêuticos propostos por cada uma dessas escolas. Igualmente, perquiriu-se compreender como essas doutrinas julgam ser o caminho para alcançar a solução de uma questão jurídica.

Ademais, abordou-se perfunctoriamente os princípios constitucionais de interpretação constitucional: a) princípio da supremacia da Constituição; b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; c) princípio da interpretação conforme a Constituição; d) princípio da unidade da Constituição; e) princípio da efetividade; f) princípio

da razoabilidade ou da proporcionalidade. Procurou-se, ainda, dar relevo aos princípios da interpretação conforma à Constituição e da efetividade, tendo em vista os objetivos do trabalho.

No segundo capítulo, buscou-se trabalhar com o marco teórico da presente pesquisa ao se avaliar as questões relativas a discricionariedade do juiz ao decidir uma demanda, bem como a formulação de diversos princípios com o objetivo de solucionar as questões jurídicas que surgem nas ações judiciais. Além disso, pretendeu-se analisar a questão do ativismo judicial por parte do Judiciário e como tal medida interfere no equilíbrio e na separação dos Poderes.

Com isso, buscou-se não somente a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal segundo os elementos trazidos pela revisão bibliográfica, como também verificar os limites hermenêuticos a serem observados pelo juiz no momento de efetivação de sua interpretação. Desse modo, procurou-se investigar como é desempenhada essa atividade interpretativa dos juízes e quais restrições precisam ser observar, levando-se em consideração que o julgador ao analisar a norma não pode fazer substituir-se pelo legislador originário.

O terceiro capítulo foi reservado para a análise do julgamento do Habeas Corpus 124.306 realizado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal. O objeto da análise foi o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso que foi vencedor no referido julgado. Conforme já explicitado anteriormente, o exame buscou atentar-se mais especificamente para os argumentos utilizados pelo ministro para afirmar que a Constituição Federal não haveria recepcionado os crimes de aborto permitido pela gestante e o aborto com o consentimento da gestante praticado por terceiro, de acordo com o que dispõe os arts. 124 e 126 do CP, no primeiro trimestre da gestação.

Nesse diapasão, a investigação buscou tanto referências doutrinárias, quanto dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que permitissem a compreensão de questões que envolvem os direitos fundamentais da mulher e os direitos fundamentais do feto, principalmente no que concerne ao tema da proteção a vida do embrião humano. Assim, o objetivo do presente capítulo foi de observar se as normas constitucionais estariam sendo respeitadas e analisar a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal examinando se sua decisão atenderia ao princípio da interpretação conforme à Constituição e o princípio da máxima efetividade, bem como a adequação de sua interpretação às questões de hermenêutica jurídica.

## 2 Apontamentos finais

Solucionar debates jurídicos não é uma tarefa fácil. A interpretação da norma e a adequação ao caso concreto tem que levar em consideração os pontos de tensão existentes na hipótese em análise. Por isso, os elementos de hermenêutica jurídica que induzem a interpretação dos diplomas legais de acordo com a sua finalidade, por exemplo, são pontos imprescindíveis para se alcançar uma solução mais próxima do que prescreve o ordenamento jurídico. Assim, a atuação do julgador deve levar em consideração os componentes técnicos da hermenêutica para que haja uma interpretação que preserve a ciência do Direito.

Desse modo, entende-se que a hermenêutica traz os limites para a interpretação. O sentido conferido à norma pelo juiz não pode exsurgir de uma análise superficial do caso examinado. Assim, a exegese da norma e sua aplicação a hipótese em questão deve ser corretamente fundamentada em aspectos jurídicos, não em questões morais, filosóficas ou religiosas, afinal, não há uma unificação de pensamento entre os seres humanos, portanto, não há como se alcançar uma mesma solução para determinada situação se dois juízes julgarem com base em seus pensamentos filosóficos e em sua moral, e essas são distintas entre eles. Por óbvio, a resolução do caso concreto será distinta.

Sendo assim, a solução para o caso concreto que leva em consideração questões filosóficas do juiz não será capaz de aplicar o Direito à situação fática, isso porque o que se tem nessa hipótese serão argumentos inerentes a uma moralidade do julgador e não a definição do como e do porquê a decisão alcançada pelo magistrado melhor aplica o direito ou é mais adequada ao ordenamento jurídico. É fato que a fundamentação da decisão deve preceder a decisão e não o contrário, tal como prevê o Código de Processo Civil em seu artigo 489, *caput*.

Nesse diapasão, no caso analisado, a menção do ministro Barroso ao fato de existirem questões filosóficas ou religiosas que permeiam a temática do aborto e que por isso não existe uma resposta juridicamente válida para pôr fim ao debate no âmbito jurídico é indício de que o próprio ministro já possui uma solução que não é jurídica. Outra possível evidência é que o próprio ministro Barroso reconhece em seu voto que a via eleita para a discussão do caso concreto está na contramão da jurisprudência do próprio STF, esta não aceita habeas corpus substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional, mas ainda assim, o ministro adentra ao mérito



do caso.<sup>228</sup>

A premissa de que parte o ministro é de que o embrião somente irá sobreviver com auxílio do corpo materno. Sendo esse o ponto de partida para se pensar se há ou não vida na fase inicial da gestação, não há como deixar de refletir acerca da condição do recém-nascido que também precisa de atenção dos genitores para subsistir, já que precisará de alimentação, entre outros cuidados. Entretanto, a proposição do ministro leva em conta a possibilidade do feto de respirar fora do corpo da mãe e manter seu corpo funcionando autonomamente. Em decorrência disso, Barroso afirma que durante o primeiro trimestre de gestação não há a formação do córtex cerebral, não havendo condições de vida fora do útero materno, assim, há a escolha de uma posição filosófica acerca do início da vida que não considera pontos do ordenamento jurídico.

O pressuposto de dependência entre o corpo do embrião e o corpo da gestante e a conclusão da impossibilidade de o feto conseguir viver autonomamente fora do organismo da mãe somente leva em consideração os interesses da gestante não se observando em nenhum momento qualquer interesse, nesse caso ao desenvolvimento da vida, do embrião. Aqui, retomase um questionamento reflexivo já realizado no capítulo 3<sup>229</sup>. Acaso uma gestante sofresse um aborto sem o seu consentimento, durante os primeiros três meses de gravidez, deveria haver a criminalização da conduta? A resposta deveria de ser não, pois qual a diferença entre a expulsão de um embrião saudável em um aborto com ou sem consentimento da gestante. Caso a resposta seja afirmativa, ou seja, de haver a criminalização do aborto quando não há o consentimento da gestante, fica evidente que não se trata de uma ponderação princípios, mas sim uma questão de interesses, preponderando o interesse da gestante de acordo com o caso concreto. Ainda que se alegue a diferença da pena para as duas situações<sup>230</sup>, o bem jurídico tutelado permanece o mesmo, a vida do embrião em formação.

Assim sendo, a conclusão que se pode chegar é que a norma penal não protege os interesses da mulher, mas sim o direito à vida do embrião que está em formação e isso deve ser levado em consideração. Fazer uma distinção afirmando não caber a proteção à vida do embrião

---

<sup>228</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. DJe. 052. Divulgação: 16 de março de 2017. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Último acesso: 13 set. 2022. p. 11.

<sup>229</sup> Ver seção 3.5.

<sup>230</sup> A pena para o crime de aborto sem o consentimento da gestante é significativamente maior que nos casos com o consentimento.

no primeiro trimestre da gravidez quando o aborto envolve a concordância da gestante e querer punir o aborto quando não há o consentimento é contraditório. Nesse caso, é forte a evidência de se estar buscando decidir conforme interesses e não conforme o Direito, além disso fica aparente o uso do aborto como uma forma de planejamento familiar.

Com isso, percebe-se que a decisão visa dar azo ao estabelecimento de uma forma de pensar de determinado grupo social e isso se dá através de uma imposição, não de um debate social e político, como deveria ocorrer por meio da atuação do Poder Legislativo. É inegável a existência de uma polêmica acerca do tema do aborto, evidente também é não serem idênticas todas as reflexões sobre o caso, ainda mais se pode ou não ocorrer no primeiro trimestre da gravidez. De fato, a discussão sobre o aborto deve ocorrer no local correto para tal, ou seja, no lugar onde os eleitos pelo povo possam debater e trazer as diferentes opiniões sobre o caso. Ainda que se alegue que cabe ao Judiciário decidir quando há direitos fundamentais em jogo, a questão referente ao aborto tem um apelo social muito grande que merece ser levado em consideração.

Não por acaso, conforme trazido neste trabalho no capítulo 3<sup>231</sup>, a Suprema Corte norte-americana superou o caso emblemático *Roe v. Wade* que permitia o aborto no primeiro trimestre da gestação, alegou-se ser necessário deixar a critério do Legislativo uma decisão sobre o fato. É evidente que o que se pretende é a realização de um debate social sobre o caso e não uma imposição unilateral por parte de um dos Poderes constitucionais. Relembre-se que os já citados Relatório do Cairo de 1994 e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995 a despeito de tratarem dos direitos reprodutivos das mulheres, asseveram o tratamento das questões relacionadas ao aborto por parte do Legislativo.

Neste ponto cabe um exemplo, inclusive mencionado pelo ministro Barroso em seu voto-vista. É o caso da Holanda. A Holanda, como se sabe, legalizou o aborto desde inícios da década de 1980. O aborto na Holanda é permitido antes das primeiras 24 semanas, até o período que haja viabilidade da vida extrauterina do feto.<sup>232</sup> Em período posterior às 24 semanas pode ocorrer o aborto tardio, o qual poderá ser feito caso haja razões médicas, levando em

---

<sup>231</sup> Ver seção 3.5.

<sup>232</sup> NETHERLANDS. Abortion. Government of the Netherlands, 2022 Disponível em: <https://www.government.nl/topics/abortion>. Acesso em: 15 nov. 2022.

consideração a inviabilidade do feto na vida extrauterina.<sup>233</sup> Do mesmo modo, há a permissão para a eutanásia do recém-nascido que se encontre em sofrimento insuportável.<sup>234</sup> Nesse caso, a legislação demonstra ter ocorrido um debate social e político, o que não se percebe no caso brasileiro.

Como consequência dessa falta de debate político e social e da imposição por meio de uma decisão judicial, a qual considerou apenas um dos lados dessa controvérsia, motivou um apenso à PEC 181 de 2015, a PEC 181-A de 2015<sup>235</sup> trouxe proposta que visa conferir alteração aos arts. 1º, III e 5º, *caput*, ambos da CRFB, acrescentando o termo “desde a concepção” logo após a expressão dignidade da pessoa humana e da palavra vida.

No parecer elaborado pelo relator deputado Jorge Tadeu Mudalen há menção às decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira no tocante às novas hipóteses de descriminalização do aborto que não previstas em lei.<sup>236</sup> No voto do deputado, assevera faltar “competência e legitimidade constitucional”<sup>237</sup> ao Supremo Tribunal Federal. O parecer invoca, também, o princípio da separação entre os Poderes como elemento configurador da impossibilidade de o Poder Judiciário tratar de matéria que deva ser debatida por aqueles que foram eleitos pela população.<sup>238</sup>

No que tange a questão dos direitos fundamentais em jogo, inegável é a existência do direito à vida do embrião, ainda que esteja se formando. Evidente também é a presença dos direitos fundamentais da mulher como a autonomia, os direitos reprodutivos e sexuais, a isonomia. Tais direitos são devidos à mulher, mas não há no voto do ministro Barroso fundamentação que permita concluir pela sobreposição deles em relação ao direito à vida do

---

<sup>233</sup> NETHERLANDS. Euthanasia. Euthanasia and newborn infants. Government of the Netherlands, 2022 Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-and-newborn-infants>. Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>234</sup> Idem.

<sup>235</sup> BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição No 181-A, DE 2015 (Apensa a PEC nº 58-A, DE 2011). Altera a redação do inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro. Relator: Deputado Jorge Tadeu Mudalen. Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>. Acesso em: 20 nov. 2022.

<sup>236</sup> São os casos da ADPF 54 e do Habeas Corpus 124.306, aqui estudado.

<sup>237</sup> MUDALEN. Jorge Tadeu. Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda à constituição nº 181-a, de 2015, do senado federal, que “altera a redação do inciso XVIII do art. 7º da constituição federal para dispor sobre licença-maternidade em caso de parto prematuro”. Data de publicação: 15/08/2017. p. 13 Disponível: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01pysk7ouq6rda1xj82e8wpe6gp1849064.node0?codteor=1586817&filename=Tramitacao-PEC+181/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01pysk7ouq6rda1xj82e8wpe6gp1849064.node0?codteor=1586817&filename=Tramitacao-PEC+181/2015). Acesso em: 20 nov. 2022.

<sup>238</sup> Idem.

feto. De fato, suas justificativas encontram um caráter de generalidade, não sendo possível aferir empiricamente todas as suas argumentações e conclusões.

Ademais, quando em determinado momento o ministro afirma dever ser concedido à mulher o direito de escolher pela manutenção ou não da gravidez, o que se está a permitir é uma espécie de planejamento familiar tardio, como já visto refutado tanto pelo Relatório do Cairo de 1994, quanto pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995. Embora seja evidente o planejamento familiar ser um direito constitucionalmente previsto (art. 226, §7º, CRFB), não há dúvidas que a possibilidade de não ter o filho não está associada a retirar o feto antes do seu nascimento, inclusive a Lei nº 9.263/1996, que trata do planejamento familiar, dispõe que o planejamento familiar se norteia por medidas preventivas e educativas (art. 4, *caput*).

Conforme analisado, examinando o texto constitucional existem elementos que permitem uma interpretação no sentido da proteção do embrião em formação no útero da gestante (art. 227, *caput*, c/c art. 227, §1º, ambos da CRFB). Além disso, não se pode olvidar a existência de tratados internacionais de direitos humanos que são expressos ao tratarem do direito à vida mesmo na vida intrauterina, consoante se pode observar da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Igualmente, não se pode negligenciar os diplomas infraconstitucionais que garantem proteção aos direitos fundamentais do feto desde a concepção. Nesse sentido, o mais forte é o direito à vida consubstanciado no pagamento de alimentos gravídicos, consoante a Lei nº 11.804/2008 (Lei dos alimentos gravídicos). Tentar determinar o início da vida a *contrario sensu*, isto é, baseando-se na morte encefálica, segundo o que dispõe a Lei nº 9.434/1997 (Lei dos transplantes), é contrário ao ordenamento jurídico pátrio que possui diversas leis infraconstitucionais como a Lei dos alimentos gravídicos e o Código Civil, bem como é divergente do que dispõe os tratados internacionais convencionados pelo Brasil supramencionados.

Sendo assim, o teste da proporcionalidade promovido pelo ministro Barroso também não parece alcançar um resultado juridicamente fundamentado. Primeiro que não considerar adequado a criminalização do aborto, porque não impede a existência da prática do aborto clandestino, mas apenas afasta as mulheres de procedimentos seguros, não é um argumento

seguramente infalível. Afinal, o homicídio é criminalizado, porém isso não impede a ocorrência de homicídios no Brasil (e a violência no país é um fato notório, de amplo conhecimento), não há um constrangimento que evite a ocorrência desse crime. Outro fato notório na sociedade brasileira são os crimes de violência contra a mulher, é fato que existem condutas criminalizadas com intuito de punir tais práticas, entretanto, infelizmente, não se impede a ocorrência de tais violências. Assim, não é porque a prática existe que o tipo penal se mostra insuficiente para a proteção do bem jurídico tutelado.

De outro modo, a necessidade de se encontrar outros meios capazes de proteger o bem jurídico, vida do embrião, e os direitos fundamentais da mulher são, sem dúvida, promoção de orientação do Poder Público com a concessão de meio contraceptivos e políticas públicas que levem mais informação a respeito da gravidez indesejada e dos meios de prevenção e não de impedimento de uma gravidez. Outra alternativa, é a entrega do recém-nascido para adoção, como ocorreu (e ocorre) com diversos outros recém-nascidos rejeitados pelos pais, estes impossibilitados financeiramente de cria-los. Tais situações não há uma restrição dos direitos fundamentais da mulher suficiente para configurar uma violação desmedida.

Outrossim, analisar a proporcionalidade em sentido estrito da criminalização da conduta de aborto apenas por uma relação de custo e benefício não privilegia o conteúdo da norma penal e a tutela do bem jurídico, vida do nascituro. Na mesma linha, a afirmação de que o nível de proteção dada à vida do embrião pela Constituição Federal aumenta de acordo com a possibilidade de vida extrauterina, ou seja, de acordo com o desenvolvimento do feto, não foi comprovada por meio de dispositivos constitucionais, apenas se justificou uma harmonização de custos e benefícios que mais parece ser um acolhimento de interesses de um dos lados, no caso, do interesse das mulheres que desejam abortar.

Portanto, conclui-se que a análise do Supremo Tribunal Federal não foi condizente com os princípios hermenêuticos da interpretação conforme à Constituição e da força normativa da Constituição (princípio da máxima efetividade). Embora se concorde com a necessidade de proteção aos direitos fundamentais da mulher, entende-se importante a proteção da vida do nascituro e tal hipótese não foi descartada no texto constitucional, bem como não há disposição que permita deduzir haver uma graduação na defesa da vida do embrião em formação, oriundo do texto constitucional. Sabe-se que o direito à vida é direito fundamental e que tanto em tratados internacionais assinados pelo Brasil, quanto na órbita interna do ordenamento jurídico

existe a salvaguarda da vida do feto desde sua concepção, como forma de garantir a sua subsistência. Logo, depreende-se que a Constituição Federal não foi devidamente observada, nem o bloco constitucional, nem a legislação ordinária. De modo que não há subsídios suficientes que permitam infirmar uma ilegitimidade constitucional do tipo penal do aborto quando há consentimento da gestante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Edição. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 241, p. 93–120, 2005. DOI: 10.12660/rda.v241.2005.43329. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43329>. Acesso em: 5 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito / Neoconstitutionalism and constitutionalization of the Law**. REVISTA QUAESTIO IURIS, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 1-48, jun. 2014. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª edição, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte especial: crimes contra a pessoa**. Coleção Tratado de direito penal. Volume 2. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Brasil, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. [ECA (1990)]. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 21 nov. 2022.



BRASIL. [Lei de alimentos (1968)]. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Lei de alimentos.** Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm). Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ.** Relator: Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 290.341/RJ.** Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Data do Julgamento: 04/09/2014. DJe: 16/09/2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346850&num\\_registro=201400534269&data=20140916&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346850&num_registro=201400534269&data=20140916&formato=PDF). Acesso em: 21 nov. 2022.

CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR.* Umuarama. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CELLA, José Renato Gaziero. **Legalidade e Discricionariedade: O debate entre HART e DWORKIN.** Disponível em [http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf). Último acesso em: 04/02/2022.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

*Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, No. 19-1392, slip op. at 79 (U.S. June 24, 2022). Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf). Acesso em: 13 nov. 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

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

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 9ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

FURTH, Katrina. Fetal EEGs: **Signals from the Dawn of Life**. On Point. Charlotte Lozier Institute. Issue 28. November 2018. Disponível em: <https://lozierinstitute.org/fetal-eegs-signals-from-the-dawn-of-life/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal**. 19ª. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídico: teoria e prático**. 2ª ed. rev., ampl e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. *Ebook*.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7533. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 21 nov. 2022.

IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017. *Ebook*.

JESUS, Damásio. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP. Direito penal vol. 2**. 36ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Gleyma. ROCHA, Polyanna. Legalização do aborto na África do Sul não impede clandestinidade. **OPERA MUNDI**. 07/04/2012. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/20968/legalizacao-do-aborto-na-africa-do-sul-nao-impede-clandestinidade> Acesso em: 12 nov. 2022.

LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, abr./jun. 2019. p. 126. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge\\_Lobo.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge_Lobo.pdf). Acesso em: 21 nov. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUZ, Natália. Legalização aumenta número de abortos na África do Sul. **Portal G1**. Cidade do Cabo. 26/05/2009. Mundo/África do Sul. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1167062-5602,00-LEGALIZACAO+AUMENTA+NUMERO+DE+ABORTOS+NA+AFRICA+DO+SUL.html> Acesso em: 12 nov. 2022.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020. *Ebook*.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas os métodos de interpretação da lei**. Baurueri, SP: Minha Editora, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MOORE, Keith L. **Embriologia clínica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 56.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: plataforma do Cairo**. Data da publicação: 1994. Apresentação de Tania Patriota. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Data da publicação: 1995. Apresentação Maria Luiza Ribeiro Viotti. Disponível em: [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/declaracao\\_beijing.pdf](https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 11 nov. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, [S. 1.], v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Maria Luísa. **Hermenêutica filosófica**: Metodologia e apresentação de um percurso temático. Imprensa da Universidade de Coimbra. Março, 2015. *Ebook*. Disponível em: <https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/54513>. Acesso em: 21 nov. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2<sup>a</sup> ed. 3<sup>a</sup> Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2000.

STEINMETZ, W.; RECKZIEGEL, J. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. 1.], v. 18, n. 3, p. 763–776, 2017. DOI: 10.18593/ejl.16270. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16270>. Acesso em: 12 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição e excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**: Universidade de Coimbra, ISSN 0303-9773, V. 80, 2004, págs. 303-345. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista” In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro/RJ: Lúmen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**. In: Canotilho, J. J. Gomes. Sarlet, Ingo Wolfgang. Streck, Lenio Luiz. Mendes, Gilmar Ferreira (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) E-book.

TORON, Alberto Zacharias et al. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos** – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VITÓRIO, T. B. da S. C. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.