

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
DIEGO CÉSAR SOARES RIBEIRO

TRADIÇÃO JURÍDICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
o caso Roe v. Wade e a ADPF 442

NITERÓI

2018

TRADIÇÃO JURÍDICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

o caso Roe v. Wade e a ADPF 442

Versão preliminar de dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense para sua qualificação para defesa, na linha Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional, como requisito parcial a obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássio Luís Casagrande (Orientador)

Universidade Federal Fluminense

Prof^ª. Dr^ª. Monica Paraguassu Correia da Silva

Universidade Federal Fluminense

Prof^ª. Dr^ª. Larissa Clare Pochmann da Silva

Universidade Candido Mendes

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade de Direito**

R484

Ribeiro, Diego César Soares.

Tradição jurídica e jurisdição constitucional: o caso Roe v. Wade e a ADPF 442 / Diego César Soares Ribeiro. – Niterói, 2018.

103 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2018.

1. Tradição (direito). 2. Sistema jurídico. 3. Jurisdição constitucional. 4. Aborto (descriminalização). 5. Bioética. 6. Mulher. I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. II. Título.

CDD 341.2

AGRADECIMENTOS

À Palavra que nos mantém e renova todas as coisas, uma vez que, concorde com Cecília Meireles, o sentido da vida principia à porta das palavras, logo, somente um louco rechaçaria a relevância da porta.

“O futuro pertence àqueles que acreditam na beleza dos seus sonhos”, essa frase de Eleanor Roosevelt sempre me acompanhou desde que a aprendi. Se eu deixei as comodidades da minha casa no interior do Espírito Santo, foi por ter acreditado no meu sonho em me formar numa universidade federal. E, tão logo realizei um sonho, emendei outro. Concluir o mestrado para ser professor. A cada etapa diferente, novas pessoas a quem ser grato e não existe nada melhor do que agradecer sinceramente a um bem recebido.

Não obstante, um pequeno grupo especial perdure. Aos meus queridos pais, Júlio e Marilene, por me darem a vida e me ajudarem a ter uma vida muito boa, além do que mereço. À minha irmã Larissa, por sua amizade constante e fiel. À minha sobrinha Elise, os seus choros, gritos e, sobretudo, risos, ensinaram-me que nenhuma renúncia é pesada quando se ama, mesmo que doa e, às vezes, até se esperneie. À minha vó Maria José que, ainda que não saiba ler, deu-me lições que não aprendi em livro algum. Ao meu primo Pe. Juliano, jamais me esquecerei do convite ao sítio para descansar que me salvou do desespero com o primeiro capítulo. Aos familiares não mencionados, não menos carinho e atenção.

A Josi, Messias e Filipe, pela boa vontade de ajudar sempre que possível. A Wender e Williana, nossos colóquios e lanches na praça são insuperáveis. A Lucas Pontes, um mestre de verdade nunca perde a maestria, o título só a formaliza. A Raquel e Guilherme, a calma, o equilíbrio e risadas nas horas mais tensas. A Gelson, Daniel e Josimar, josefinos hasta la muerte. A Amanda Oliveira, por ser uma confidente revisora.

A Juliana Mulatinho, por sua inestimável orientação acadêmica e psicológica no período de ingresso para o mestrado. A Denise, com quem tomei o primeiro café do PPGDC, que o seu entusiasmo e bondade contagiem o mundo assim como fizeram comigo. A Guilherme Candeloro, por ser o melhor representante de turma. A Dalton, exímio glosador, não poderia suspeitar que a aflição compartilhada nos aproximaria tanto. Esteja seguro, meu co-orientador extraoficial, que esse trabalho é seu também. A sua perspicácia de ver luzes no labirinto, que me perdi incontáveis vezes, permitiu que as angústias tivessem final. Feliz, eu espero.

Ao Prof. Cássio Casagrande, que lecionou a disciplina mais relevante e, diga-se de passagem, a mais bem ministrada da minha incipiente vida acadêmica. O senhor, ademais, conferiu como orientador a liberdade que uma mente inquieta e indecisa precisava para seguir em frente. À Prof^ª. Monica Paraguassu, por sua disponibilidade irrestrita, as suas aulas ficarão guardadas para sempre no meu coração. À Prof^ª. Clarissa Brandão, por ter assumido a coordenação com tanta generosidade que, para mim, foi seu maior legado. À Prof^ª. Fernanda Duarte, quem me concedeu dicas valiosas de desapego que me impulsionaram. À Prof^ª. Larissa Pochmann, ninguém diria que um site jurídico iria nos unir nessa empreitada.

Aos demais professores do mestrado, muito obrigado por acreditarem nos sonhos dos seus alunos. Aos colegas de turma, os nossos almoços renderam pesquisa em diversos lugares e, mais do que comida, fraternidade nos interesses afins. A Eric, Mirian e Ana Paula, por terem provado que com o pouco se faz muito, já que nenhuma secretaria no mundo foi tão adequadamente servida como a nossa. Nem em Harvard.

À Ir. Sênnis, cuja luz continua a brilhar nas minhas sombras. À Prof^ª. Margarete Salvate, por me apresentar o fantástico mundo da literatura. À Prof^ª. Maria Eugênia, cujas mãos de ferro e olhos de águia moldam almas difíceis. Ao Prof. Victor Freitas, por incansáveis correções de redação na época crítica do pré-vestibular. Ao Prof. Alexander Seixas, pelo primeiro projeto de pesquisa que participei. À Prof^ª. Fabianne Manhães, por me conduzir à realização do sonho de agora. Aos professores da faculdade, saudosa gratidão.

A todos que deixaram suas contribuições anônimas em minha trajetória, em especial, a um amigo inominado por suas excelentes inspirações. Um dia agradecerei pessoalmente, se puder colocar nesses termos.

“Encarar, graças ao calmo e sereno intermediário que é a razão, a influência que a instituição agora proposta possa vir a ter na felicidade ou sofrimento de milhões ainda não nascidos, é uma finalidade de tal grandeza que absorve, e de certa maneira interrompe temporariamente, o funcionamento da compreensão humana”.

(George Mason, delegado da Virgínia, em carta ao filho durante a Convenção de Filadélfia)

RESUMO

A dissertação pretende realizar uma reconstrução teórica das duas tradições jurídicas do Ocidente, *Civil Law* e *Common Law*, para compreendê-las em suas nuances. Em seguida, proceder-se-á à investigação da jurisdição constitucional na via difusa desde suas raízes no sistema jurídico americano, a modalidade concentrada inventada na Áustria até a expansão do constitucionalismo moderno depois do término da Segunda Guerra Mundial. Então, os pontos de convergência e dissensão entre tradição jurídica e jurisdição constitucional serão destacados e discutidos. Após essa etapa, o emblemático caso *Roe v. Wade* será analisado nos seus pormenores, tendo como fio condutor a dificuldade contramajoritária levantada por Alexander Bickel ao lado das virtudes passivas, à luz das abordagens opostas de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Esse arcabouço servirá para aprofundar o diálogo que a ADPF 442 trava com o *Roe v. Wade*, no entanto, com os cotejamentos que requerem o contexto brasileiro.

Palavras-chave: Tradição jurídica. Sistema jurídico. Jurisdição constitucional. Descriminalização do aborto. *Roe v. Wade*. ADPF 442.

ABSTRACT

This present thesis intends to formulate a theoretical reconstruction of the two legal traditions from West, Civil Law and Common Law, in order to comprehend them in their features. The concept of judicial review will be investigated within its origin in the american legal system and the concentration modality in Austria, to the expansion of modern constitutionalism after the end of the World War II. Then, it will highlight similarities and divergences between both legal traditions and judicial review, followed by the analysis of the emblematic *Roe v. Wade* case, considering the comparison between the idea of the countermajority difficulty created by Alexander Bickel alongside the passive virtues, and the opposing Ronald Dworkin and Jeremy Waldron's approaches. This framework will be useful to deepen the dialogue between the "ADPF 442" and *Roe v. Wade*, though taking into consideration other elements in the Brazilian context.

Keywords: Legal tradition. Legal system. Judicial review. Decriminalization of abortion. *Roe v. Wade*. ADPF 442.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IPPF	Federação Internacional de Planejamento Familiar
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal
SCOTUS	Suprema Corte dos Estados Unidos
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. As duas nascentes ocidentais.....	12
1.1. Revolvendo a <i>judicial review</i>	19
1.2. A controvérsia sem ocaso	35
2. Nos meandros de <i>Roe</i>	38
2.1. A Corte na polarização interminável	42
2.2. Supremacia judicial versus revalorização do Legislativo	52
2.2.1. Dworkin e as lentes reajustadas	57
2.2.2. Waldron e o mundo de desacordos	62
2.2.3. Entre o martelo e a urna	66
3. ADPF 442: novo <i>Roe v. Wade</i> à vista.....	73
Considerações finais	85
Referências	91

Introdução

O conceito de tradição jurídica tal como será exposto no primeiro capítulo é, muitas vezes, ignorado no ambiente acadêmico, em que os alunos mais precisariam dele para ter uma identidade clara das raízes do curso que escolheram para sua carreira profissional ao lado da definição de sistemas jurídicos. John Henry Merryman, que nomeia e explica a ambos os termos, apresenta a peça fundamental nessa complexa sala de máquinas. Conhecer as distinções e semelhanças entre a *Civil Law* e a *Common Law* não deveria ser privilégio de comparatistas, aliás, tampouco no mestrado e/ou doutorado, mas objeto de análise em cada graduação de Direito nesse país.

As vantagens que adviriam desse estudo, longe de ser supérfluo na plêiade de disciplinas da grade curricular, são incontáveis, dentre elas uma extremamente útil é levar em conta que a roda não pode ser descoberta novamente, isto é, todo sistema jurídico – brasileiro, americano, espanhol etc. – possui uma tradição que o antecipa e preenche em parte o terreno de atuação político-jurídica. Experiências “pioneiras” e “revolucionárias” em ciência social aplicada, quando se conhece a tradição, deveriam ser colocadas sob suspeita. O corolário é o ceticismo.

Em miúdos, o Direito não é uma massinha de modelar que, caso não se goste do resultado, é possível recomeçar “do zero” e ficar à procura de respostas simplificadoras para problemas complexos. George Santayana dizia que quem ignora a história está condenado a repeti-la. De igual modo, o jurista que ignora a tradição jurídica não conhece onde pisa e, por suposto, está condenado a cometer as mesmas quedas como se recebesse o castigo de Sísifo. Em uma palavra: maturidade.

No entanto, uma advertência é indispensável, posto que conhecer o dicionário inteiro não lhe garante ser um grande escritor. Assim como o jurista que tem o quadro mental de ambas as tradições jurídicas do Ocidente não ganha maturidade de forma instantânea. É a decantação desse conteúdo que contribui nas reflexões imediatas do ofício. A título ilustrativo, o porquê da necessidade de tantos manuais e de compreender (ou decorar) as centenas de leis abstratas no lugar de levar para casa uma pilha de casos concretos (precedentes) no primeiro dia de aula na faculdade.

Na empreitada de esquadrihar as tradições, é importante não sobrevalorizar alguns requisitos. O rigor metodológico é o primeiro deles, porque mesmo que se diga que essa dissertação recorre à metodologia de Direito Público Comparado, ao longo do trajeto o leitor perceberá que, até mesmo para os comparatistas citados, esse campo de

estudo tem a marca indelével da intuição. Tal sucede, pois se investiga as coisas que “sempre” foram feitas, porém sem entender a fundo os motivos. Nesse sentido, a tradição jurídica antecipa o jurista. Ela já está dada e, ao mesmo tempo, esconde-se dele.

Não se trata de aderir ao subjetivismo e ao relativismo. É mais uma demonstração de autocrítica: reconhecer a própria limitação do “objeto”. Não se deve ler esse trabalho à busca de uma “prova cabal” para ser usada como trunfo para a descriminalização do aborto ou a manutenção da legislação vigente. A Constituição, como estatuto jurídico do político, seja a americana que resiste há mais de dois séculos, seja a brasileira que cambaleia no seu aniversário de três décadas, em muitos casos não tem soluções incontestáveis. A verdade, conforme o adágio latino, é filha do tempo. Não há nada que o tempo não possa esclarecer.

A jurisdição constitucional americana parece imune a essa constatação. Transcorridos mais de duzentos anos, a *judicial review* continua envolta numa cortina de fumaça. As polêmicas sobre as intenções dos delegados da Convenção de Filadélfia sobre esse tema, a interpretação “complementar” e “autorizada” dos Artigos Federalistas, os precedentes de *Marbury v. Madison*, inclusive a remota decisão de Sir Edward Coke no caso *Bonham* (1610), a opinião vencedora de Marshall em 1803 e seu contexto sócio-político, as consequências teóricas e práticas do controle de constitucionalidade... Enfim, uma longa lista de controvérsias que reverbera até os dias de hoje, aliás, que atravessa oceanos e atinge, por exemplo, a Baía de Guanabara.

Se a tradição da *Common Law* já levanta suas dificuldades epistêmicas específicas, tendo em vista a transição (ou ruptura) paradigmática entre o sistema jurídico americano e inglês (não só no aspecto relacional entre metrópole e colônia), a *judicial review* concorre *pari passu*. Isso pode se transformar em fonte de desespero e ansiedade numa pesquisa, mas se algo o tempo pode fazer e, de fato, faz é assistir às águas se acalmarem após uma longa tempestade. A bonança é a regra, não a exceção. E tentar captar, intuitivamente no primeiro momento, a conexão entre tradição jurídica e jurisdição constitucional, duas abrangentes categorias, exige bastante. Não chega a ser uma tarefa épica, é um pouco menos heróica e, diga-se de passagem, mais gloriosa.

Por seu turno, na tradição da *Civil Law* predominam mais constantes do que variáveis, embora tenha se disseminado por todo o mundo, sendo não só a primeira a ser criada, como também a mais difundida. A *Common Law* surge da *Civil Law*, mas nunca se separou por completo. Alguns vínculos permanecem, inclusive em virtude das tradições se influenciarem de modo recíproco. Elas não são estanques. Esse é outro

obstáculo de se estudar esse assunto. Atualmente, observa-se uma interação tão acentuada que sinaliza que a tradição mais antiga irá se desfigurar, irá perder a sua identidade, irá transmutar as suas características marcantes. Esse é um dos variados prognósticos dos especialistas. Ou quem sabe o outro resultado seja a simbiose, em que não será possível diferenciar a longo prazo os países de *Civil Law* ou de *Common Law*, salvo se voltar ao passado já desligado do presente.

Nesse *imbroglio*, o segundo capítulo exporá os meandros do *Roe v. Wade*, o julgamento mais famoso da Suprema Corte dos Estados Unidos. Esse caso foi escolhido como *meio* para se atingir algumas *finalidades*. Quais foram as razões alegadas pelas partes litigantes? Como os *Justices* as consideraram em seus votos? Ou eles desenvolveram suas ideias à revelia? A ênfase dos *Justices* foi em aspectos jurídicos (observância dos precedentes, interpretação constitucional etc.) ou morais (direito à vida do feto, direito à autonomia da mulher etc.)? A via judicial pacificou o debate? A polarização prévia (*pro-life* e *pro-choice*) foi ampliada? A *Common Law* justificaria, em abstrato, a decisão tomada no *Roe*? Existe alguma conexão entre tradição jurídica e jurisdição constitucional à luz desse caso? A Inglaterra, berço desta tradição, tratou como o assunto do aborto?

Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, com posições radicalmente distintas, responderão a essas questões, sem descurar da dificuldade contramajoritária levantada por Alexander Bickel quanto à *judicial review* e às virtudes passivas como recursos da Corte para apaziguar conflitos. Para Bickel, a dúvida reside em saber como a revisão judicial se compatibiliza com o regime democrático. O conceito de direito como integridade, a leitura moral da Constituição e a concepção constitucional de democracia de Dworkin conduzem a uma conclusão. Ao revés, Waldron, ainda que não crie tantos termos como seu ex-professor, assume quatro pressuposições que indicam as condições normais de funcionamento de uma democracia e, se elas são verdadeiras e cumpridas, a conclusão será outra, qual seja a que leve a sério os profundos desacordos morais das sociedades modernas mediante seus arranjos institucionais.

Destarte, o terceiro e último capítulo trará os dramas particulares do Brasil. A americanização do direito constitucional tupiniquim transplantou de maneira malsucedida institutos e ideias oriundos dos Estados Unidos sem ter um substrato cultural favorável. Assim há uma ponte, embora precária, desde época anterior à Independência, entre o sistema jurídico brasileiro e o americano. Também as tradições distintas se comunicam. Em 2016, com a ADPF 442 protocolada perante o STF, um

novo itinerário se estabeleceu. O *Roe v. Wade* foi referenciado diversas vezes pelas advogadas na inicial. Com essas informações em mente, pergunta-se: a *Civil Law* rejeita, em abstrato, a jurisdição constitucional? O meio adotado para deliberar acerca do aborto é consentâneo dessa tradição? O rótulo resumido de que *Roe* descriminalizou o aborto é satisfatório? Como essa discussão da década de 70 pode servir à análise da ADPF 442 em 2018? Seria correto afirmar que a ADPF 442 é uma atualização do *Roe v. Wade*? Se sim, quais seriam os desdobramentos num país de *Civil Law*? Haveria diferença de tratamento entre os casos? O resultado seria idêntico? Se idêntico, seria mais um exemplo de aproximação ou de prevalência?

Essas interrogações fazem jus a respostas, apesar da dissertação não se propor a debater a moralidade do aborto. Não se trata de uma discussão filosófica sobre a personalidade do nascituro, tampouco sobre os direitos da gestante em face do seu corpo. Os argumentos pró-vida e pró-escolha serão expressos no bojo de *Roe* para fins elucidativos. Repisa-se que não se deve ler esse trabalho à busca de uma “prova cabal” para ser usada como trunfo para a pauta política subjacente. O tom panfletário e o furor da militância bloqueiam o melhor lado da pesquisa, qual seja o da liberdade, independentemente de quem as conclusões agradarem.

1. As duas nascentes ocidentais

Tradição jurídica não se confunde com sistema jurídico. Embora muitas vezes os conceitos pareçam sinônimos, uma tradição jurídica é um conjunto de atitudes condicionadas pela história, cujas raízes estão relacionadas à natureza do direito e ao seu papel na sociedade, à organização política, à estruturação e operação do sistema jurídico e ao modo “*como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado*”¹.

Em outras palavras, a tradição jurídica está situada no amplíssimo terreno da cultura humana, enquanto o sistema jurídico é uma expressão nacional da tradição jurídica que o originou. É possível abordar tantos sistemas jurídicos – francês, português, espanhol – quantos forem os Estados, porém, quando se trata de tradição jurídica, basicamente, identificam-se duas no Ocidente: a da *Civil Law* e da *Common Law*².

Antes de expor os aspectos teóricos pertinentes a cada tradição, três exemplos esclarecem de forma adequada os resultados práticos dessa discussão que está longe de ser meramente abstrata. Em 1832, Tocqueville redigiu sua monumental obra de direito comparado, *A democracia na América*, cujas valiosas reflexões ultrapassaram a própria época e se perpetuam por múltiplos fatores.

Na dicção do autor francês, a Constituição dos Estados Unidos era “*semelhante a essas belas criações da indústria humana, que acumulam de glória e de bens aqueles que as inventam, mas que permanecem estéreis noutras mãos*”³. Ele se referia ao caso do México que, apesar de ter copiado quase inteiramente o texto ianque, não possuía um “campo fértil” para produzir frutos, isto é, de nada adiantou repetir a legislação constitucional – um elemento do sistema jurídico imitado – sem o correspondente substrato no plano cultural, sem uma tradição jurídica favorável.

Igualmente essa crítica poderia ser dirigida aos “Estados Unidos do Brasil” quando promulgou sua Carta Magna em 1891 sob influência fortíssima da Constituição norte-americana. Dois anos depois, o presidente Floriano Peixoto, conhecido como

¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law*. Trad. Cássio Luís Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2010, p. 23.

² Metodologicamente será feita uma macro-comparação entre as duas famílias. (DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. *Revista O Direito IV*, on-line, Coimbra, v. 1, n. 1, jan./dez., 2006. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/2472/1/RPD_Direito_2006.pdf>. Acesso: 16 de setembro de 2017).

³ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Trad. Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1977, p. 129.

Marechal de Ferro, suspendeu as garantias constitucionais na Segunda Revolta Armada e rebateu as acusações desta maneira: “*Amigo, quando a situação e as instituições correm perigo, o meu dever é guardar a Constituição em uma gaveta, livrá-la da rebeldia e, no dia seguinte, entregá-la ao povo, limpa e imaculada*”⁴.

A aplicação de teorias importadas à revelia de nossa trajetória no passado já rendeu colheitas amargas e persiste até o presente com seus frutos indigestos. Não obstante as causas para tanto sejam as mais diversas, os efeitos também são os mais desastrosos. O último exemplo foi retirado das anotações de Paulino José Soares de Sousa, o Visconde de Uruguai, para quem a sociedade brasileira era marcada por uma profunda dualidade entre o sertão e a civilização⁵.

Na observação do visconde, o encontro entre sertão e leis descentralizadoras, inspiradas na matriz estadunidense, havia gerado variados conflitos armados no país que colocou em perigo a unidade nacional. Diversamente do que ocorrera no Brasil, na sociedade americana e inglesa os traços sociais da civilização estavam espalhados de forma mais homogênea e, portanto, os ideais de autogoverno prosperaram, não dando vazão a um mandonismo de potentados locais⁶.

As situações mencionadas caracterizam uma espécie de “transplante” malsucedido de direito comparado⁷. Apesar de existirem algumas causas que concorrem para explicar o fenômeno, a mais basilar reside na desconsideração da tradição jurídica que serviu de paradigma. Uma constituição, por mais “perfeita” que pareça, não se realiza sozinha, ainda que revestida de supremacia, e o mesmo se pode dizer de qualquer instituto estrangeiro, até o mais admirável, não se aplica por conta própria.

Nessa perspectiva, tanto o México quanto o Brasil herdaram a *Civil Law* de suas respectivas metrópoles, Espanha e Portugal, ao passo que os Estados Unidos receberam a *Common Law* da Coroa britânica. Por uma razão epistemológica, as nuances históricas de ambas as tradições não serão explicitadas, embora vez ou outra surja algum indício,

⁴ GOMES, Laurentino. 1889. São Paulo: Globo, 2013, p. 353.

⁵ Na parte bárbara, imperaria a lógica de oprimir antes de ser oprimido; os partidos políticos eram simulacros de oligarquias familiares com finalidade de obter apoio para perseguir seus adversários, beneficiar-se pessoalmente da coisa pública, dar abrigos a criminosos, reforçar a dependência econômica dos cidadãos para se perpetuarem nos cargos de chefia (clientelismo) e tornar os municípios imunes à ação do poder central. (COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai: Centralização e Federalismo no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 206-207).

⁶ *Ibidem*, p. 208.

⁷ PEGORARO, Lucio. *Estudio introductorio: trasplantes, injertos, diálogos; jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31219.pdf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2017.

já que conforme o conceito adotado o “efeito em cascata” das duas nascentes no tempo é inexorável.

Esse debate, que não é somente acadêmico, continua muito atual. A necessidade prévia de uma conjuntura cultural que permita o florescimento de instituições democráticas é vista hoje como indispensável por grupos políticos que criticam o governo americano por expandirem seus ideais – sistema representativo bicameral, eleições diretas e periódicas, federalismo etc. – em antagonismo à tradição jurídica do povo que “acolherá” as diretrizes para se “autodeterminar”, mormente em casos de guerra e de restabelecimento da ordem⁸.

Ambas as tradições jurídicas, para serem mais bem compreendidas, requerem uma sumarização à luz de uma oportuna digressão. Em linhas gerais, a *Civil Law* se remonta aos sistemas jurídicos latino-germânicos com fundamento no antiquíssimo direito romano, ao passo que a *Common Law* tem seu berço na Inglaterra, que recebeu os influxos romanistas, no entanto, a conquista normanda no século XI unificou os direitos particulares anteriormente em vigor, conferindo o prosaico nome de direito comum⁹.

A unidade política da Grã-Bretanha, com exceção da Escócia, obtida por Guilherme I teve como centro administrativo e forense a *curia regis*, em que se aglutinou uma classe compacta de juristas, da qual saíram os juizes que, com suas sentenças, criaram um direito consuetudinário, cuja fonte – o costume – “*não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juizes*”¹⁰.

O distintivo da *Common Law* sempre foi ser um direito produzido sobretudo por magistrados que interpretavam de maneira restritiva as leis (*statute law*) e aplicavam os precedentes judiciais. Na direção contrária rumaram os países da *Civil Law*, desde o advento dos senhores renascentistas na Europa continental, pois passaram a substituir radicalmente o costume, que antes prevalecia sem contestações no direito, pela legislação geral e abstrata promulgada pelo Parlamento¹¹.

As diferentes percepções do fenômeno jurídico também afetaram o modo como se construiu a lógica judicial. No direito jurisprudencial, o raciocínio é indutivo, porque os conceitos se formam a partir de casos específicos (*case law*), ou seja, do particular

⁸ KIRK, Russell. *A política da prudência*. Trad. Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 271-285.

⁹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 323-324.

¹⁰ *Ibidem*, p. 324-325.

¹¹ *Ibidem*, p. 334.

para o geral. Na aplicação das leis, ao contrário, o raciocínio é o dedutivo, dos termos amplos e genéricos do texto legislativo para situações concretas¹².

Na *Common Law*, o raciocínio embasado em casos análogos se orienta pela doutrina dos precedentes e pela do *stare decisis*¹³. Essas doutrinas, elaboradas ao longo do tempo e não de uma só vez como se associa incorretamente, descortinam um quadro histórico de profunda confiança na figura do juiz e, por conseguinte, no ato judicante, embora ambas tenham pesos distintos no sistema jurídico inglês e no americano¹⁴.

Em contrapartida, a *Civil Law* na esteira das codificações¹⁵, que iniciaram no período revolucionário francês, consagraram a suspeita do juiz, representante dos interesses do *Ancien Régime*, e de que ele deveria ser um mero aplicador da lei. Um código, quanto mais detalhado fosse, seria suficiente para abarcar todos os casos concretos e, portanto, amarrar o juiz, que era obrigado a reproduzir apenas seu conteúdo, eliminando qualquer dimensão criativa¹⁶.

A crença na “suficiência ôntica” da lei – o texto legal captaria integralmente a realidade sem mediadores – esteve presente, por exemplo, no *Code Civil* de 1804. Napoleão proibiu expressamente quaisquer glosas acerca do seu precioso código, afirmando que seria a deturpação do seu projeto¹⁷. Enquanto na *Common Law* o reconhecimento inafastável da interpretação e da liberdade de decidir do juiz permearam o direito com variadas possibilidades de resultados, até contraditórias entre si, não obstante os precedentes almejassem a controlar o horizonte semântico¹⁸.

¹² LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. Trad. Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45.

¹³ *Ibidem*, p. 3.

¹⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 128-129.

¹⁵ Não se ignora o aspecto ideológico dessa era no sentido de consolidar os valores burgueses, todavia, essa discussão extrapola o escopo do trabalho.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 85.

¹⁷ CAENEGAM, R. C. van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Campus Jurídico, 2010, p. 109.

¹⁸ A função de cada juiz é determinar as similaridades ou diferenças entre o caso já julgado e o caso que pende de julgamento. Se houver compatibilidade, o novo juiz extrairá do primeiro apenas a razão de decidir (*ratio decidendi*) que o vincula por ser revestida de força de precedente, excluindo, se necessário, as motivações acidentais do juiz anterior, tanto fáticas quanto jurídicas, que recebem o nome de *obiter dictum* (singular) ou *obiter dicta* (plural). Se houver incompatibilidade, duas hipóteses emergem. A primeira reside na diferenciação (*distinguishing*), em que o juiz enunciará como o suposto precedente – caso já julgado – não mantém relação com o caso pendente de julgamento. A segunda consiste na superação (*overruling*) do precedente estabelecido, possibilitando que se fixe um novo precedente. PERRELL, Paul M. *Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument*. Disponível em: <<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>>. Acesso em: 28 de setembro de 2017.

Os precedentes, apesar de preconizarem estabilidade ao sistema jurídico, não impediam que novos juízes dessem novos sentidos ao mesmo texto mediante a diferenciação (*to distinguish*), a ampliação (*to widen*) e a restrição (*to narrow*)¹⁹. A quantidade de exemplos práticos e detalhados de normas em sua plena eficácia proporciona maior previsibilidade sobre o direito do que as normas em estado abstrato, logo, a busca pela certeza é um argumento a favor do *stare decisis* na *Common Law*²⁰.

Em antítese a esse ponto de vista, Benjamin Cardozo, quando era presidente da Corte de Apelação de Nova Iorque, escreveu um famoso ensaio intitulado *The growth of the law*. Dentre outras sugestões, ele ponderou que o sistema jurídico americano necessitava de uma nova compilação (*Restatement of the law*) que trouxesse certeza e ordem para alforriar os juristas da confusão dos precedentes²¹.

As causas para a desorganização, segundo Cardozo, foram inúmeras, destacando-se as seguintes: a falta de acordo quanto aos princípios fundamentais da *Common Law*; a inexatidão no uso dos termos legais; disposições legais conflitantes e mal-escritas; tentativas de separar casos nos quais os fatos não demonstravam distinção alguma quanto aos princípios legais aplicáveis; o grande volume de sentenças; a ignorância de advogados e juízes; o número e a natureza de novas questões legais²².

O *Restatement*, produzido por volta de 1940, lembrava a organicidade de um código sem a força obrigatória da lei. A estratégia com a nova compilação fora desenvolver em diversos segmentos o direito criado pelos juízes e garantir mais liberdade à magistratura, porém, coube aos acadêmicos eruditos desempenhar esse trabalho antes que aos juízes ou aos advogados²³.

A partir desse movimento de renovação do direito americano, sob a guia da escola realista, a qual Cardozo se filiara, e que tem por expoente Wendell Holmes, responsável por alçar a máxima “*judge made law*” ao cume do pragmatismo²⁴, evidenciou-se não só uma influência sensível da *Civil Law*, como também os efeitos da imbricação acentuaram os atributos próprios da *Common Law*.

¹⁹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68-69.

²⁰ MERRYMAN, op. cit., p. 82.

²¹ CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do direito*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 7.

²² *Ibidem*, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 12-13.

²⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

Por esse motivo, o exemplo do *Restatement* é tão simbólico para o estudo das tradições. Convém repisar que não é certo apresentar a *Common Law* como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial, pois boa parte das regras que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos derivaram do Legislativo ou do Executivo²⁵, ainda que sejam interpretadas restritivamente pelos juízes como esclarecido alhures.

Na tradição da *Civil Law*, a discricionariedade do juiz sempre ameaçara a certeza do direito e, mesmo quando se admitia a *equity* na solução de um caso, era “*de forma expressa e cuidadosamente circunscrita em uma norma legal aprovada pelo legislativo*”²⁶. Além do mais, o doutrinador é o real protagonista da *Civil Law* por ser a tradição jurídica dos professores²⁷.

O alto nível de abstração de um código provoca a tendência de que os fatos fiquem em segundo plano, o que é uma das características mais marcantes da ciência jurídica na *Civil Law* e que “salta aos olhos” a quem pertence à *Common Law*²⁸. O *Restatement* sistematizou os precedentes para se livrar da confusão sem que a compilação doutrinária fosse elevada ao patamar de lei, perdendo em concretude. O escopo, ao menos alardeado, fora conceder mais liberdade aos juízes.

Em miúdos, na *Civil Law* o papel do juiz é limitado pela doutrina e pela lei, também inspirada no labor acadêmico, e a ampla liberdade de decidir se considera uma ameaça ao valor certeza; já na *Common Law*, ao revés, ainda quando se questiona a ausência de organização dos precedentes e a insegurança acarretada, e como solução se recorra ao esforço de síntese dos eruditos à imitação de um código despido de vinculação geral é, ao fim e ao cabo, para aumentar a discricionariedade judicial e preservar a singularidade do caso.

Richard Posner, em estreita sintonia com Cardozo e Holmes, asseverou que a teoria constitucional moderna tem padecido com a crescente academicização do direito, isto é, os professores dialogam num circuito fechado que é “*um meio opaco para os juízes e os advogados praticantes*”²⁹. A comunidade acadêmica, de acordo com o iconoclasta americano, está preocupada consigo mesma, o que faz com que os

²⁵ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28.

²⁶ MERRYMAN, op. cit., p. 83.

²⁷ Ibidem, p. 92.

²⁸ Ibidem, p. 101.

²⁹ POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 229.

professores se concebiam como um “*Judiciário paralelo que difere do Judiciário oficial por ser mais especializado, menos apressado, menos responsável e mais intelectual*”³⁰.

Esse conflito salienta que o excesso de academicismo obscurece um ponto caríssimo para um jurista da *Common Law*: a prática judicial. A doutrina, em alguma medida, tem sua razão de ser quando serve aos operadores, àqueles que lidam com as cotidianidades judiciárias, e de nada adianta quando o campo teórico se afasta ao ponto de desprezar ou se esquecer do elemento empírico por excelência que está assentado na decisão do juiz. Eis uma marca indelével da *Common Law*.

Existem, de fato, muitos pontos que podem ser levantados para traçar um quadro comparativo entre as duas tradições. Mas, com o fito de sintetizar os elencados até então, cabe repisar que o direito na *Common Law* é compreendido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial e que, quando há somente a lei em abstrato sem precedente fixado, ainda se dirá que falta “direito” sobre a questão fática regulada³¹. Nesse sentido, René David esclarece que “*leis e regulamentos não são observados, segundo a tradição, senão como complementos ou corretivos dum corpo de direito que lhes preexiste*”³².

A peça-chave da tradição da *Common Law* é o juiz que tem a incumbência de produzir o direito à luz dos precedentes e do *stare decisis*. Os teóricos têm mister secundário na formulação das proposições jurídicas e influência reduzida também junto aos práticos, uma vez que se observa a abstração com estranheza em paralelo ao raciocínio indutivo-concretista. O Poder Legislativo, tratado com deferência, no entanto, é desprovido do prestígio de que goza o Poder Judiciário na condição de porta-voz dessa tradição.

Quanto à *Civil Law*, que é a tradição jurídica protagonizada pelos acadêmicos com a ciência do direito altamente abstrata, encontra seu escorço na figura modesta do juiz – sobre quem pairou a nuvem da desconfiança pelos abusos perpetrados no Antigo Regime – que tem seu papel restringido pela legislação e pela doutrina, tendo em conta que não se admite amplamente a *equity* e se rejeita o *stare decisis*. A valorização acerca da certeza, a codificação e o dogma mais estrito da separação de poderes, no somatório com outros aspectos, tendem “*a diminuir o juiz e a glorificar o legislador*”³³.

³⁰ Ibidem, p. 248.

³¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Trad. Hermínio A. de Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 425.

³² Ibidem, p. 426.

³³ MERRYMAN, op. cit., p. 90.

Desde os albos da *Common Law*, nascida sob os influxos da *Civil Law*, as duas tradições jurídicas se influenciam reciprocamente. Não se trata de mundos estanques, isolados um do outro, até porque os comparatistas mantêm os portais sempre abertos. Por sua vez, os sistemas jurídicos ocidentais na sua multiplicidade rejuvenescem não só suas próprias matrizes, como também enriquecem aquela da qual não provêm. A aproximação de ambas as tradições recebe até mesmo nomenclatura especial de “*insularização do direito continental*” (a *Civil Law* sob impulso da *Common Law*) e “*continentalização do direito jurisprudencial*” (a *Common Law* sob impulso da *Civil Law*)³⁴.

O divisor de águas, que desequilibrou os pêndulos da balança, foi a expansão generalizada do controle de constitucionalidade após a Segunda Guerra Mundial, o que acarretou o aumento do poder dos juízes com protagonismo novo e crescente como “*um indicador poderoso da transformação radical da tradição da Civil Law*”³⁵. Com o surgimento de tribunais máximos, na qualidade de guardiões das novas ordens constitucionais, a jurisdição emerge com renovado vigor enquanto se assiste a uma perda de domínio por parte da legislatura, além da reconfiguração da separação de poderes. Nesse cenário conturbado para a *Civil Law*, ainda tem sentido falar nessa tradição na acepção exposta?

1.1. Revolvendo a *judicial review*

Na esteira desse debate, a pergunta feita por Sieyès no fragor da Revolução Francesa com seu famoso panfleto “*Que é o Terceiro Estado?*” é oportuna. O abade francês repreendeu seus pares pelo fato de a nação mal ter aberto os olhos para a luz, voltarem-se para a Constituição da Inglaterra e desejarem tomá-la como modelo para tudo. Após a reprimenda, ele se questionou duas coisas. Primeiro, se a Constituição britânica seria essencialmente boa. Segundo, se boa, se seria conveniente à França³⁶.

No fundo, para Sieyès, o que estava implícito consistia na adequação entre as tradições. E, curiosamente, tanto a Inglaterra quanto a França exportaram dois modelos

³⁴ MENDES, Armindo António Lopes Ribeiro; LOPES, Teresa Maria Geraldês da Cunha. *Sistemas jurídicos comparados: introdução ao direito comparado*. vol. 1. Lisboa: CIJUS/Facultad de Derecho, 2011, p. 124.

³⁵ MERRYMAN, op. cit., p. 190.

³⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. 4. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

dísparos de juízes. A visão negativa a respeito da função judicial em decorrência dos abusos cometidos por magistrados é antiga entre os franceses. Beccaria, por exemplo, em “*Dos delitos e das penas*” (1764) asseverou que “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores”, portanto, eram obrigados a realizar um “*silogismo perfeito*”, sob risco de que tudo se tornasse “*incerto e obscuro*”³⁷.

Os ingleses, pelo contrário, imersos no mundo em que os juízes sempre foram simultaneamente os portadores e defensores da tradição jurídica estabeleceram concepção antagônica à francesa, inclusive se discute, não sem polêmica, que o primeiro gérmen da *judicial review* se deveu à contribuição de Sir Edward Coke no caso *Bonham* (1610), em que uma lei aprovada pelo Parlamento foi declarada nula por se opor à *Common Law*³⁸.

Na situação fática, a lei conferiu ao *Royal College of Physicians*, órgão regulador da prática da medicina, a faculdade de julgar o Dr. Bonham, no entanto, essa disposição conflitou com a *Common Law* de que ninguém poderia ser em um mesmo processo parte e juiz³⁹. O *Royal College of Physicians*, como autor, não poderia ter interesse em cassar a licença médica e julgar a pertinência dessa punição.

Capelletti salienta que a doutrina de Lord Coke de 1610 vingou em solo britânico, “*como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o Parlamento*”⁴⁰ até ser abandonada em 1688 com a Revolução Gloriosa, “*a partir da qual foi, então, proclamada a doutrina contrária, ainda hoje válida naquele País da supremacia do Parlamento*”⁴¹.

Não obstante, a “saфра” não fora totalmente perdida, uma vez que na América as sementes se espalharam nos tribunais locais que assimilaram o precedente e recorreram a ele, sobretudo na peleja contra o Parlamento inglês (*no taxation without representation*), como obstáculo a “*novas leis aprovadas por maiorias parlamentares volúveis, manobradas por grupos de pressão e acordos partidários*”⁴².

³⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella JR. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

³⁸ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 343-349.

³⁹ POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. 2. ed. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 41.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 60.

⁴¹ *Ibidem*, 60.

⁴² CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 196.

Ainda que seja contestado o “pioneirismo” de Coke em face da ambiguidade do seu pronunciamento, se seria uma hipótese de invalidação do estatuto ou de uma construção jurídica interpretativa⁴³, a doutrina perpassou o terreno linguístico-jurídico das então Treze Colônias e, mais tarde, dos Estados Unidos em diversos precedentes que viabilizaram o *Marbury v. Madison*. Afonso Arinos de Melo Franco salienta que⁴⁴:

A ideia do controle jurisdicional sobre as leis federais estava, de fato, no consenso da maioria, e só não foi incluída na Constituição, por isto mesmo, receando-se suas inconveniências formais. Também aqui a prática americana ia se formar na teoria inglesa, pois, era conhecido e repetido o axioma do jurista inglês Cox, do século XVII, segundo o qual as leis do Parlamento que fossem contrárias à Common Law deveriam ser anuladas pelos tribunais.

No curso do processo revolucionário norte-americano, começou a transição paradigmática da herança inglesa de supremacia parlamentar ao controle judicial das leis, apesar de alguns elementos do paradigma anterior não serem inteiramente deixados de lado. O *imbroglio* da mudança de paradigma se assentava na peculiaridade da “Revolução Americana” que, diga-se de passagem, não se destinava a derrubar coisa alguma, porque queria preservar a *Common Law* contra os abusos do governo britânico. Não sem relutância que muitos colonos aderiram à “causa revolucionária”, quase compelidos diante das investidas repentinas e inaceitáveis do Parlamento inglês⁴⁵.

Em 1780, a Suprema Corte de Nova Jérsei no caso *Holmes v. Walton* evidenciou essa indefinição conceitual, certificando que a lei era nula e inválida por violar a Constituição estadual e também as leis do país. Nesse contexto, *Rutgers v. Waddington* julgado pela *Mayor's Court* de Nova Iorque em 1784 acerca do conflito entre uma lei do Estado (*Trespass Act* de 1783) e o Tratado de Paris (*Treaty of Peace* de 1783) foi um exemplo oposto. Na fundamentação, a Corte se aproximou mais dos precedentes ingleses do que propriamente do novo paradigma americano, inclusive pela preocupação em não invalidar o tratado que selou a paz, embora tenha demonstrado o paradoxal protagonismo do Judiciário em face do Legislativo⁴⁶.

Tanto *Trevett v. Weeden* em 1786 em Rhode Island quanto *Bayard v. Singleton* em 1787 na Carolina do Norte ilustraram, de maneira não exaustiva, os precedentes que

⁴³ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000, p. 34-35.

⁴⁴ FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 13.

⁴⁵ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora UnB, 2008, p. 116-119.

⁴⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016.

abriram caminho para a doutrina da *judicial review* atribuída ao *Chief Justice* John Marshall em *Marbury v. Madison*⁴⁷. Em 1786, no mesmo ano em que Trevett fora julgado, seria tomada a primeira iniciativa para a formação dos Estados Unidos.

O motivo para a reunião girava ao redor de uma pequena e incômoda disputa local pelas ostras da Baía de Chesapeake. Nos idos de 1632, o Rei Carlos I fixara uma divisa estranhíssima que passava por cima do Rio Potomac, que corta os territórios de Maryland e Virgínia, que com o tempo instalou uma desavença entre os pescadores de caranguejos e ostras de ambos os Estados sobre os direitos de pesca no rio⁴⁸.

A pretexto de remediar o dilema fluvial, o Legislativo da Virgínia solicitou a todos os legislativos para enviarem delegados a um encontro em Anápolis em setembro de 1786. O resultado foi um fiasco, porém, um novo pedido foi feito, sob a direção de Madison e Hamilton, com o escopo de “*discutir a situação dos Estados Unidos*” e “*tomar outras providências para tornar a constituição do governo federal adequada às exigências da União*”⁴⁹, na Filadélfia no ano posterior.

Ao término da Convenção de 1787, nenhum dos delegados estava plenamente satisfeito, porque se viram “forçados” por todas as suas divergências a uma sucessão de concessões vexatórias ou detestáveis que não eliminaram instantaneamente a escravidão, não deram o voto às mulheres ou ampararam os indigentes, mas os princípios aos quais se obrigaram uns aos outros a recorrer, enquanto permanecessem fiéis à nova Constituição, colocaram o país num rumo de governo cada vez mais aberto⁵⁰⁻⁵¹.

William Nelson destacou ainda a falta de acordo entre os convencionais sobre a outorga de poderes ao Judiciário para rever atos legais⁵². Por seu turno, Alan Westin

⁴⁷ Ibidem, 124-125.

⁴⁸ MEE JÚNIOR, Charles L. *A história da constituição americana*. Trad. Octávio A. Velho. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993, p. 4.

⁴⁹ MOSELEY, Elizabeth R.; WILKIE, Katharine E. *A constituição americana e o seu criador James Madison*. Trad. Gisela Brigitte Laub. Rio de Janeiro: Biblioteca de Cultura Geral, 1965, p. 68.

⁵⁰ Charles prossegue: “[*mais aberto*] a ambos os sexos, a todas as raças, aos pobres e aos politicamente oprimidos de outros países, à liberdade de expressão, de imprensa e de religião (incluindo a liberdade de não se acreditar em Deus); à garantia de um tratamento justo e igual para todos; a assegurar que o sistema não seja deturpado por uma concentração excessiva de poder em imensos conglomerados comerciais, ou pelos militares, ou no gabinete do presidente; a uma extrema cautela quanto ao envolvimento em incidentes externos; à devida consideração pela opinião favorável da humanidade”. (MEE JÚNIOR, op. cit., prólogo).

⁵¹ Sobre a relevância da Constituição norte-americana nesses mais de duzentos anos de história para a teoria e prática do Direito Constitucional no mundo, vide: BAILYN, Bernard. *Dois revoluções*. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (coord.). *Democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 38.

⁵² NELSON, op. cit., p. 2.

reuniu as opiniões a respeito de a *judicial review* ser uma usurpação pela Suprema Corte de uma competência não autorizada pela Constituição⁵³:

1º Os constituintes decidiram conscientemente que o Judiciário teria o poder de julgar os atos do Congresso, e isto afirmaram com palavras expressas no texto da Constituição. 2º Os constituintes julgaram, conscientemente, que tal poder decorreria, por dedução normal, dos demais poderes conferidos à Corte e da lógica de uma Constituição escrita definindo um governo com limitação de poderes. 3º Os constituintes ficaram indecisos sobre se deveriam outorgar à Corte o poder de revisão. A Convenção terminou os trabalhos sem uma resolução consciente sobre a matéria, e os convencionais se separaram com opiniões diferentes sobre se a revisão pelo Judiciário seria admitida ou não. 4º Os constituintes examinaram a questão da revisão pelo Judiciário e decidiram omiti-la da Constituição, porque a maioria não estava convencida de seu acerto ou necessidade.

A delegação de Nova Iorque deixou a Convenção prestes de concluir seu trabalho por discordâncias inconciliáveis que a maioria de seus delegados apresentou. Embora Hamilton, favorável ao plano com muitas reticências, perfilasse a comitiva, foi “constrangido” a ir embora também quando seus conterrâneos abandonaram Filadélfia. Ele regressou a seu Estado de origem para defender o processo constituinte em ascensão de seus detratores no legislativo estadual⁵⁴.

Nesse episódio, a sabedoria popular que apregoa que há males que vêm para o bem se fez mais uma vez correta. Graças a essa partida repentina e à posição estratégica de Nova Iorque no cômputo de nove Estados para a ratificação do novo texto constitucional, que três amigos com ideias distintas entre si em vários temas, uniram-se no esforço ingente de persuadir os votantes estaduais, escolhidos pela população novaiorquina, a aderirem à Constituição de 1787⁵⁵.

Esse esforço que, na verdade, manifestou-se por meio de um conjunto de 85 ensaios políticos com publicações regulares nos jornais e revistas do Estado, atacando os erros e falácias dos antagonistas e explicando as principais dúvidas sobre o novo documento constitucional, foi assinado por *Publius*, pseudônimo criado para ocultar os nomes de Hamilton, Madison e Jay. Depois de reunidos numa coletânea, recebeu o nome de “The Federalist”, cuja primeira edição saiu ainda em março de 1788 no

⁵³ WESTIN, Alan F. Introdução: Charles Beard e o Grande Debate Nacional sobre os Poderes de Revisão do Judiciário (1790-1961). In.: BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Trad. Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 13.

⁵⁴ MEE JÚNIOR, op. cit., p. 259.

⁵⁵ Ao menos, era essa a expectativa em relação a Nova Iorque que se mostrou despicienda temporalmente, visto que New Hampshire e Virgínia se anteciparam na ratificação. (Ibidem, p. 260-261).

“frisson” da ratificação e auxiliou na argumentação dos adeptos do plano nos demais Estados⁵⁶.

Em estudo comparativo, *Publius* identificou que a Inglaterra estava atada ao dogma da supremacia do Parlamento, ao passo que a supremacia da Constituição predominara na elaboração do plano⁵⁷, isto é, o Congresso americano, numa linguagem recente, não tinha liberdade absoluta de conformação em sua atuação, também devia obedecer ao texto constitucional.

No *paper 47*, *Publius* analisou todas as constituições estaduais da época para verificar como elas aplicavam a separação de poderes e chegou à conclusão de que “[...] em alguns casos, o princípio fundamental que estamos considerando foi violado por uma mistura excessiva e até por uma efetiva fusão dos diferentes poderes”⁵⁸, enquanto a Constituição proposta não violou o referido princípio em nenhum sentido possível que lhe fora atribuído na América⁵⁹.

Não se pode olvidar que Montesquieu foi referenciado pelos anti-federalistas para acusar o plano da Convenção de ter “maculado” a separação de poderes como originalmente delineada. Ocorre, no entanto, que o barão francês quando escreveu sua clássica obra em 1748, “*Do espírito das leis*”, tinha em mente a Constituição da Inglaterra que já naquele período havia estabelecido o dogma da supremacia parlamentar e não existia na prática a separação entre Parlamento e Executivo desde a ascensão ao trono da casa de Hanôver⁶⁰. Os americanos, ao revés, deram contornos menos enevoados à formulação tradicional da separação de poderes.

Uma das muitas questões que *Publius* abordou é, em particular, a chave de leitura por se tratar da legitimidade que emana da Constituição para os atos executivos e judiciários. Essa legitimidade é corolário da transição de paradigmas, do dogma da supremacia parlamentar ao da supremacia constitucional. O suposto “déficit democrático” – falta de legitimidade popular – dos julgamentos dos tribunais e ações do governo não subsiste, porque esses atos são tão válidos “quanto as leis aprovadas por

⁵⁶ KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 358-359.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 337.

⁵⁹ Em novo ensaio, ele sintetizou a separação de poderes nestes termos: “O verdadeiro significado dessa máxima foi discutido e definido em outro artigo, quando se mostrou ser ele inteiramente compatível com certa mistura desses poderes para fins especiais, desde que os mesmos permaneçam, no essencial, distintos e separados. Essa mistura parcial é mesmo, em alguns casos, não só adequada como necessária à defesa dos diversos braços do governo uns contra os outros” (*Ibidem*, p. 421).

⁶⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 4. ed. Trad. Eduardo Espín. Barcelona: Ariel, 1986, p. 60.

*nosso legislativo, impondo-se com a mesma abrangência. Todos os atos constitucionais, seja do poder executivo ou do judiciário, têm tanta validade legal e força quanto se procedessem do legislativo”*⁶¹.

Publius apontou que a doutrina da *judicial review* já estava escorada anteriormente na prática dos tribunais locais em seu ensaio 78 sobre a organização do Judiciário. Segundo ele, a missão dos tribunais de justiça seria “*declarar nulos todos os atos [legislativos] contrários ao sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada*”⁶².

Os juízes, para esse relevante encargo, precisavam ver a Constituição como de fato era: “*uma lei fundamental*”⁶³. Portanto, ele desenvolveu mais a noção de Constituição como parâmetro do direito (*paramount law*) e a legitimidade constitucional à luz da vontade popular expressa na Constituição⁶⁴:

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.

Logo, ele prossegue desvelando que não é todo ato judicial legítimo por si só, por ter cumprido uma aparente formalidade jurídica, visto que os tribunais não podem “*a pretexto de uma incompatibilidade [entre lei e Constituição], substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos [...] não deve haver nenhum juiz para além do próprio legislativo*”⁶⁵.

Essa responsabilidade política – *accountability* – aumenta porque os juízes são os “*fiéis guardiães da Constituição quando violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade*”⁶⁶. Esse dever de guarda quando analisado por *Publius* esteve sempre associado a todos os magistrados, o que reforçou ainda mais o elemento difuso da *judicial review* e, por conseguinte, contramajoritário, isto é, contra maiorias eventuais que pretendiam soçobrar direitos e garantias de grupos minoritários. Sobre a usurpação, *Publius* ponderou que⁶⁷:

⁶¹ HAMILTON, op. cit., p. 414.

⁶² Ibidem, p. 480.

⁶³ Ibidem, p. 481.

⁶⁴ Ibidem, p. 481.

⁶⁵ Ibidem, p. 482.

⁶⁶ Ibidem, p. 483.

⁶⁷ Ibidem, p. 484.

Para evitar um julgamento arbitrário dos tribunais, é indispensável que eles estejam submetidos a regras e precedentes estritos, que servem para definir e indicar seu dever em cada caso particular que lhes é apresentado. Além disso, dada a variedade das controvérsias que nascem da insensatez e da iniquidade humanas, logo se compreenderá que os registros desses precedentes tendem inevitavelmente a ganhar um volume considerável, cujo conhecimento competente exigirá longo e laborioso estudo.

Em artigo subsequente sobre o Judiciário, *Publius* tratou especificamente da Suprema Corte e de como era levado a “*aplaudir a sabedoria dos Estados que confiaram o poder judiciário, em última instância, não a parte do legislativo, mas a corpos distintos e independentes*”⁶⁸. Os delegados repetiram esse ato de sabedoria política.

Publius rejeitou com veemência a crítica de que o poder de interpretar leis conforme a Constituição forneceria à Suprema Corte a capacidade de “*moldá-las segundo lhes pareça conveniente, em especial porque suas decisões não estarão sujeitas à correção do corpo legislativo*” como um “*falso raciocínio acerca de um fato mal compreendido*”⁶⁹. E o único remédio que apresentou contra as usurpações da autoridade legislativa pela Suprema Corte foi o impeachment⁷⁰.

Após a ratificação do plano, no novo governo instituído, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a verificar a conformidade de três leis com a Constituição federal. No ano de 1796, nos casos *Ware v. Hylton* – lei do Estado da Virgínia questionada em face de tratado internacional – e *Hylton v. United States* quando o tribunal máximo afirmou a validade de lei federal em confronto com a Constituição. Em 1798, *Hollingsworth v. Virginia* declarou a invalidade de uma lei federal por ofender a Constituição⁷¹. A *Circuit Court* localizada no distrito da Pensilvânia ao julgar o *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance* em 1795 fixou, na dicção do *Justice* William Paterson, que “*toda lei do Legislativo, repugnante à Constituição, é absolutamente inválida*”⁷².

Na década de 1790, a Suprema Corte retomou a prática da *judicial review* existente nos tribunais locais antes da Constituição federal como visto em alguns precedentes, todavia, não se preocupou em justificar sua conduta, à revelia de fundamentos sólidos para legitimá-la, o que só veio a suceder em 1803 no *Marbury v.*

⁶⁸ Ibidem, p. 495.

⁶⁹ Ibidem, p. 494.

⁷⁰ Ibidem, p. 496.

⁷¹ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Marbury v. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015, p. 289.

⁷² CONTINENTINO, op. cit., p. 126.

Madison, caso este que foi emblemático por inúmeras razões, mormente pela polarização política que suscitou.

Tamanha a animosidade acarretada fez com que Thomas Jefferson mudasse radicalmente de opinião. Em 1783, em suas “*Notas sobre a Virgínia*”, Jefferson consignou que os “*juízes considerariam como sendo nula qualquer lei que fosse contrária à Constituição*”⁷³, ao passo que vinte anos depois, em carta privada, ele frisou que “*esse costume do Juiz Marshall afastar-se de seu caso para prescrever o que a lei seria, num processo duvidoso, perante o tribunal, é muito irregular e bastante censurável*”⁷⁴. Mais interessante do que a mudança de Jefferson, foi a de Marshall, visto que em 1776, como advogado, “*havia escrito que o judiciário não poderia invalidar as decisões do Legislativo. Como juiz viu a realidade sob outra forma*”⁷⁵.

A vitória dos republicanos com a eleição de Thomas Jefferson em 1800 representou uma virada na política nacional dos Estados Unidos. Embora John Adams tentasse se reeleger, os federalistas perderam depois de onze anos no poder. A acirrada disputa envolveu até a Câmara dos Representantes por empate no Colégio Eleitoral, apesar de Jefferson ter superado no voto popular. A peleja não gravitava apenas no cargo de Presidente, o que estava, de fato, em jogo eram a concepção de república e o papel constitucional das instituições. Duas visões de mundo antagônicas se digladiavam, em caráter incipiente, desde a Convenção da Filadélfia: o republicanism cívico e o republicanism liberal⁷⁶. A primeira corrente, grosso modo, orientava os republicanos, enquanto a segunda movia os federalistas.

A animosidade entre os dois grupos se arrastou ao longo da história dos Estados Unidos. E, em parte, foi a responsável pelo conflito que desembocou em *Marbury v. Madison*. Nos últimos dias do mandato de Adams, o Congresso com maioria federalista aprovou uma nova lei sobre a organização do Judiciário, a *Judiciary Act* de 1801. A legislação criava vários tribunais federais e cargos de juiz de paz, cujas nomeações ainda dependiam do presidente Adams. Essa articulação foi encarada como um meio de perpetuar a doutrina federalista mesmo depois da derrota nas urnas, já que os juízes

⁷³ JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 102.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁷⁵ FRANCO, op. cit., p. 13.

⁷⁶ NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: a separação dos poderes *made in America*. *Revista de Informação Legislativa*. n. 204. out./dez. 2014, p. 139-161.

federais, em suma, faziam cumprir as leis nacionais, o que gerou muita indignação entre os republicanos⁷⁷.

Nesse ínterim, John Marshall, secretário de Estado de Adams até a posse de James Madison, havia sido nomeado para *Chief Justice* no lugar de Oliver Ellsworth que renunciou por motivos de saúde. A situação degradingolou quando Adams indicou os “juizes da meia-noite” como ficaram conhecidos os nomeados com lastro na *Judiciary Act* de 1801 e, dentre eles, estava William Marbury⁷⁸.

Assim que Jefferson assumiu o governo, ele determinou que Madison, seu novo secretário de Estado, não entregasse os termos de posse dos novos juizes designados por Adams. Marbury requereu à Suprema Corte a concessão de um *writ of mandamus* em face de Madison para que sua *commission* lhe fosse entregue. Com a maioria republicana no Congresso houve a derrubada em julho de 1802 da *Judiciary Act* de 1801. A celeuma judicial estava estabelecida e, no ano judiciário seguinte, os *Justices* sob a presidência de Marshall iriam se pronunciar⁷⁹.

Em fevereiro de 1803, unanimemente, a Suprema Corte decidiu que Marbury tinha direito à *commission* pleiteada e a recusa de Madison violara seu direito de tomar posse no cargo. A mera transmissão não era elemento necessário à formação do ato, cujos requisitos de validade foram preenchidos a contento – assinado pelo Presidente Adams, selado pelo secretário de Estado Marshall e aprovado pelo Congresso. Na segunda parte, a decisão analisou se as leis do país previam recurso contra a violação perpetrada e se esse recurso seria o *writ of mandamus* perante a Suprema Corte. Para tanto, Marshall elaborou a teoria das questões políticas, em que a revisão dos atos de uma autoridade pública pelo Judiciário dependia da natureza do ato questionado. Se de natureza política, concernente à nação e aos assuntos governamentais, não cabia a revisão; se de natureza jurídica, quando afetasse a direitos individuais que se relacionavam ao ato, admitia a revisão⁸⁰.

Entretanto, conforme Marshall, o remédio utilizado por Marbury, o *writ of mandamus*, para salvaguardar seu direito, embora estivesse correto, não poderia ter sido impetrado diretamente perante a Suprema Corte, pois a *Judiciary Act* de 1789 era

⁷⁷ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

⁷⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48-53.

⁷⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 96-97.

⁸⁰ *Ibidem*, 145-154.

inconstitucional por ter criado uma nova competência originária para a Suprema Corte sem ter previsão na Constituição. Em outras palavras, o rol de competências originárias da Corte era taxativo, não admitindo ser acrescido via legislação ordinária⁸¹.

A leitura que pode ser extraída de *Marbury v. Madison* é multifacetada, comportando variáveis sem fim. A própria convenção de que o momento fundacional da *judicial review* se deu com o caso tem sido relativizada entre os teóricos norte-americanos, embora não se descarte a contribuição decisiva no arranjo político-jurídico⁸². Por um lado, a solução encontrada por Marshall “salvou” a Corte do risco de desmoralização, se porventura Madison simplesmente ignorasse a decisão no sentido de “obrigá-lo” a empossar Marbury, e, ao mesmo tempo, os *Justices* não renunciaram de todo ao seu dever de julgar. Em miúdos, o tribunal disfarçou o “*o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder*”⁸³.

Por outro lado, a decisão procurou fixar critérios para separar a política do direito, delimitando uma “área de atuação” do Judiciário quando se tratasse de direitos individuais violados por outros poderes. Num sentido mais profundo, o que se “descobriu” foi o aspecto material da supremacia constitucional e como efetivá-lo mediante a filtragem das leis nos casos concretos realizada pelo juiz. Com a mudança paradigmática, o Parlamento perdeu a sua “soberania”, devendo obedecer à Constituição, cujo aspecto formal de supremacia fora consolidado com a rigidez do processo de alteração do texto.

As controvérsias sobre o caso não foram menos numerosas. No teor da decisão, Marshall não fez alusão alguma a precedentes anteriores, ainda que existentes. Ele não enfrentou a espinhosa problemática de não haver disposição expressa no texto da Constituição para a *judicial review*, tampouco refutou a crítica, que persiste até o presente, de que a invalidação de uma lei votada democraticamente pelo Congresso seria em si mesma de natureza política e os critérios para revisar o ato seriam apenas um artifício para legitimar a usurpação de poder. Não se julgou impedido de votar, inclusive elaborou pessoalmente a *opinion*, apesar de ter selado o termo de posse de Marbury e pertencido ao governo até o penúltimo dia do mandato de Adams.

⁸¹ Ibidem, 155-166.

⁸² CONTINENTINO, op. cit., p. 115-132.

⁸³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 36.

Publius, como explicado, aceitava que a *judicial review* era, ao mesmo tempo, sistemicamente possível e desprovida de uma “sílabas” na Constituição nessa direção⁸⁴. Paradoxalmente, a inexistência de previsão textual não obstaculizou que a Suprema Corte, em virtude da *judicial review*, preservasse intacto o rol em *numerus clausus* de suas competências originárias. Não demorou que a Corte julgasse caso similar, *Stuart v. Laird*, em que deliberou que o acréscimo de competência, via *Judiciary Act* de 1802, para os *Justices* isoladamente era constitucional, posto que as circunstâncias se referissem à organização judiciária e não à violação de direitos individuais. Os comentários do *Justice* Samuel Chase contra o Congresso e Jefferson lhe renderam um processo de impeachment que por pouco não prosperou. Marshall em carta a Chase alegou que seria mais moderado o Congresso rever as “decisões inadequadas” da Suprema Corte do que destituir os juízes que julgavam desconhecendo sua falta⁸⁵.

O famoso precedente voltou a ser lembrado explicitamente em 1887 no caso *Mugler v. Kansas*, ao passo que a *judicial review* se tornou prática recorrente da Suprema Corte, inclusive na “Era” Marshall (1801-1835), porém, com o gatilho apertado contra as legislações estaduais no intuito de fortalecer os poderes da “jovem” União em detrimento dos Estados⁸⁶. Somente em 1857 no caso *Dread Scott v. Sandford* outro ato do Congresso foi declarado inconstitucional⁸⁷. O julgamento é considerado a “gota d’água” para a Guerra de Secessão⁸⁸.

Em linhas gerais, *Marbury v. Madison* foi um *continuum* robustecido de precedentes menos diretos que encarregou os juízes do ofício de invalidarem uma lei em contraste com a Constituição, com o cuidado de não irem para além do Legislativo, isto é, não prevalecerem o desejo do julgador em detrimento do legislador como advertira *Publius*. Nessa ótica, a *judicial review* se manteve em consonância com a *Common Law*, dado que os juízes permaneceriam como os “guardiães” – portadores da tradição – num governo limitado por uma Constituição forte. A Suprema Corte, em especial, seria o grande árbitro como consequência lógica do sistema americano.

⁸⁴ HAMILTON, op. cit., p. 494.

⁸⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 24.

⁸⁶ SANTIAGO, op. cit., p. 292.

⁸⁷ SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Trad. Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 55-61.

⁸⁸ Madison, durante a Convenção de Filadélfia, ficava estressado com a insistência dos Estados menores em quererem se proteger dos maiores e, num lampejo visionário, afirmou que se havia alguma diferença, esta residia entre nortistas e sulistas, o que veio a se confirmar terrivelmente. (MEE JÚNIOR, op. cit., p. 164-166).

A percepção da Suprema Corte como importante peça *política* no tabuleiro *político* para preservação da doutrina republicana se deu entre 1835 e 1837 quando Andrew Jackson e Martin van Buren alteraram a bancada de sete para nove *Justices* para obter maioria e preencheram os cinco postos no tribunal com candidatos que partilhassem de seus valores⁸⁹. Não se optou pelo impeachment como propusera *Publius* e fracassara Jefferson, tampouco pela revisão congressional das “decisões inadequadas” como cogitara Marshall em correspondência particular a Chase. A saída foi menos drástica e mais consentânea com a tradição da *Common Law*.

William Nelson elaborou um estudo, evidenciando como a *judicial review* no decurso da história dos Estados Unidos se impregnou de uma forte conotação política que não estivera presente no julgamento de *Marbury v. Madison*, que granjeou para os juízes a autoridade para decidir apenas “questões de direito” e evitar as “escolhas políticas”, diferentemente do que os juízes fazem na atualidade⁹⁰. O instituto sofreu muitas “releituras” que oscilaram de acordo com as inclinações das composições majoritárias e, mormente dos *Chiefs Justices* quando bem-sucedidos nas suas conduções, que não necessariamente seguiam a orientação do Presidente, do Congresso ou mesmo da própria sociedade à guisa de interpretar a Constituição. O exemplo mais notório sucedeu com o giro de mais de quatro décadas de defesa intransigente do liberalismo econômico (de 1895 em diante) até a aceitação do intervencionismo estatal na economia com o *New Deal* sob pressão de Roosevelt⁹¹.

No bojo da *Civil Law*, ao revés, a reflexão assumiu um caráter peculiar com Kelsen que outorgou valioso contributo à tradição jurídica predominante na Europa continental. Nos idos de 1918, o autor da *Teoria Pura do Direito* foi um dos principais articuladores da Constituição da Áustria (1920)⁹². No processo constituinte, ele inventou a modalidade concentrada de controle de constitucionalidade, uma vez que, não obstante tivesse em alta estima a *judicial review* americana, alegava que a ausência de uniformidade ao redor da lei inconstitucional era um grande perigo para a autoridade

⁸⁹ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 105.

⁹⁰ NELSON, op. cit., p. 39.

⁹¹ *Ibidem*, p. 90.

⁹² CHUEIRI, Vera Karam de. *Kelsen, jurisdição constitucional e democracia*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/vera-karam-de-chueiri/kelsen-jurisdiacao-constitucional-e-democracia-2s7r7qblbwxij1ldtxz5dntek>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017. Sobre o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a guarda da Constituição e que Habermas o retomou, vide: DUTRA. Yuri Frederico. *Democracia e controle de constitucionalidade*: a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

da Constituição, como também punha em xeque a unidade do ordenamento jurídico com decisões disparatadas entre si⁹³, o que sucede em maior ou menor grau na via difusa, à revelia da doutrina dos precedentes e do *stare decisis*. O Tribunal Constitucional austríaco, criado à parte da hierarquia judiciária convencional, seria encarregado de examinar exclusivamente a inconstitucionalidade em caráter abstrato com efeitos *ex nunc*. Rejeitou-se, portanto, a teoria da nulidade da lei inconstitucional por periclitar a certeza e a segurança, dois sustentáculos do direito romano-germânico. As portas para a adesão ao controle de constitucionalidade se abrem mesmo após a experiência austríaca e se escancaram nas décadas seguintes⁹⁴.

O término da Segunda Guerra Mundial foi, sem dúvida, o marco para a expansão da *judicial review* em todo o Ocidente. A “constitucionalização do direito” acometeu tanto a América quanto a Europa, em especial, a Alemanha e a Itália. Esse fenômeno sepultou o dogma da supremacia parlamentar, particularmente nos países de *Civil Law*, e o espaço foi ocupado por novas Constituições acompanhadas da criação de tribunais máximos encarregados de interpretar o ordenamento jurídico à luz da supremacia constitucional⁹⁵. A transição, guardadas as proporções, que os Estados Unidos experimentaram antes somente foi posta em prática quase um século e meio depois.

Nessa ótica, a constitucionalização do direito acabou conduzindo em maior ou menor grau para a experiência norte-americana de controle difuso, inclusive historicamente nos países que aderiram em primeiro lugar ao controle concentrado por influência da Constituição austríaca. Kelsen, um dos elaboradores, defendia que o Tribunal Constitucional teria a função de “legislador negativo” e estaria proibido de inovar no ordenamento jurídico com suas decisões vinculantes no exercício de verificar a inconstitucionalidade das leis. Muitos Estados incorporaram o controle misto, com diferença de importância atribuída a cada modalidade, embora o percurso do

⁹³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*. n. 41, p. 87-103, out./dez. 2014.

⁹⁴ TRINDADE, André Karam. *Quem devem ser os guardiões da Constituição?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-08/diario-classe-quem-guardioes-constituicao>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

constitucionalismo brasileiro seja extremamente peculiar. Devido a Ruy Barbosa⁹⁶, transplantou-se a *judicial review* na Constituição de 1891 sem a mediação do *stare decisis*, o que limitou bastante o instituto. Somente na Constituição de 1934 com a remessa ao Senado das leis declaradas inconstitucionais pela “Corte Suprema” que se corrigiu “à brasileira” o controle difuso e em 1965 se acrescentou o controle abstrato ao sistema, tornando-o híbrido⁹⁷.

Assim continuidade e a mudança são duas forças ambivalentes que conformam uma tradição jurídica⁹⁸, isto é, por estar profundamente enraizada na cultura, mesmo que passe por alterações drásticas, algumas de suas características perduram. Essa dicotomia lança luzes em um exemplo de “atraso” na dogmática brasileira. O advento da Constituição de 1988 não acarretou de súbito a constitucionalização do direito, inclusive as legislações subsequentes não realizaram uma adequada filtragem constitucional. E, graças à promulgação do novo Código Civil, a dogmática alardeou que “agora” os juízes poderiam empreender algo de efetivo para “modificar a realidade”, “fazer justiça”, por ter corrigido disparidades da codificação de 1916. Em miúdos, a Lei Maior não significou uma ruptura paradigmática “na prática”, enquanto que um novo código aparentemente cumpriria a tarefa, ainda que de modo estanque na seara civilística⁹⁹. Em contrapartida, em 1948 a Constituição da Itália entrou em vigor e o Estado instalou tribunal supremo oito anos depois. De 1956 a 2003, a Corte Constitucional italiana prolatou 349 decisões acerca do Código Civil, sendo que 54 declararam as inconstitucionalidades de seus dispositivos distribuídas em sentenças de invalidação, interpretativas e aditivas, ademais a edição de leis especiais gerou o debate sobre a descodificação do Código Civil¹⁰⁰.

A complexidade do assunto se acentua ao expor as sucessivas concessões que os Estados empreenderam reciprocamente para compor a União Européia, provocando

⁹⁶ BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. p. 86. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>>. Acesso: 06 de novembro de 2017.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15992-15993-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

⁹⁸ MERRYMAN, op. cit., p. 210.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil* – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

¹⁰⁰ BARROSO, op. cit., p. 22.

inovações substantivas em seus sistemas jurídicos. A título de exemplo, a Inglaterra, famosa na defesa do dogma da supremacia parlamentar, acatou a recomendação do Conselho da Europa no sentido de dar mais clareza à separação de poderes. O Parlamento britânico aprovou, por conseguinte, no ano de 2005 o *Constitutional Reform Act* que, após quatro anos, resultaria na criação da Suprema Corte do Reino Unido e na extinção do órgão máximo do Judiciário que era uma câmara legislativa – *Appellate Committee of the House of Lords*. De maneira similar, houve na França uma reforma constitucional em 2008 que estabeleceu um controle incidental de constitucionalidade nos processos em tramitação no *Conseil d'État* ou nas *Cours de Cassation*, desde que versassem sobre violações a direitos fundamentais ou garantias previstos na Constituição. Não obstante, nunca existira controle repressivo das leis inconstitucionais, apenas prévio e aplicado pelo *Conseil d'État*, órgão legislativo francês, em decorrência da concepção estrita de separação de poderes¹⁰¹.

É difícil “medir” nesse campo político-jurídico o quanto restou da *Civil Law* na acepção estudada em virtude do binômio “continuidade e mudança”. Como não se consegue apurar “milimetricamente”, permite-se pelo menos esboçar alguns pontos com lastro nas informações expostas¹⁰²: i) a Constituição passou a ter força vinculante e normatividade; ii) o Judiciário deixou de ser imaginado como um departamento técnico e especializado de reprodução dos textos legislativos; iii) o papel político dos juízes, ainda que reconhecido a contragosto, não conferiu carta branca para interpretar o direito como bem quisessem; iv) o Parlamento, desprovido de supremacia, não perdeu seu lugar de destaque no regime democrático, apesar de críticas às suas omissões e ações; os novos métodos de interpretação, mormente com a *judicial review*, não tornaram a lei apenas um adereço dispensável; v) a segurança, a previsibilidade e a estabilidade, embora abaladas, continuam como valores caros aos sistemas jurídicos da *Civil Law* e as medidas que as ameaçam são vistas como preocupantes, requerendo contenção

¹⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. A revolução dos direitos humanos e a expansão do judicial review nos Estados contemporâneos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, on-line, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan./jun., 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/295>>. Acesso: 06 de novembro de 2017.

¹⁰² O debate desenvolvido na filosofia do direito sobre o neoconstitucionalismo com implicações concretas para a teoria do direito está subjacente à reflexão ao redor da constitucionalização do direito. Para aprofundamento, vide os seguintes aportes: JARAMILLO, Leonardo García. El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, on-line, México, v. 45, n. 133, p. 93-118, jan./abril, 2012. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4735>>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

imediate; vi) o tribunal constitucional tem o direito de se pronunciar quando instado a fazê-lo, mesmo que se questione quanto ao fato de dar a “última palavra” (encerrando o ciclo deliberativo), garante-se a palavra; vii) a separação de poderes, herdada do estrito modelo francês, está mais afinada no presente com o modelo de *checks and balances* dos Estados Unidos.

O inexorável viés político da *judicial review*, observável logo em seguida ao acórdão de Marshall em *Marbury v. Madison*, suscitou a inesgotável celeuma acerca da legitimidade da Suprema Corte, das objeções à *judicial review* e dos limites da atuação do Judiciário, com ênfase no reconhecimento de direitos implícitos – não enumerados, abstratos – na Constituição como sucederia nos anos vindouros¹⁰³. A tradição da *Common Law* não imunizou os juízes da *accountability* quanto aos seus erros, extrapolações e deveres para com o regime democrático. Discute-se até os riscos em relação a um “governo de juízes” e se cunhou o termo *juristocracy* para enquadrar essa possibilidade, ambas as expressões ligadas ao ativismo judicial de matriz norte-americana¹⁰⁴. No próximo tópico, após revolver a natureza da *judicial review*, esse ponto será escurado sem descurar as duas nascentes ocidentais.

1.2. A controvérsia sem caso

John Marshall foi igualmente o inventor da supremacia judicial, na qual a Constituição “é uma norma de ordem superior que só faz sentido se estiver acima da política e for protegida por um guardião”¹⁰⁵. Parece contraditório afirmar isso, levando em conta o esforço em elucidar a transição paradigmática inaugurada pelos Estados Unidos (da herança inglesa de supremacia parlamentar à inédita supremacia constitucional). Sucede, porém, que essa mudança exigiu uma interlocução que ficou a cargo do Poder Judiciário, cujo mister no transcurso do tempo se alterou de uma intervenção modesta, isolada das “questões políticas” sob o signo de cumprimento do texto, a atuações mais incisivas que dispensam previsão expressa (direitos implícitos).

¹⁰³ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65-105.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.

¹⁰⁵ MENDES, Conrado H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

Para os defensores da supremacia judicial, caberão aos juízes e, em especial, à Suprema Corte dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Alguns estudiosos sofisticam suas teorias para mostrar quão acertado é esse ponto de vista, seja no geral, seja no particular desenho constitucional americano que se manteve o mesmo desde a Convenção de Filadélfia com variações interpretativas sobre um sistema jurídico “congelado”. Despiciendo acrescentar mais argumentos de como a *Common Law* preparou o terreno para a “ascensão” dos magistrados.

A *judicial review* não se confunde com supremacia judicial, ainda que muitas vezes erroneamente sejam tratadas como sinônimas. O controle de constitucionalidade pode existir, como de fato existe, em Estados em que o Judiciário não tem a última palavra sobre o significado da Constituição. Estabelecer com “definitividade” a semântica constitucional (o sentido mínimo e máximo na interpretação de textos jurídicos) seria incumbência derradeira dos juízes e não dos legisladores num contexto de supremacia judicial e, via de regra, tal aconteceria mediante a *judicial review*.

Alexander Bickel diagnosticou que pela primeira vez no caso *Cooper v. Aaron* (1958) a Suprema Corte declarou explicitamente a supremacia judicial, isto é, a imposição da sua interpretação, reendossando *Brown v. Board of Education*, como última palavra ao Legislativo e ao Executivo¹⁰⁶⁻¹⁰⁷. Bickel também enfrentou o dilema dos federalistas quanto à anulação de uma lei editada pelo Congresso. Para *Publius*, consoante o *paper* nº 78, já referido no segundo tópico, o Legislativo não poderia suplantar a vontade do povo expressa na Constituição e caberia ao Judiciário aferir essa “incompatibilidade”, prevalecendo a segunda em detrimento do primeiro.

Na lição de Bickel, assim que a Suprema Corte exerce o controle com base nesses fundamentos, posiciona-se contra a opinião da maioria. Portanto, a “dificuldade

¹⁰⁶ BICKEL, Alexander M. *The morality of consent*. New Haven: Yale University Press, 1975, p. 120.

¹⁰⁷ O Conselho de Educação de Little Rock, capital do Arkansas, havia deliberado que a dessegregação racial começaria no ano letivo de 1957. Um dia antes, o Governador do Estado Orval Faubus enviou tropas da Guarda Nacional para impedir a entrada de estudantes negros na *Central High School* a pretexto “*perigo de iminentes distúrbios da ordem pública*”. O Legislativo estadual aprovou uma emenda à Constituição do Arkansas contrária à integração e uma lei que tornava a frequência escolar facultativa nas escolas integradas. No dia seguinte, o Presidente Eisenhower mandou um efetivo de soldados federais para garantir que os negros tivessem ingresso na referida escola. O Conselho de Educação, presidido por William G. Cooper, promoveu uma ação na Justiça federal para postergar em dois anos e meio a dessegregação, o que foi aceito pelo juiz federal. A apelação à Suprema Corte foi conduzida pela Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor (NAACP) que representou os pais negros que pediam a reabertura da escola, sob liderança de John Aaron. A primeira questão decidida pelos *Justices* consistiu em que a dessegregação não poderia ser adiada, mesmo que sob alegação de preservar a ordem pública. A segunda que nenhum membro do Legislativo, Executivo e Judiciário poderia descumprir a decisão da Suprema Corte, pois equivaleria a desobedecer à própria Constituição. (*COOPER v. Aaron*, 358 U. S. 1 (1958). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/358/1.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018).

contramajoritária”, que resume em parte as objeções à *judicial review*, consiste no conflito democrático de juízes que invalidam leis aprovadas pelo Parlamento escolhido pelo povo¹⁰⁸. Esse desconforto democrático em alguma medida fora captado por Thomas Jefferson quando, em carta privada sobre *Marbury v. Madison*, criticou Marshall por prescrever o que a lei seria¹⁰⁹. Importa frisar que por mais que se questione o instituto, a revisão judicial das leis inconstitucionais continuará em ação, visto que, como adverte Whittington, nenhuma crítica acadêmica pode modificá-la como realidade histórica¹¹⁰.

Ao contrapor constitucionalismo e democracia, Bickel propõe que o equilíbrio se concretize por meio das “virtudes passivas” que são mecanismos de restrição para que a Corte possa evitar decidir e, pois, levam a um autocontrole dos juízes, impondo freios à supremacia judicial. O escopo, em miúdos, é atrasar o processo decisório, não só para que os juízes tenham tempo hábil para considerar de maneira mais ampla, como também para que avaliem, com o devido respeito, as opiniões e os argumentos dos outros, incluídos os membros dos demais poderes, da sociedade em geral e dos próprios colegas¹¹¹. Não obstante, as virtudes passivas estão longe de ser, conforme entendimento de Bickel, a solução cabal para a dificuldade contramajoritária.

O “fio de ouro” que tanto autores da *Civil Law* quanto da *Common Law* procuram encontrar exaustivamente nesse intrincado labirinto é a tentativa de superação da dificuldade majoritária da jurisdição constitucional. A controvérsia sem o caso envolve pesquisadores que sucederam Bickel, sejam aqueles favoráveis à supremacia judicial, sejam engajados em propostas de revalorização do Poder Legislativo ou imbuídos de perspectivas de diálogo institucional. Como paradigma teórico “acabado” da primeira corrente, Ronald Dworkin se sobressai e suas novas concepções reajustam as lentes sobre questões antigas. Jeremy Waldron, em contrapartida, defende a esquecida dignidade da legislação nas democracias modernas e o espaço apropriado para os desacordos morais inclusive acerca dos conteúdos dos direitos¹¹².

¹⁰⁸ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17.

¹⁰⁹ JEFFERSON, op. cit., p. 140.

¹¹⁰ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, Carolina do Norte, v. 80, n. 3, jan., 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>>. Acesso: 20 de dezembro de 2017.

¹¹¹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 116.

¹¹² O recorte epistemológico, no segundo capítulo, excluirá os autores dos diálogos institucionais (terceira via) e tantos outros da primeira e segunda linhas como Bruce Ackerman, Cass Sunstein, Adrian

A vitrine que servirá para apreciar os pensadores em operação num segundo momento será o emblemático caso *Roe v. Wade* sob a condução do *Chief Justice* Warren Burger. Não se discutirá a moralidade no plano filosófico do resultado prático da decisão judicial, evitando parte das polêmicas inerentes ao tema, para que a resposta de cada autor apareça de modo mais claro sobre o deslinde da controvérsia, tampouco será possível ignorar as singularidades, em que vez ou outra a consideração moral subjaz aos votos dos *Justices* ou dos glosadores.

Em suma, no primeiro tópico se diferenciaram as duas tradições jurídicas do Ocidente, expondo os elementos de aproximação e distanciamento em ambas, para em seguida abordar as origens da *judicial review*, as metamorfoses do instituto e os impactos causados, em especial, sobre os países da *Civil Law*. O último ponto retomou as observações anteriores apresentando categorias que permitem aclarar a conexão entre tradição jurídica e a jurisdição constitucional no *Roe v. Wade* julgado em 1973 pela Suprema Corte norte-americana e depois na ADPF 442, protocolizada perante o Supremo Tribunal Federal em 2016.

2. Nos meandros de *Roe*

Em breves palavras, *Roe v. Wade* é o caso histórico (*landmark case*) julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973 que descriminalizou o aborto em todo o país. Ao menos, é desse modo que os juristas brasileiros o citam, embora não façam a contextualização indispensável para se compreender os pormenores que toda decisão judicial exige, mormente quando a tradição jurídica de origem é a da *Common Law*. E, no mais das vezes, a referência ao *Roe* é meramente retórica, seja para ser usada como um termômetro de uma postura progressista da Corte¹¹³, seja como exemplo de nosso “atraso” na defesa da autonomia da mulher.

Vermeule, Mark Tushnet, Larry Kramer, John Hart Ely, John Rawls, Lon Fuller, Ran Hirschl, Jürgen Habermas etc.

¹¹³ Nos Estados Unidos, o cargo de *Chief Justice* – equiparável ao Presidente do STF – é vitalício, com nomeação própria e sujeito a sabatina específica. O indicado pelo Executivo pode ser um *Justice* ou não. É comum estudar os precedentes com o filtro de quem estava à frente do tribunal à época por causa da marca que ele costuma deixar nas decisões, seja mais conservadora, seja mais progressista. Como a Corte Burger (1969-1986) não comporta essa tendência mais homogênea, *Roe v. Wade* não será lido com esse filtro. (TUSHNET, Mark. The optimist's tale. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 132, n. 15, 1984. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol132/iss5/15/>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

As duas décadas precedentes à decisão foram um período em que as feministas conseguiram se mobilizar em associações com volume significativo de participantes e chamar à atenção da sociedade americana acerca de um rol de desigualdades entre os sexos. O pedido de remuneração igual a trabalho igual (*equal pay; equal work*) foi uma das vertentes em que elas reivindicaram tratamento isonômico e buscaram o auxílio dos tribunais. Passaram a ocupar espaços no âmbito cultural, desde revistas politizadas a vagas em universidades, nos quais questionavam as restrições do papel feminino e pleiteavam mais oportunidades no mercado de trabalho.

Não obstante o resultado prático, a liberação do aborto, tenha sido interpretado apenas como uma conquista do movimento feminista, juristas americanas, favoráveis ao novo paradigma feminino que juridicamente se construiu ao redor do pedido das advogadas de Roe, Sarah Weddington e Linda Coffee, discordam com veemência da fundamentação¹¹⁴ ou da instância utilizada para se aprovar a medida¹¹⁵. Ademais, a Suprema Corte autorizou o aborto por razões diversas das desejadas pelas postulantes e não como uma espécie de troféu ao reconhecimento da emancipação da mulher que o feminismo muito antes de 1973 alegava defender como seu *leitmotiv*.

A história do caso começou com um encontro de três mulheres¹¹⁶. Sarah Weddington e Linda Coffee, recém-saídas da faculdade de direito, tinham essa preciosa lição em mente quando se reuniram com Norma McCorvey numa pizzaria à noite em fevereiro de 1970 no Condado de Dallas, Estado do Texas¹¹⁷. McCorvey, que ficaria internacionalmente conhecida sob o pseudônimo de Jane Roe, estava grávida do terceiro filho, solteira e não tinha família à qual pudesse recorrer. Ela queria pôr fim à sua

¹¹⁴ MACKINNON, Catharine A. Reflexions on sex equality under law. *Yale Law Journal*, Yale, v. 100, n. 5, 1991. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/796693>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

¹¹⁵ GINSBURG, Ruth. Some thoughts on autonomy and equality in relation to Roe v. Wade. *North Carolina Law Review*, Carolina do Norte, v. 63, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2961&context=nclr>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

¹¹⁶ O “*Diário da minha viagem para Filadélfia*” do português Hipólito da Costa Pereira, fundador do primeiro jornal brasileiro, o Correio Braziliense, traz uma nota trágica sobre um dos aspectos da condição feminina no alvorecer da república estadunidense. Trata-se do tema do infanticídio. Hipólito registrou em janeiro de 1799 que esse crime era muito comum anos antes entre os americanos. Bebês eram encontrados mortos em frente a orfanatos e muitos sucumbiam de frio nas ruas, porque as mulheres não tinham meios de pagar o dote necessário para o acolhimento e, se tivessem, não queriam se expor ao descrédito público solicitando vagas, o que provaria a perda da virgindade. O infanticídio reduziu bastante com a instituição do colégio de Wilmington que acolhia sem exigências. (PEREIRA, Hipólito da Costa. *Diário de minha viagem para Filadélfia 1798-1799*. Rio de Janeiro: Publicações da Academia Brasileira, 1955, p. 70).

¹¹⁷ HOFFER, Charles Peter; HULL, N. E. H. *Roe v. Wade: the abortions rights controversy in American History*. 2. ed. rev., atual. e aum., Kansas: University Press of Kansas, 2010, p. 1-2.

gestação, embora a lei estadual só admitisse o aborto em situação de risco a vida da mulher¹¹⁸.

Antes de conhecer as duas advogadas, os esforços de McCorvey em se livrar do feto falharam duas vezes. Primeiro, ela mentiu dizendo ter sido estuprada na tentativa de conseguir um aborto; depois ela procurou abortar de forma clandestina¹¹⁹. Weddington e Coffee ainda hesitaram em ajudá-la, porque preferiam um casal aconselhado por um médico disposto a realizar o aborto a uma mulher solteira à espera do terceiro filho para formar o *test case* adequado.

No direito americano, o *test case* é o processo judicial elaborado pelos advogados postulantes com o escopo de criar ou modificar um precedente, tendo em vista as circunstâncias de um cenário político-jurídico mais amplo. Uma estratégia que se considera quando se monta um *test case* é que pareça tão espontâneo quanto seja possível, o que lhe confere mais legitimidade e, portanto, aumenta-se a chance de êxito no pleito¹²⁰.

Coffee e Weddington acabaram concordando em defender McCorvey e ingressaram com uma ação no Judiciário federal, basicamente, com dois pedidos: o direito de interromper a gravidez em uma clínica pública de saúde e a revogação dos artigos 1.191 a 1.194 e 1.196 do Código Penal do Texas mediante a concessão de *injunction*¹²¹ para que os referidos dispositivos fossem declarados inconstitucionais.

A demandante alegou que tentou obter licença para abortar, mas não conseguiu, pois a gravidez não ensejava risco a sua vida, e sustentou que não tinha condições financeiras para viajar a outro Estado ou país, fora daquela jurisdição, a fim de fazer um aborto seguro. Para endossar a inconstitucionalidade da legislação estadual, afirmou que ao lhe ser negada a possibilidade de abortar, o seu direito à privacidade, albergado pela Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas, estava sendo violado. E acrescentou que movia o processo “*em seu nome e em nome de todas as mulheres em situação semelhante*”¹²², o que mais tarde irá remover um obstáculo processual de peso.

¹¹⁸ Ibidem, p. 2.

¹¹⁹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

¹²⁰ Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/t/test-case/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

¹²¹ *Injunction* corresponde a uma decisão judicial para que uma pessoa, corporação, ou entidade governamental pare de fazer algo e se prive de fazê-lo no futuro. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/injunction>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

¹²² SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

James Hubert Hallford, um médico licenciado, requereu sua atuação como terceiro interessado na solução da controvérsia de *Roe v. Wade* e lhe foi concedido. O seu interesse na lide se justificava em razão de ter sido preso anteriormente por violar a lei proibitiva do aborto no Texas e por haver dois processos pendentes contra ele por igual motivo¹²³. Ele também queria uma *injunction* para evitar futuros indiciamentos, visto que o dispositivo legal que permitia o aborto para salvar a vida da gestante era excessivamente vago e incerto, o que afrontava vários direitos fundamentais e, por conseguinte, prejudicava a relação entre paciente e médico, o sigilo profissional e o exercício da medicina¹²⁴.

Cabe fazer um apontamento sumário sobre a parte ré antes de expor o teor da sentença. Wade era o sobrenome pertencente a Henry Wade, *district attorney* – uma espécie de procurador – do Condado de Dallas. Ele quem empreendeu a defesa do Estado do Texas na fase inicial do processo, cujo mote consistiu em que a legislação impugnada protegia a vida do feto desde a concepção e que o aborto era um assassinato¹²⁵. Ele processava os médicos suspeitos de realizarem aborto e disse à imprensa que continuaria a fazê-lo, a menos que a *injunction* fosse dada pelo tribunal¹²⁶.

No mérito, três juízes, dois da *District Court* e um juiz da *Court of Appeals*, formaram uma turma (*federal panel*) e unanimemente declararam que, para a mulher solteira e as pessoas casadas, havia o direito fundamental de decidir quando ter uma criança, cujo amparo constitucional assentava-se na Nona e Décima Quarta Emendas, fulminando, portanto, de inconstitucionalidade a lei restritiva do Texas em relação ao aborto por sua vagueza e “*violação excessiva aos direitos dos requerentes contidos na Nona Emenda*”¹²⁷.

Além disso, a turma se baseou no precedente de *Griswold v. Connecticut*¹²⁸, todavia, não encarou a *injunction* solicitada por Roe e Hallford, temendo que a

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ HOFFER, op. cit., p. 138.

¹²⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

¹²⁸ Os recorrentes, Estelle Griswold, diretora-executiva da *Planned Parenthood* de Connecticut e o seu diretor clínico, C. Lee Buxton, foram condenados criminalmente por oferecer a pessoas casadas informações e conselho médico sobre como prevenir a concepção e um exame que prescrevia material contraceptivo para uso da esposa, o que violava uma lei do Estado de Connecticut que tipificava como crime o uso, por qualquer pessoa, de droga ou artigo para prevenir a concepção. Uma corte de apelações intermediária e a mais alta corte do Estado mantiveram o julgamento desfavorável do juízo de origem às partes. A Suprema Corte, porém, reformou a decisão ao julgar a referida lei inconstitucional por ofender o direito de privacidade no casamento, o qual está dentro da penumbra das garantias específicas do *Bill of*

admissão pudesse gerar um “baita atrito” (*great friction*) e uma intrusão na lei com uma declaração que cessaria sua aplicação. Em miúdos, os efeitos ficaram adstritos às partes, isto é, Roe tinha o direito de abortar e o tribunal não impôs ao Estado que parasse de punir o aborto.

McCorvey, Hallford, na qualidade de terceiro interessado, e Mary Doe, que deu origem ao *Doe v. Bolton*¹²⁹, apelaram à Suprema Corte, bem como o Procurador do Estado do Texas também interpôs uma apelação em defesa da lei, questionando parte da sentença favorável ao pedido principal. A preocupação de Weddington e Coffee se *Roe* seria um *test case* adequado ou não, mostrou-se parcialmente infundada, pois a Corte aceitara o recurso¹³⁰. Ao menos, o limiar do *marble palace* havia sido cruzado, o que, para as postulantes à luz do paradigma feminista, representava uma vitória das mulheres seguida de uma nova fonte de ansiedade e trabalho¹³¹.

2.1. A Corte na polarização interminável

Um dos autores americanos mais lidos e comentados no Brasil é o jusfilósofo Ronald Dworkin que ao estudar o *Roe v. Wade* asseverou se tratar do caso mais famoso de todos os que já foram decididos pela *Supreme Court*, do mais conhecido entre os norte-americanos e no mundo inteiro, e tem sido ferozmente atacado e defendido¹³². É dessa nota que emerge o termo “polarização interminável”, mais como fruto da experiência quando se levanta o tema do aborto do que categorização abstrata.

Rights, tais como da Quarta Emenda, contra uma busca e apreensão sem fundamento, e Nona Emenda, pelo fato do direito não estar expresso não acarreta sua inexistência. Logo, revistar um aposento conjugal à procura de anticoncepcionais seria ferir a privacidade que envolve a relação do casamento segundo o voto vencedor de Douglas (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Griswold v. Connecticut*, 381, U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018).

¹²⁹ John e Mary Doe, ambos com nomes fictícios, eram casados. Sra. Doe tinha um distúrbio neural que lhe impedia de tomar contraceptivos. Ela requereu uma *injunction* no sentido de que, se ficasse grávida, fosse autorizada a realização do aborto sem implicações penais. O Judiciário federal rejeitou o pedido do casal porque não dispunha de fatos e argumentos suficientemente robustos para manter uma controvérsia judicial. O defensor da legislação questionada era o Procurador-Geral da Geórgia, Arthur K. Bolton. O caso foi julgado no mesmo dia que o *Roe v. Wade* por afinidade temática (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Doe v. Bolton*, 410, U.S. 179 (1973). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/179>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018).

¹³⁰ Para aprofundar como um caso é recebido pela Suprema Corte, desde a pré-triagem à decisão final, Lawrence Baum tece comentários didáticos sobre o trâmite (BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 111-169).

¹³¹ HOFFER, op. cit., p. 137.

¹³² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 142-143.

A expressão revela que a cisão é inevitável, e que a dificuldade se acentua enormemente, levando em conta que, mesmo entre o movimento feminista não havia um idêntico conjunto de convicções que levassem as mulheres a encarar a decisão no *Roe v. Wade* de forma unívoca¹³³. No campo político inclusive surgiu uma terminologia específica nos Estados Unidos para se referir aos favoráveis (*pro-choice*) e contrários (*pro-life*) ao aborto no tempo do *Roe* e que se difundiu. Ainda que não soe agradável a ideia de que uma hora o diálogo termine, nesse ponto, por mais esclarecidos que ambos os grupos sejam das suas perspectivas antagônicas, a adesão a um lado ou a outro do debate é inexorável.

Por seu turno, a Suprema Corte se mostrou inclinada a aceitar as *injunctions* em casos criminais, desde que ficasse demonstrada nos processos penais a má-fé por parte dos procuradores como se deu no *Dumbrowski v. Pfister* (1965)¹³⁴. Weddington e Coffee contaram com o apoio do advogado Roy Lucas que participou em quase todas investidas à regulação contra o aborto nos Estados da Federação. Ele preparou uma preliminar para convencer a Suprema Corte a ouvir a apelação e a submeteu no dia 6 de outubro de 1970. O Procurador Geral do Texas, Crawford C. Martin, elaborou a resposta que foi protocolada no dia 5 de novembro do mesmo ano¹³⁵.

Para Roy Lucas, não poderia ser um pré-requisito para a Suprema Corte a necessidade da mulher estar grávida do início ao fim do processo para se configurar uma controvérsia real (*mootness issue*), já que o lapso de trâmite era superior a nove meses, período máximo de uma gestação. Ele contentou-se com a narrativa dos eventos como se o tempo tivesse parado quando Coffee e Weddington peticionaram o *Roe*¹³⁶. Essa não é uma questão desprezível, tendo em conta que é a prática (singularidade do caso concreto) e não a lógica (abstração) que opera no constitucionalismo norte-americano como preleciona um dos grandes nomes no país do estudo de direito comparado, Lêda Boechat Rodrigues¹³⁷.

¹³³ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁴ O Estado de Louisiana passou a perseguir uma associação liberal que lutava por direitos civis dos negros no Sul com base na sua legislação anti-subversiva. A Suprema Corte concedeu uma *injunction* para que o governo estadual parasse de proceder desse modo. Por seu turno, o Estado do Texas precisou demonstrar como o *Roe* não se enquadrava no caso em comento. (*Ibidem*, p. 139).

¹³⁵ *Ibidem*, p. 138.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 138.

¹³⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 222.

Quando o Estado do Texas ignorou a decisão da turma (*federal panel*), deu à Suprema Corte uma excelente razão para ouvir os advogados apelantes de Roe¹³⁸, já que até então quatro dos nove *Justices* haviam indeferido o recurso por falta de uma questão federal passível de ser submetida ao Judiciário¹³⁹, adotando uma postura de recuo para evitar uma ingerência gravosa em conflitos federativos à luz das *political questions*¹⁴⁰ que não passou despercebida. No entanto, cinco votaram a favor em virtude de que as diferenças de regras no tratamento do aborto nos vários tribunais federais era, segundo eles, outra razão substantiva para ouvir o caso com o objetivo de uniformização e, assim, o processo foi aceito em maio de 1971¹⁴¹.

O memorial *pro-choice*¹⁴² seguiu para a Corte no dia 17 de agosto de 1971 pelas mãos de muitos advogados e médicos. No mesmo dia, o memorial de Doe também foi protocolado, sob a condução de Margie Pitts Hames. Do outro lado, a oposição pró-vida se organizava e alguns estavam preparando um abaixo-assinado de 200 médicos para a Suprema Corte, favoráveis às leis do Texas contra o aborto¹⁴³.

No julgamento declaratório (*declaratory judgment*), os apelantes questionaram à Suprema Corte se não deveria à luz da lógica do entendimento estabelecido no caso *Griswold v. Connecticut* em relação ao direito de privacidade opor-se à lei restritiva do Texas contra o aborto. Em resposta, o apelado insistiu que o direito de privacidade tinha limites, visto que o aborto deveria ser considerado entre os atos criminosos e socialmente inaceitáveis e que violava a relação do médico com a paciente, pois aquele tinha o dever de proteger a vida dos fetos. Alegou também que o direito de privacidade nunca fora absoluto num consultório ou num banheiro médico e não prevenira uma medida policial de condução legal de busca e apreensão na casa do investigado. Essas questões, para o apelado, deveriam ser avaliadas quanto aos direitos do não nascido¹⁴⁴.

¹³⁸ HOFFER, op. cit., p. 140.

¹³⁹ Ibidem, p. 142.

¹⁴⁰ Essa doutrina, cuja origem remonta a Marshall, é sintetizada por Lêda Boechat como um conceito vago que significava a evasão à obrigatoriedade de decidir e por meio da qual os juízes se protegiam de um conflito com os outros Poderes – legislativo e executivo. (RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 198). Ela erodiu no caso *Baker v. Carr* (1962).

¹⁴¹ Ibidem, p. 142.

¹⁴² Os apelantes realizaram um memorial inspirado no *Brandeis Brief* na seção sobre o “Conhecimento relevante e fatos médicos”. (Ibidem, p. 145). Louis Brandeis, advogado em 1908, ficou conhecido por convencer a Suprema Corte no caso *Muller v. Oregon* a limitar a jornada feminina nas lavanderias a oito horas diárias com fundamentos extrajurídicos (sociológicos) com o fito de proteger a saúde da mulher, o que, a longo prazo, ampliou consideravelmente o conceito técnico de prova.

¹⁴³ Ibidem, p. 144.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 145-146.

Além do mais, a linha argumentativa da *mootness issue* pela Procuradoria se manteve. Roe não podia ter usado o fundamento na lei contra o aborto pelo fato de não estar mais grávida pelo decurso do tempo, o que a excluía de qualquer tipo de risco durante a gestação¹⁴⁵. Inspirado igualmente no *Brandeis Brief*, o apelado descreveu a evolução das primeiras semanas de gravidez, mostrando quão humano o feto era, haja vista que as mais recentes descobertas médicas provavam que o feto estava vivo desde a concepção e as suas células formavam um ser exclusivamente humano, logo, o que ele precisava era de tempo e nutrição para se desenvolver como um ser humano completo¹⁴⁶.

O número de *amicus curiae* de ambos os pólos só crescia na Corte – passava dos quinze – e cada um queria deixar consignado em um memorial sua concordância ou não com a constitucionalidade da lei estadual pelos argumentos mais distintos. Enquanto os pró-vida reuniram 232 médicos que trouxeram evidências médicas no sentido de que o tribunal tomasse pleno conhecimento de que o nascituro era também um paciente e que precisava ser protegido, os pró-escolha levantaram um rol de profissionais e associações médicas a favor do aborto¹⁴⁷.

A polarização não foi diferente no campo jurídico. A título ilustrativo, a associação *Americans United for Life* constituída por advogados trouxe sua contribuição mostrando o forte elenco de casos e leis que se opunham ao aborto nos Estados antes do esforço de liberação. Eles defenderam também a ideia de que a *Common Law*, quando o nascituro era ofendido, autorizava uma ação penal contra o ofensor. Em contrapartida, a associação *New Women Lawyers* reivindicou que eram as únicas habilitadas para falar e que o faziam, não como mães ou potenciais mães, e sim, como trabalhadoras com uma visão especial de seus problemas, rejeitando que homens pudessem fazer o mesmo em nome das mulheres¹⁴⁸.

O *California Committee to Legalize Abortion*, primeiro órgão a difundir o estudo sobre a reforma do aborto que ensejou a demanda por sua legalização, sustentou que a lei do Texas impunha à mulher uma servidão contra sua vontade e, ao ser forçada a carregar a criança, tal postura violaria a Décima Terceira Emenda que vedava a

¹⁴⁵ Ibidem, p. 145.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 146.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 147-148.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 147-148.

escravidão. A empresa *Planned Parenthood* seguiu a orientação traçada em *Griswold* e ofereceu uma série de afirmações embasadas em estatísticas¹⁴⁹.

Entrementes, o banco de *Justices* que ouviu a primeira rodada do *Roe* não era mais o mesmo que deu opinião favorável ao *Griswold v. Connecticut*. Em 1965, Arthur Goldberg, renunciou ao assento na Corte para se tornar embaixador e, no seu lugar, o Presidente Johnson a 30 de agosto de 1967 indicou Thurgood Marshall¹⁵⁰. Quatro anos depois era vez de Earl Warren se aposentar e ser substituído por Warren Burger¹⁵¹ nomeado por Nixon após uma série de conflitos.

Na manhã de 13 de dezembro de 1971, sete ministros estavam presentes para a sustentação oral do *Roe v. Wade*, menos Black e Harlan por motivos de saúde. Weddington preferiu utilizar como estratégia sua experiência do ponto de vista feminino à linguagem jurídica nos trinta minutos de exposição. Em resumo, ela ponderou que a gravidez machucava o corpo da mulher, interrompia a educação e emprego e, frequentemente, destruía toda a família. Por esse impacto, devia ser dado à mulher o mais fundamental dos direitos: se queria ou não continuar a gestação¹⁵².

Depois que Weddington concluiu, o *Justice Potter* considerou sua fala um “*eloquente argumento político*”, mas ele contestou que a Corte não poderia se envolver em questões políticas e inquiriu se havia algum fundamento constitucional para reivindicação da sua cliente. Ela respondeu o *due process of law* da Décima Quarta Emenda e para o direito de aborto, além deste, a cláusula de igual proteção da mesma emenda, a Nona Emenda e outras. Ele gracejou dizendo “*mais qualquer coisa que pudesse obter*” e ela murmurou em concordância¹⁵³.

A preocupação mais latente de Weddington era com a perda de objeto da ação devido a *Roe* ter ganhado o bebê pelo transcurso do processo (*mootness issue*). Jay Floyd, outro procurador do apelado, contra-ataca durante seu tempo exatamente nessa direção. Em miúdos, defende que a Corte julgaria uma ação baseada numa especulação,

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 149.

¹⁵⁰ Thurgood Marshall, cuja carreira inspirou a muitos, era bisneto de escravo e filho de garçom que guardava carros. Formado na *Howard Law School* em Washington D.C, foi ensinado por Charles Hamilton Houston a ser um reformador e a se engajar na luta pelos direitos civis, especialmente contra a discriminação racial como se deu no *Brown v. Board of Education* (1954). Durante sua atuação como AGU, demonstrou a firmeza na defesa dos direitos civis, inclusive quando o próprio Estado violava esses direitos e se opôs com firmeza contra a pena de morte. (*Ibidem*, p. 153)

¹⁵¹ Warren Burger, egresso da *Mitchell Hamline School of Law*, trabalhou longos anos como advogado e adquiriu vasta experiência jurídica. Considerado um moderado, tendia a adotar uma postura de mais deferência ao Legislativo, embora não tivesse aversão à revolução dos direitos civis. Serviu na Era Eisenhower como assistente do AGU. (*Ibidem*, p. 153-154).

¹⁵² *Ibidem*, p. 135-136.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 156.

de teor abstrato e não fático, porque não havia mais uma controvérsia em si. O *Justice Stewart* lembrou a Floyd que os casos de aborto entraram como *class actions* e, a toda evidência, existia pelo menos uma mulher grávida e solteira no Estado do Texas que desejaria abortar¹⁵⁴.

Já a sustentação oral em *Doe v. Bolton* foi sem atritos. Margie Pitts Hames, advogada pró-aborto, argumentou contra os procedimentos médicos exigidos pelo Estado da Geórgia que eram pesados, custosos e burocráticos, pois a mulher tinha que provar o seu domicílio, o consentimento e a aprovação do comitê hospitalar. Ao passo que a advogada pró-vida, Dorothy Toth Beasley, replicou que esse trâmite se devia ao fato da questão central da lei consistir na defesa da vida do feto por sua personalidade e, além disso, os direitos de privacidade terminavam quando a vida de outra pessoa estava em jogo¹⁵⁵.

Os embates entre os pró-vida e os pró-escolha não ficaram somente nas paredes do plenário da Corte. A polarização dividiu as ruas dos Estados Unidos, sendo que Nova York se tornou o foco da crescente campanha contra o aborto – por ter a lei mais permissiva em que o aborto era admitido em até 24 semanas de gestação (seis meses). O movimento *pro-life* conseguiu 79 votos a 68 para a modificação legislativa, mas Nelson Rockefeller, governador à época, vetou o projeto de lei, alegando que sofria com os grupos de pressão¹⁵⁶. O Presidente Nixon, no meio de uma reeleição, enviou uma carta ao Cardeal Terence Cooke dizendo que o aborto irrestrito parecia impossível de “*conciliar com nossas tradições religiosas ou nossa herança ocidental*”¹⁵⁷.

Na época da primeira sustentação, Harlan e Black estavam ausentes por motivos de saúde. Então logo depois as cadeiras ficaram vagas, sendo ocupadas, respectivamente por Rehnquist¹⁵⁸ e Powell¹⁵⁹. Burger, *Chief Justice*, aproveitou essa circunstância para marcar uma segunda sustentação, o que veio a calhar, uma vez que Blackmun, o relator,

¹⁵⁴ Ibidem, p. 157.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 159.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 169.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 163-164.

¹⁵⁸ William Rehnquist estudou na *Stanford Law School* e era mais ideologicamente definido como conservador, inclusive se opôs a muitas decisões da Corte Warren. Trabalhou como *law clerk* – assessor de *Justice* – e foi escolhido por Nixon meses antes da segunda sustentação oral. Talvez como uma nomeação estratégica para agradar ao eleitorado pró-vida. (Ibidem, p. 167).

¹⁵⁹ Lewis F. Powell Jr., graduado na *Washington and Lee University*, era um advogado, vindo de Richmond (Virgínia), com perspectivas mais conservadoras, embora fosse moderado e tivesse apoiado o caso contra a segregação racial. (Ibidem, p. 165-166).

expressou necessitar de mais tempo para emitir seu voto¹⁶⁰. O dia definido para a outra sustentação foi 11 de outubro de 1972.

Na nova exposição, Weddington disse que compreendia o dilema da Corte e não negava que o feto se desenvolvia progressivamente, mas que a conclusão a ser extraída dessa evolução era diferente da que queriam os pró-vida. Ela não estava questionando se a regra do aborto no Texas era boa ou má, embora tenha sugerido as vinte e quatro semanas de Nova York como um parâmetro. Ela estava defendendo que cabia à mulher decidir se queria ou não manter a gravidez, decisão que era dela e de mais ninguém¹⁶¹.

Robert Flowers substituiu Jay Floyd na defesa do Estado do Texas. Ao iniciar sua fala, ele declarou que tinha dois objetivos a serem atingidos. O primeiro consistia em convencer que o “interesse imperioso” (*compelling interest*) que o apelado quis proteger foi o direito à vida do feto desde a concepção e o segundo que a ponderação entre esse interesse e o direito da mãe à privacidade seria melhor pesado no Parlamento e não no Judiciário. Ele citou em suporte à pesquisa do professor de Direito do Texas Joseph Witherspoon em resposta ao *Cyril Means’s Article*, incluindo as palavras de William Blackstone, famoso jurista inglês do século XVIII, para “provar que a personalidade do nascituro existe bem antes da criança nascer”¹⁶². Em suma, adotou uma postura de deferência legislativa e de autocontenção judicial (*self-restraint*) e, ademais, pediu à Corte que resguardasse o mais básico dos direitos ao feto.

Por sete votos a dois, a Suprema Corte se posicionou a favor da inconstitucionalidade da lei estadual do Texas. O voto majoritário foi o do relator, *Justice* Blackmun, embora tenham sido acrescidos três votos concorrentes (Burger, Douglas e Stewart) que, de uma maneira ou outra, complementam o principal com informações novas, aspectos ignorados ou discordâncias menos gravosas. E a minoria, composta por Rehnquist e White, opôs-se ao resultado, defendendo a compatibilidade da legislação impugnada com a Constituição.

Em linhas gerais, Blackmun em sua *opinion* vencedora declarou que o Código Penal do Texas ao excluir a ilicitude do aborto somente no risco a vida da mulher violou a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda por não ter considerado o estágio da gravidez, tampouco outros interesses envolvidos¹⁶³. O direito de

¹⁶⁰ Ibidem, p. 167.

¹⁶¹ Ibidem, p. 170.

¹⁶² Ibidem, p. 168-169.

¹⁶³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

privacidade, embora não previsto expressamente, estaria na “zona de penumbra” das garantias específicas do *Bill of Rights* na série de precedentes que o moldaram. *Roe v. Wade* é mais uma consequência da construção jurisprudencial da Suprema Corte de direitos implícitos. Douglas concordou com Blackmun, mas fez um voto concorrente mostrando a continuidade entre os dois julgados, ainda mais por ter sido relator do *Griswold*¹⁶⁴.

Em outras palavras, o direito à privacidade seria uma garantia que todo cidadão americano usufruiria no exercício das suas liberdades individuais e protegeria a liberdade de decidir questões íntimas relacionadas ao casamento, à reprodução, à criação dos filhos, à contracepção etc. Consoante Blackmun, esse direito se prestaria também a livrar o cidadão de restrição indevida pela ação estatal, uma vez que o fundamento da privacidade estaria na Décima Quarta Emenda ou na reserva de direitos da Nona Emenda, “*as we feel it ts*”¹⁶⁵. Não obstante a subjetividade, ele tinha certeza de que a negativa em absoluto do direito ao aborto seria um prejuízo evidente à mulher¹⁶⁶.

Ademais, dividiu os nove meses da gestação em três etapas em que progressivamente iria aumentando o interesse do Estado em restringir ou proibir o aborto e reduzindo a autonomia da mulher em abortar, quais sejam¹⁶⁷:

1. Até o primeiro trimestre de gestação, a decisão de abortar e a escolha do procedimento pelo qual será realizado o aborto devem ser deixados ao livre julgamento da mulher grávida e do médico que a atender.
2. Para o estágio subsequente ao primeiro trimestre, o Estado, em razão de garantir a saúde maternal, pode interferir na decisão quanto ao procedimento mais seguro a ser adotado.
3. Após a viabilidade do feto, o Estado pode, em razão de seu interesse em proteger a potencialidade da vida humana [410 ESTADOS UNIDOS 113, 165], se assim achar conveniente, regular, e mesmo proscrever o aborto a não

¹⁶⁴ “*Suponhamos que o planejamento familiar não tivesse esperado até o final da década de 1930 para dar início a uma série de desafios jurídicos com relação às leis de controle de natalidade de Connecticut. Imaginemos que o litígio tivesse começado em 1923 – quando Margaret Sanger solicitou a revogação judicial pela primeira vez em nome da Liga de Controle de Natalidade de Connecticut. Os argumentos constitucionais estavam disponíveis para ela naquela época? Rigorosamente, não. No entanto, havia uma visão diferente daquela encontrada no parecer do Juiz Douglas, de 1965. Em 1923, o desafio forense era persuadir a Corte a estender a interpretação das afirmações sobre livre negociação de Lochner para o projeto de planejamento familiar para que esse pudesse fornecer orientações de controle de natalidade àqueles que a ele recorressem. Afinal de contas, se os padeiros no caso Lochner tinham o direito constitucional de negociar com seus empregadores, por que não teriam os casais casados o mesmo direito de negociar com a Liga de Controle de Natalidade? Essa é, pelo menos, a questão que os juristas e operadores do direito hipotético de Sanger teriam vigorosamente abordado diante dos tribunais da República intermediária*” (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 213-214).

¹⁶⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

ser que o procedimento seja necessário, segundo um julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mãe.

Ao revés do que pretendia o apelado, a Corte definiu que os Estados somente teriam interesse suficientemente forte (*compelling interest*) para interferir na decisão da mulher em abortar ou não a partir da “viabilidade do feto” – capacidade de vida extrauterina e independente do corpo feminino – a partir da vigésima quarta semana de gestação, desde que o fizessem mediante lei formal. O parâmetro de seis meses foi copiado de Nova York, com exceção de que neste o aborto ainda é amplamente liberado durante esse período, o que difere da decisão da Corte que admite a intervenção, conquanto seja para resguardar a saúde da mulher em relação ao procedimento mais seguro¹⁶⁸.

Sumariamente, foi exposta a parte dispositiva do voto. *Justice* Blackmun elaborou um grande relatório, cuja síntese, devido à extensão, não será possível de ser exposta nesse momento. Em sua fundamentação, enfrentou o ponto fulcral, qual seja: a personalidade do nascituro à luz da Lei Maior. Além da Constituição não definir o que é pessoa exatamente, disse o relator, todas as menções a “pessoa” no texto constitucional fazem referência à vida pós-natal e que o feto, em momento algum, fora reconhecido pelo ordenamento jurídico como “*pessoa em seu sentido completo*”¹⁶⁹. A presença dos *amici curiae* serviu a Blackmun para evidenciar quão controvertida a questão do início da vida era, logo, a Corte preferiu não se manifestar¹⁷⁰. No entanto, proibiu que o Estado do Texas adotasse uma única teoria sobre a origem da vida para impedir “*o exercício dos direitos da mulher gestante*”¹⁷¹.

Em contrapartida, passemos à análise da *dissenting opinion*¹⁷² da lavra do *Justice* Rehnquist. A primeira objeção consistiu na falta de provas que elucidasse que Jane Roe no momento que peticionou estava grávida de até três meses, caso contrário, segundo o próprio critério vitorioso estabelecido pela Corte, aumentaria o interesse do

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² A *dissenting opinion* ou voto vencido/divergente/minoritário tem mais relevância para os casos futuros do que a própria opinião majoritária, pois geralmente é usada para modificar o entendimento da Corte (*overturning*). A opção adotada foi contrastar a posição de Blackmun com a de Rehnquist, não pormenorizando as *opinions* concorrentes de Stewart, Burger e Douglas, tampouco a discordância de White.

Estado na escolha do procedimento seguro e, se ela estivesse no último trimestre gestacional, o Estado teria amplos poderes para impedir o aborto¹⁷³.

Nas palavras de Rehnquist, “*ao decidir sobre tal processo hipotético, a Corte se afasta da antiga admoestação de que nunca deveria ‘formular uma regra de direito constitucional mais ampla do que exigem os fatos precisos a que se aplica’*”¹⁷⁴. A dificuldade era que uma parte não poderia reivindicar direitos que não lhe eram próprios, isto é, o seu pleito poderia até afetar uma categoria (*class actions*), mas desde que ela estivesse integrada de alguma forma. Repisa-se o que já foi mencionado: o constitucionalismo norte-americano trabalha com casos concretos, não teses.

Ainda que Roe cumprisse esse requisito, Rehnquist ainda se oporia à decisão em virtude de discordar que existia um “direito à privacidade” no caso, uma vez que o procedimento do aborto pela sua própria natureza não fora nunca “privado” no uso comum da palavra e que o “direito à privacidade” como a Corte o chamara não era sequer um “*parente distante*” da liberdade de busca e apreensão protegida pela Quarta Emenda, desde que não arbitrária, na qual o caso *Griswold v. Connecticut* fora lastreado. Se “privacidade” era compreendida como a liberdade de ser livre da regulação estatal em transações consensuais, ele concordava que havia precedentes. Porém, ressaltou que a liberdade não era garantida de modo absoluto pela Décima Quarta Emenda, e sim, apenas contra a restrição sem o devido processo legal¹⁷⁵.

Ele prosseguiu dizendo que o teste que era aplicado tradicionalmente em legislação de índole social ou econômica era se uma lei tinha ou não relação racional com um objetivo estatal válido. O exemplo dado fora o seguinte: se o Texas tivesse proibido o aborto inclusive no risco a vida da gestante, não seria compatível o predomínio da vida do feto sobre a da mãe. Contudo, como o parecer da Corte impossibilitou qualquer restrição ao aborto nos primeiros três meses e minou a ponderação consciente de fatores concorrentes, ele considerou que seria muito mais apropriado que o Legislativo fizesse essa análise do que o Judiciário¹⁷⁶.

O fatiamento da gestação em três etapas diferentes e as restrições impostas ao Estado em cada uma delas foi criticado por Rehnquist por consistir “*mais em uma legislação judicial do que de uma determinação da intenção dos redatores da Décima*

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

Quarta Emenda”¹⁷⁷. Ele refutou, ainda, a alegação de que a opinião pública era favorável ao aborto, porque, mesmo que estivesse se alterando, fazia pelo menos um século que legislações estaduais ressalvavam o aborto, e a polêmica que atraía sinalizava que o tema não tinha tanto aceite como pretendia defender a requerente, nem tão enraizado na história¹⁷⁸.

Ao encerrar seu voto, Rehnquist asseverou que, para proceder como procedeu, a Corte precisou encontrar no âmbito da Décima Quarta Emenda um direito que era completamente ignorado por seus redatores à época¹⁷⁹. Ademais, a lei do Texas fora derrubada na sua integralidade, embora a Corte tivesse autorizado a intervenção do Estado em períodos posteriores da gravidez¹⁸⁰, o que mais uma vez violara a ideia de que a *judicial review* era exercida em uma situação concreta com suas limitações intrínsecas, não de forma alargada com um caso ilustrativo.

2.2. Supremacia judicial versus revalorização do Legislativo

No esforço de jogar novas luzes sobre a Constituição norte-americana, Edward Corwin compilou a jurisprudência da Suprema Corte para “acompanhar” as interpretações sobre os dispositivos constitucionais e, quanto à Nona Emenda que interessa à discussão a ser travada, ele salientou que “*o curso do nosso desenvolvimento foi no sentido de reduzir os direitos fundamentais a direitos garantidos pelo soberano, quando antes eram direitos naturais; tal revolução reflete-se especialmente na história da cláusula de due process of law*”¹⁸¹.

O registro de Corwin de 1958 evoca o que seria debatido sete anos depois no *Griswold v. Connecticut*. Estelle Griswold, diretora-executiva da *Planned Parenthood*, e o diretor clínico da mesma liga, foram denunciados e processados por instruírem casais

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ “*Já em 1821, a primeira lei estadual que lidava diretamente com o aborto foi promulgada pela Legislatura de Connecticut. Conn.Stat., Tit. 22, §§ 14, 16. No momento da adoção da Décima Quarta Emenda em 1868, havia pelo menos 36 leis promulgadas por legislaturas estaduais ou territoriais que limitavam o aborto. [...] Embora muitos Estados tenham alterado ou atualizado suas leis, 21 das leis sobre os livros em 1868 permanecem em vigor hoje. [...] Na verdade, o estatuto do Texas derrubado hoje foi, como observa a maioria, promulgado pela primeira vez em 1857, e "permaneceu substancialmente inalterada até o momento". [...] Aparentemente, não havia qualquer dúvida quanto à validade desta disposição ou de qualquer outro estatuto estatal quando a Décima Quarta Emenda foi adotada. A única conclusão possível desta história é que os redatores não pretenderam que a Décima Quarta Emenda retirasse dos Estados o poder de legislar sobre esta questão*”. (Ibidem).

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ CORWIN, Edward S. *A Constituição americana e seu significado atual*. 2. ed. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 283.

acerca dos meios de evitar filhos, uma vez que a lei estadual de Connecticut proibia o uso de anticoncepcionais. O *Justice* William Douglas, na qualidade de relator do acórdão vencedor, declarou estar em face “do direito à própria intimidade (*right to privacy*), mais antigo do que nossos partidos políticos, ou nosso sistema escolar”¹⁸².

Em voto concorrente e favorável à inconstitucionalidade da lei estadual, seguido por Warren, *Chief Justice*, e Brennan, Goldberg asseverou que o direito à privacidade do casal derivava da Nona Emenda que ampararia juridicamente “à opinião de que a ‘liberdade’ garantida pela 5ª e 14ª Emendas de violação por parte do Governo Federal ou dos Estados não se restringe aos direitos especificamente mencionados nas primeiras oito Emendas”¹⁸³.

Black, em voto vencido, ironizou Goldberg por ter “adotado a recente descoberta” de que a Nona Emenda serviria para conferir um “poder de veto tão temível” em sede de *judicial review*, sendo que durante um século e meio nenhuma sugestão séria foi realizada “para impedir os legislativos estaduais de aprovarem leis que considerem apropriadas para regular os negócios locais”¹⁸⁴.

Em apoio à dissidência, o *Justice* Stewart, embora condenasse moralmente o conteúdo da lei em vedar o uso de anticoncepcionais, espantou-se com o sentido atribuído à Nona Emenda para invalidar a legislação estadual, o que “até hoje nenhum membro da Corte jamais sugerira”¹⁸⁵, e que não poderia afirmar que violava a Constituição dos Estados Unidos, apresentando em seguida a via legislativa como solução, isto é, que se a comunidade local estivesse insatisfeita com o teor do texto, deveria procurar seus representantes para revogá-lo¹⁸⁶.

Esse precedente, que aplainou parcialmente o caminho para o *Roe v. Wade*, ilustra o período em que Earl Warren presidiu a Suprema Corte, de 1953 a 1969, e se coaduna com a definição feita por Lêda Boechat Rodrigues desse interstício como revolução constitucional. Acontece que tanto a construção quanto a fundamentação ao redor dos direitos à privacidade são controvertidas entre os estudiosos americanos, mas o *locus* sereno nessa celeuma é que, apesar da ruptura (ou inovação) semântica que esses direitos provocaram, deslocados da história do constitucionalismo estadunidense

¹⁸² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 210.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 211.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 212.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 213.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 214.

até 1955¹⁸⁷ e, somada à desenvoltura que assumiram logo após, a *Common Law* viabilizou seu ingresso no ordenamento jurídico.

Por ter o Judiciário como porta-voz da sua tradição jurídica, garante-se aos juízes a possibilidade de acerto e de erro em suas decisões sem grandes constrangimentos prévios ou de preocupações democráticas posteriores. A dimensão criadora do ato judicante, respaldada na *Common Law*, fora potencializada com a supremacia judicial inventada por Marshall no nascedouro “pacífico” da *judicial review*. É precisamente esse substrato cultural-histórico que permite o florescimento de escolas de pensamento como a do realismo jurídico de Holmes (*judge-made law*) ou que, mesmo no campo conservador, Charles Hughes possa ter dito que “*nós estamos debaixo da Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é, e o Judiciário é a salvaguarda de nossa propriedade e liberdade debaixo da Constituição*”¹⁸⁸.

É notório que essa “concessão aos juízes” não implicou julgar de qualquer maneira como se a literatura jurídica estivesse privada de teóricos da decisão judicial, ignorando os freios endógenos (doutrina dos precedentes e do *stare decisis*) e exógenos (constrangimentos institucionais com o Executivo e o Legislativo). Existem muitos autores que questionam as extrapolações e os abusos dos magistrados norte-americanos e, de modo especial, *Roe v. Wade* é considerado o *boom* do “grande debate” sobre os limites do controle de constitucionalidade e a legitimidade do Poder Judiciário na aplicação de valores substantivos contidos na Décima Quarta Emenda (*substantive due process of law*) e no reconhecimento de direitos fundamentais com lastro na Nona Emenda que não se encontrem explícitos na Constituição¹⁸⁹.

Paralelamente a esse “grande debate”, robustecido na década de 70, em 1932 Edouard Lambert, civilista e comparativista francês, colocara o dedo na ferida ao resgatar a expressão de Louis B. Boudin, *Government by judiciary*, que apareceu em 1911 pela primeira vez. A obra homônima, *O Governo dos Juízes*, trata acerca do

¹⁸⁷ Atribui-se a William Patterson em 1955 a produção de um artigo acadêmico que defendeu em primeira mão essa ideia. (Ibidem, p. 211).

¹⁸⁸ HUGHES, Charles Evans. *Famous quotes*. Disponível em: <https://www.brainyquote.com/quotes/charles_evans_hughes_402462>. Acesso em: 09 de janeiro de 2018.

¹⁸⁹ “*Não há, na letra da Constituição, um direito de aborto ou um direito de privacidade. Estes são direitos constitucionais não enumerados. Seu alcance e sua legitimidade são a linha de frente da controvérsia constitucional e mudam de figura quando abordados de baixo para cima e não de cima para baixo*” (POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins, 2009, p. 187).

ativismo judicial “à direita” (conservador) da Suprema Corte, na Era Lochner, contra as medidas progressistas, sejam do Executivo, sejam do Legislativo.

Enquanto os poderes eleitos favoreciam os sindicatos, a ampliação de direitos trabalhistas e a maior intervenção do Estado na economia, os *Justices* com maioria no tribunal barravam essas inovações por meio da defesa intransigente da liberdade de contrato e do direito de propriedade. O “*giro que salvou os nove*” veio do Justice Roberts que em 1937 mudou de lado para apoiar uma lei de salário-mínimo do Estado de Washington no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹⁹⁰, sob a ameaça do Presidente Roosevelt de enquadrar a Suprema Corte no malogrado “*Court-packing plan*”¹⁹¹. Assim Lambert postula o seguinte¹⁹²:

O exemplo dos Estados Unidos da América, cuja constituição havia desenvolvido o dogma constitucional de Montesquieu até suas últimas consequências lógicas, é uma das demonstrações mais decisivas da impotência do princípio da separação de poderes para manter durante muito tempo suas promessas. Cedo ou tarde, o equilíbrio igualitário que este princípio pretende estabelecer entre os poderes constituídos, dobra-se sob o impulso da necessidade de unidade de opiniões e de unidade de ação no desenvolvimento da política nacional. Na Inglaterra e na França, a ruptura do equilíbrio se produziu em proveito do poder legislativo, que tem submetido a seu controle os poderes coordenados, instaurando um governo parlamentar. Nos Estados Unidos, a alteração do equilíbrio se deu em favor do poder judicial, que submeteu aos outros dois a seu controle e estabeleceu, por esse meio, um regime de governo dos juízes. (tradução livre)

Em complemento a essa análise, na dicção de Gordon Wood, as decisões da Suprema Corte que se opunham às reformas econômicas e sociais nesse momento “*pareceram frustrar a capacidade do povo de concretizar seus desejos, provocaram um debate de grande alcance sobre o exame judicial, a natureza da Constituição e sua relação a democracia*”¹⁹³. Para Lambert, as promessas de independência e harmonia entre os poderes não subsistem. Nesse cenário turbulento de supremacia judicial (ou governo de juízes), o próprio povo, direta ou indiretamente, muitas vezes, fica à deriva quando a última palavra do Judiciário não lhe é favorável. O controle democrático das “*violações à Constituição*”, reduzido ao impeachment, não só ser cogitado como

¹⁹⁰ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/case.html>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2018.

¹⁹¹ POMED, Luís. Estudio Preliminar. In.: LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces*. Trad. Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos, 2010, p. LXXVIII.

¹⁹² LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces*. Trad. Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos, 2010, p. 21.

¹⁹³ WOOD, Gordon S. A democracia e a Constituição. In: GOLDWIN, Robert A.; Robert A.; SCHAMBRA, William A. (coord.). *A Constituição Norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986, p. 188.

previra *Publius* nos ensaios federalistas. E a solução institucional desde Andrew Jackson e Martin van Buren de novas nomeações para formar uma nova composição de *Justices*, afinados às políticas do governo, encontrou uma fórmula agressiva em Roosevelt que, para “estabilidade” da Suprema Corte, fracassou a tempo.

Em *Cooper v. Aaron*¹⁹⁴, no entanto, essa “queda de braço” recebeu ares mais dramáticos por se tratar da “efetivação” do *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁹⁵. A Suprema Corte impôs ao Executivo e ao Legislativo estaduais a sua interpretação sobre o sentido correto quanto à impossibilidade de postergar a dessegregação racial já começada nas escolas, comprometendo ou não a ordem pública. E, pois, excluiu os poderes políticos da construção dos significados constitucionais com uma decisão expansiva e ambiciosa, cujo desrespeito equivaleria à desobediência à própria Constituição, como se houvesse um único sentido cabível¹⁹⁶, ou seja, tratou-se de uma postura de supremacia judicial.

Os acórdãos cambiantes, com superação de precedentes, somados à modificação de escopo da própria *judicial review* como demonstrara William Nelson, advertem que a “supremacia judicial” somente conhece limitações extremas, em que o risco de ostracismo para a instituição que a encarna é igualmente elevado, além de adquirir cada vez mais espaço à proporção que os outros poderes consentem tácita ou explicitamente. Esse paradoxo de que a última palavra sobre a Constituição não é tão definitiva (última) assim, pode ser confirmado também na asserção de Wood, para quem não havia na Convenção da Filadélfia tampouco há atualmente uma Constituição verdadeira, posto que em 1787 inexistisse uma interpretação unívoca acerca do texto constitucional e a contínua luta quanto ao seu significado nunca terminaria ante a impossibilidade de ser descoberto o sentido verdadeiro¹⁹⁷.

No âmbito da filosofia do direito, Ronald Dworkin elaborou uma teoria normativa que advoga o contrário, a existência da resposta correta para cada caso, contudo, a “pedra de toque” de seu labor intelectual, para o desiderato dessa dissertação, está na construção de um arcabouço epistêmico que, embora não se atenha em justificar

¹⁹⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2018.

¹⁹⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2018.

¹⁹⁶ MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 65, p. 979-990, out./dez. 1987. Disponível em: <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED278586.pdf>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2018.

¹⁹⁷ WOOD, op. cit., p. 190-191.

a supremacia judicial à luz do sistema norte-americano, reforça-a. Jeremy Waldron, defensor da revalorização do Poder Legislativo, em confronto com Dworkin aprofundaram recentemente o “grande debate” sobre os limites do controle de constitucionalidade e a legitimidade do Poder Judiciário e, portanto, são elucidativos no que concerne à dificuldade contramajoritária levantada por Alexander Bickel. *Roe v. Wade* será lido a partir das visões de ambos com a finalidade de esclarecer a conexão entre tradição jurídica e a jurisdição constitucional.

2.2.1. Dworkin e as lentes reajustadas

A resposta à pergunta de Bickel em como harmonizar numa democracia que juízes, sem chancela popular, declarem inconstitucionais leis aprovadas por maioria parlamentar recebe novo enfoque no intrincado pensamento de Dworkin¹⁹⁸. Antes de prosseguir, cabe fincar uma sólida baliza: é errado alegar que Dworkin se empenha em justificar a todo custo a supremacia judicial, pelo contrário, ele a toma como uma boa explicação da prática constitucional norte-americana que dotou os juízes de autoridade interpretativa final e que o público geralmente a aceita, apesar de em momento algum descartar a hipótese de outra leitura mais compatível com a filosofia majoritária¹⁹⁹.

Uma noção fundamental na obra de Dworkin consiste no direito como integridade (*law as integrity*), em que o autor distingue argumentos de princípio (*principles*) e de política (*policies*). Argumentos de princípio estão lastreados nos direitos do indivíduo e não condizem com a lógica utilitarista, portanto, ainda que no cálculo geral a comunidade saia “prejudicada” ao resguardar direitos de um grupo minoritário ou isoladamente, os juízes devem levá-los em consideração “contra tudo e contra todos” (critério substantivo), ao passo que os argumentos de política se orientam pelo maior bem-estar possível da coletividade, cuja deliberação e conteúdo se atingem com a regra da maioria (critério procedimental)²⁰⁰.

A integridade é a terceira virtude política que, ladeada pela justiça, equidade e devido processo legal, compromete o governo para que aja de maneira coerente com

¹⁹⁸ Novamente se omite a extensa discussão no campo da filosofia do direito entre Hart e Dworkin na resolução dos *hard cases* (princípios, discricionariedade e respostas corretas) à luz da superação do positivismo jurídico (direito x moral), visto que o escopo são os arranjos institucionais. Seleção similar foi feita no primeiro capítulo sobre os reflexos do neoconstitucionalismo e a tradição da *Civil Law*.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX-X.

base nos princípios, o que implica o tratamento com correição a seus cidadãos²⁰¹. Os membros da comunidade, por seu turno, admitem que seus direitos e deveres não se exauzem nos limites das regras ou acordos legislativos, e sim, do sistema de princípios extraído da moralidade política²⁰². Logo, uma instituição que aceite o ideal da integridade buscará o afastamento de decisões anteriores que destoem dos princípios com o fito de conferir mais harmonia ao sistema como um todo²⁰³.

O direito como integridade compreende que as afirmações jurídicas pelo seu caráter hermenêutico combinam elementos tanto do passado quanto do futuro²⁰⁴ e, além do mais, Dworkin percebe o desenvolvimento da prática jurídica como a produção de um romance em cadeia, em que os juízes “inventam” a melhor história possível como se fossem apenas um autor a partir do material que receberam de outros mediante reescritas constantes que assegurem coerência interna²⁰⁵. Tal missão pela sua natureza árdua somente poderia ser encarada pelo juiz Hércules, dotado de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita e encarna o direito como integridade²⁰⁶.

Para Dworkin, os juízes não podem recorrer aos argumentos de política como os legisladores os utilizam. Hércules, pois, seria um “tipo ideal”, com todas as respostas corretas, a ser imitado com reservas factuais pelos juízes incumbidos de dizer às partes os direitos e deveres que informam o seu caso à luz dos princípios da comunidade²⁰⁷. Dworkin tampouco despreza o valor dos precedentes e a história legislativa, mas os considera componentes da moralidade política da qual emergem os princípios²⁰⁸.

Em miúdos, na visão dworkiniana, direito é um conceito interpretativo, logo, cabem aos juízes decidir o que é o direito interpretando o que seus predecessores decidiram num romance em cadeia²⁰⁹. A prestação jurisdicional está vinculada a essa definição, porquanto “*direito é uma questão de direitos defensáveis no Tribunal*”²¹⁰ e, como mencionado, não dependem necessariamente de estarem expressos na legislação, e sim, dos princípios de uma dada comunidade. O Judiciário é o fórum dos princípios.

²⁰¹ Ibidem, p. 202

²⁰² Ibidem, p. 252-255.

²⁰³ Ibidem, p. 264.

²⁰⁴ Ibidem, p. 271.

²⁰⁵ Ibidem, p. 277.

²⁰⁶ Ibidem, p. 287.

²⁰⁷ Ibidem, p. 294.

²⁰⁸ Ibidem, p. 483.

²⁰⁹ Ibidem, p. 488.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 489.

A dificuldade contramajoritária de Bickel não se sustenta para Dworkin, uma vez que os argumentos de princípio triunfam sobre decisões majoritárias e os direitos do indivíduo são trunfos perante a maioria. O direito como integridade postula que o juiz obtém sua legitimidade quando embasa suas sentenças em argumentos de princípio. O legislador detém o monopólio sobre as *policies* e, eventualmente, recorre aos *principles*. A questão não se esgota nesse ponto. Dworkin propugna que juízes podem legitimamente não só anular uma decisão política do legislador sem causar danos à democracia, como também, ao proceder assim, podem *aperfeiçoá-la*²¹¹. A demonstração dessa hipótese se associa à leitura moral da Constituição e à concepção constitucional de democracia.

A leitura moral da Constituição retoma o conceito interpretativo de direito e o ideal de integridade e, ao mesmo tempo, propõe que juízes, advogados e cidadãos interpretem e apliquem os dispositivos abstratos, considerando que estes fazem menção a princípios morais de decência e justiça. A relação triangular de participantes se volta à dinâmica do processo judicial, sendo que esses princípios morais, presentes nas cláusulas ambíguas do texto constitucional, terão que ser interpretados e compreendidos pelo Judiciário e, em última instância, pela Suprema Corte²¹². Dworkin rejeita a busca pela vontade original dos pais fundadores (originalismo) e propugna que estes, na verdade, consignaram conceitos abertos para encarregar “*seus destinatários da responsabilidade de derivar as melhores concepções contemporâneas de justiça*”²¹³.

Dworkin não nega que as opiniões próprias dos juízes sobre moralidade política influenciem suas decisões constitucionais²¹⁴, contudo, esse subjetivismo seria contido pela fundamentação judicial coerente, isto é, que levasse em conta o passado institucional, os precedentes e a parceria com o esforço coletivo de juízes de diversas gerações no romance em cadeia²¹⁵. Assim a moral privada cederia à moralidade política compartilhada (“pública”). Ele também é refratário a métodos de interpretação (clássicos e/ou modernos) que supostamente “aprisionariam” a vontade do intérprete num reduto pré-aplicação para conferir “objetividade”. Em contrapartida, a leitura moral

²¹¹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 37-38.

²¹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2-3.

²¹³ MENDES, op. cit., p. 41

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

da Constituição é realizada de forma mais natural possível, sem metodologia específica, e *per se* não constitui método hermenêutico²¹⁶.

A concepção constitucional de democracia “*é bastante devedora de sua interpretação da equal protection of the laws clause, inserida pela Emenda XIV à Constituição americana, que foi aprovada após o fim da Guerra Civil, consistindo em uma das principais emendas*”²¹⁷, por conseguinte, deriva da leitura moral. Consoante Dworkin, a democracia não se satisfaz com um critério exclusivamente procedimental (premissa majoritária), pelo contrário, possui um mínimo de justiça (substância) que a incrementa a tal ponto que as decisões coletivas devem dedicar “*a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito*”²¹⁸.

Se os indivíduos não fossem detentores de direitos contra a maioria e se a decisão democrática se resumisse a identificar preferências dominantes, as instituições eletivas seriam sempre o fórum indicado. Nesta definição de democracia, os conflitos deveriam ser resolvidos por instituições politicamente responsáveis (*accountability*), o que deixariam os tribunais de fora do jogo²¹⁹. No entanto, segundo Dworkin, “*a Constituição e o próprio direito não são simples conjuntos de decisões políticas [...] são a permanente reatualização dos princípios morais ali transcritos*”²²⁰.

Essa permanente reatualização dos princípios morais está a cargo dos tribunais na qualidade de “*capitais do império do direito e os juízes os seus príncipes*”²²¹, conquanto a concepção constitucional de democracia englobe que os direitos dos indivíduos são trunfos perante a maioria e os argumentos de princípio triunfam sobre decisões majoritárias. Em suma, a democracia dworkiniana mescla substância (direitos) e procedimento (regra da maioria) e agrega, em abstrato, uma perspectiva otimista sobre o Judiciário, o fórum dos princípios.

A partir desse horizonte, abrem-se duas formas de ação coletiva: a estatística e a comunal. Na estatística, cada um age individualmente e depois os resultados são somados (concepção tradicional de democracia). Na comunal, ao revés, a ação é

²¹⁶ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 138.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 221.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 479.

²²¹ *Ibidem*, 486.

propriamente coletiva porque os indivíduos fundam seus comportamentos em razão de certos ideais da comunidade (integridade, justiça, equidade) que os une. As condições democráticas que as instituições na ação comunal devem dispensar ao cidadão para que seja tratado com “*equal concern and respect*” são três: participação, reciprocidade e independência. E, quando esses princípios são observados, a democracia é aprimorada²²².

Do vínculo entre o indivíduo e a comunidade, surge a ideia de *participação moral*²²³. Pela *participação* um indivíduo somente pode ser considerado membro moral de uma comunidade se detiver a prerrogativa de participar de decisões coletivas, sendo capaz de influenciá-las a partir de seus argumentos. O amplo direito do indivíduo de se expressar sobre questões do seu interesse acarreta a *reciprocidade*, isto é, que os demais membros da comunidade sejam tratados com igual consideração e respeito para também se manifestarem sobre questões do seu interesse, mesmo que antagônicas. Em outras palavras, a reciprocidade implica a falta de legitimidade de uma comunidade política em que a maioria despreza as necessidades das minorias e, por fim, a *independência* viabiliza convicções políticas personalizadas daquelas que se formam na maioria da comunidade²²⁴. Os três princípios se comunicam num círculo virtuoso.

A democracia, conforme Dworkin, “*não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham*”²²⁵. As condições democráticas que aperfeiçoam a própria democracia se garantem pelo conteúdo da decisão, não importando quem a tomou, tampouco qual foi o trâmite. A premissa majoritária, enquanto mero procedimento, não as gera por si só (substância), somente a asseguram a resposta correta, pois, se esta for “*conseguida por meio de um mecanismo não majoritário, como a revisão judicial, não há problema*”²²⁶.

Dworkin admite no plano normativo que “*a possibilidade de erro é simétrica*”²²⁷, isto é, tanto o Judiciário quanto o Legislativo podem errar igualmente em argumentos de princípio. Entretanto, ele não receia que os erros da Suprema Corte possam macular a democracia. Seria “*exagerar o perigo*”, uma vez que as “*decisões*

²²² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 38-41.

²²³ *Ibidem*, p. 34-38.

²²⁴ *Ibidem*, p. 40-41.

²²⁵ *Ibidem*, p. 9-10.

²²⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 57.

²²⁷ *Ibidem*, p. 79.

realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante”²²⁸. A reversão, de acordo com ele, ocorreria em três casos: morte ou aposentadoria dos mais velhos e novos juízes afinados com o pensamento de um presidente eleito pelo povo²²⁹. Ele não incita um confronto institucional com o Legislativo, embora este pudesse promulgar uma emenda à Constituição sufragando a posição “equivocada” da Corte numa matéria polêmica e de relevo social.

Afinal, Dworkin aumentou a complexidade da pergunta primeva de Bickel (a revisão judicial se compatibiliza com a democracia?). Ele não acredita que a *judicial review* escape à dificuldade contramajoritária pelo simples de fato de ter que respeitar direitos, tampouco os juízes não serem eleitos pelo povo deslegitime a invalidação de leis majoritárias quando inconstitucionais. Dworkin condiciona a legitimidade ao acerto, já que sua concepção de democracia depende dos resultados e não exclusivamente do procedimento²³⁰. A revisão judicial é legítima desde que respeite direitos (sinônimo de decisão correta). O distanciamento dos juízes da disputa eleitoral seria até positivo por evitar o sectarismo dos partidos (parcialidade). A instituição abstratamente não é legítima, nem ilegítima²³¹. Se a revisão judicial num caso concreto respeitar direitos, será legítima e democrática. Se não, ilegítima e antidemocrática. E a terceira hipótese contida nas entrelinhas: “*o olhar mais atento ao conjunto da sua obra revela [...] a legitimação da Corte não apenas quando acerta a resposta, mas também quando sincera e transparentemente tenta fazê-lo*”²³².

2.2.2. Waldron e o mundo de desacordos

Jeremy Waldron defende a proposta de revalorização do Legislativo no contexto de pluralismo das sociedades modernas. O título de um de seus livros, *A dignidade da legislação*, indica que seu escopo acadêmico é reequilibrar o pêndulo da balança: os juristas pintaram um retrato idealizado da atividade dos juízes, enquanto os parlamentares foram abandonados²³³. Waldron explica a premissa²³⁴:

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 232.

²²⁹ *Ibidem*, p. 232.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 558-559.

²³¹ MENDES, op. cit., p. 78.

²³² VICTOR, op. cit., p. 143.

²³³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito.

Assim como o mítico juiz Hercules, idealizado por Dworkin, Waldron reabilita no plano normativo a dignidade da legislação por meio de representantes que, apesar das divergências insanáveis, estão à procura do bem comum e desempenham seu ofício do melhor modo possível. O descompasso permaneceria, visto que o juiz Hércules detém qualidades sobre-humanas e Waldron postula o processo legislativo na sua melhor performance.

Waldron esclarece que as “circunstâncias da política” são marcadas pelo binômio desacordo e necessidade de ação conjunta, ou seja, membros de dada comunidade precisam construir estruturas de agir coletivo para solucionarem problemas, ainda que o desacordo abarque como estabelecer essas estruturas e quais as melhores decisões para deslindar os assuntos em comum²³⁵.

O desacordo, para Waldron, é *moral* por envolver discordância em matéria de moralidade, e *razoável* por consistir em que pessoas de boa-fé e bem informadas diverjam sobre o que seja uma vida boa ou o que leva alguém à felicidade. De maneira mais direta, Waldron constata que indivíduos sinceramente discordam uns dos outros quanto ao aborto, à eutanásia, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, às pesquisas com células-tronco embrionárias, dentre outros pontos mais ou menos controvertidos²³⁶.

Portanto, para Waldron, o Judiciário não é a instância adequada para discutir esses temas polêmicos, também não é correto invocar a *judicial review* para dirimir essas discordâncias viscerais sob pretexto de interpretação constitucional “conclusiva”, posto que ele advogue o Parlamento e os mecanismos democráticos tradicionais para deliberar acerca de políticas públicas e de direitos morais (questão de política e de

²³⁴ Ibidem, p. 3.

²³⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102-103.

²³⁶ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113-114.

princípio, respectivamente, na ótica de Dworkin), desde que a sociedade cumpra alguns pressupostos básicos, quais sejam²³⁷:

(1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Waldron, ex-aluno de Dworkin, não distingue como seu antigo professor entre argumentos de princípio e de política, pois *“politics is about principle as well policy”*²³⁸. O fato de trazer os direitos ao debate não elimina a necessidade de uma autoridade que irá decidir a questão, tampouco a decisão encerrará a controvérsia. Não obstante, para ele, quando alguém se pergunta *“quem deve decidir quais direitos nós temos?”*, a resposta será: *“O povo, cujos direitos estão em questão, tem o direito de participar em termos iguais nessa decisão”*²³⁹. Essa participação em termos iguais só acontece no Legislativo, apesar do desacordo existente quanto à transição da manifestação direta para formas de representação proporcional ou semi-direta (plebiscito ou iniciativa popular, por exemplo). Ele realiza uma digressão histórico-filosófica sobre a “física do consentimento” recorrendo a Bartolo de Saxoferrato, um dos maiores juristas da Idade Média, e a Locke, Hobbes e Rousseau²⁴⁰.

Nesse talante, Waldron refuta a crítica comum que os defensores da *judicial review* fazem, incluindo Dworkin, à legislação majoritária como arbitrária e sujeita a múltiplas negociações, uma contagem de cabeças ou uma mera determinação quantitativa, elaborada por *“predadores irresponsáveis e egoístas”*²⁴¹. Ao revés, o método de tomada de decisão segundo a regra da maioria é tão arcaico quanto a democracia de Atenas e é igualmente aplicado pelos próprios tribunais quando decidem sobre direitos fundamentais. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por seu turno, resolveu dezenas de litígios com esse procedimento “estatístico” pela diferença de apenas um voto nos casos

²³⁷ Ibidem, p. 106.

²³⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 243.

²³⁹ Ibidem, p. 244.

²⁴⁰ Ibidem, p. 53-65.

²⁴¹ WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 251.

polêmicos (cinco a quatro em maioria absoluta). Em miúdos, o que separa o acórdão da Corte e a legislação é a legitimidade pela representação e não pelo método, uma vez que a regra da maioria é a forma mais equitativa para se proceder em situações de profundo desacordo²⁴².

Além do mais, seria quase um insulto transferir a determinação final a um reduzido grupo de juízes quando se descobre que os juízes discordam entre si exatamente pelas mesmas linhas que cidadãos e representantes e que juízes decidem também por votação majoritária. Se desacordos se resolvem por contagem de cabeças, então as cabeças dos cidadãos ou de seus representantes que deveriam ser contadas²⁴³. Waldron não condiciona a legitimidade da decisão judicial ao resultado como Dworkin fizera com as “respostas corretas”, mas do procedimento majoritário que garante a participação mais ampla possível.

O “direito dos direitos” é o de participação e, num mundo de desacordos morais razoáveis, as “respostas corretas” não podem ser alcançadas nos moldes pretendidos. A participação nas discussões públicas é uma imposição democrática. Waldron alerta que não ter a opinião aceita na comunidade da qual se é membro não implica ser vítima de alguma tirania²⁴⁴. O cidadão sabe que individualmente seu poder é pequeno, porém, com a contribuição da coletividade pode fazer uma política voltada para o bem comum. Como o indivíduo não abre mão de deliberar sobre quais direitos tem e também diverge honestamente sobre como são esses direitos²⁴⁵, aflige-se, na verdade, com a ausência de consideração e respeito sobre seu direito de participação²⁴⁶. Assim, em linhas gerais, tem-se que²⁴⁷:

Para Waldron, seria impossível pensar numa pessoa como detentora de direitos e não a tomar como alguém capaz de identificar quais direitos tem. Qualquer argumento sobre direitos tem a ver com o respeito que é devido à pessoa como ser racional e autônomo. Não poderíamos afirmar que levamos os direitos dela a sério se ao mesmo tempo ignoramos o que ela tem a dizer sobre o assunto. Os detentores de direitos deveriam decidir quais direitos eles têm, quando houver desacordo a respeito.

Enfim, nas circunstâncias da política, as pessoas precisam resolver suas diferenças, adotar mecanismos que respeitem as vozes e opiniões de milhões e ser

²⁴² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

²⁴³ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 16.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 13.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 232.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 235-236.

²⁴⁷ MENDES, op. cit., p. 107.

tratadas como iguais, o que o Poder Legislativo pode fazer “sem grandes transtornos”. Essa é a essência da política e da instituição parlamentar. Pelo contrário, os tribunais acrescentam pouco ao debate, porque ofuscam os desacordos morais razoáveis com questões tecnicistas do legalismo jurídico expostas em linguagem empolada que mascaram “*as questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos*”²⁴⁸. Assim pondera Waldron que qualquer teórico que dê “*à Corte o poder de tomar decisões precisa [...] enfrentar o paradoxo de que a opção que ele pensa ser justa pode não ser a opção que, por essa teoria da autoridade, deveria ser seguida*”²⁴⁹.

2.2.3. Entre o martelo e a urna

A síntese desse emaranhado de ideias, conceitos e dados à primeira vista parece ser insolúvel, no entanto, tão logo a decantação aconteça, vislumbra-se o seguinte: ambos, Dworkin e Waldron, têm diante dos olhos a jurisdição constitucional no banco dos réus. O primeiro levanta argumentos em sua absolvição à proporção dos seus acertos, enquanto o segundo pleiteia sua condenação, cuja pena está longe de ser a capital ou a prisão perpétua. Não se trata de uma redução simplista. A analogia é oportuna para ajudar a compreender que Dworkin aposta no controle judicial de constitucionalidade, visto que os ganhos superam os prejuízos. Waldron, em contrapartida, não deseja a extinção da *judicial review*, mas a mitigação do seu papel a ponto de que os parlamentares, e não os juízes, resolvam os desacordos morais razoáveis. Nas suas palavras²⁵⁰:

Um argumento, que eu respeito, a favor de um tipo de controle de constitucionalidade apresenta-se da seguinte maneira: nem sempre pode ser fácil para os legisladores ver quais questões de direitos estão embutidas na proposta legislativa apresentada para avaliação; nem sempre pode ser fácil para eles vislumbrar quais questões de direitos podem surgir a partir de sua aplicação subsequente. Assim, é útil ter um mecanismo que permita aos cidadãos chamar a atenção de todos para essas questões à medida que surgem. Mas esse é um argumento a favor somente do controle de constitucionalidade fraco, não de sua forma forte, na qual a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida da maneira como um tribunal julgar apropriada. Esse é um argumento a favor de algo que como o sistema existente no Reino Unido, no qual um tribunal pode emitir uma declaração de que existe uma questão importante de direitos em jogo.

²⁴⁸ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 157.

²⁴⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 247.

²⁵⁰ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 117.

A dificuldade contramajoritária da *judicial review*, nas lentes reajustadas de Dworkin, não tem sentido, pois uma decisão legislativa pode ser antidemocrática e uma judicial democrática. A legitimidade depende do resultado, quer do juiz, quer do legislador, em argumento de princípio. Ao passo que no mundo de desacordos de Waldron é exatamente a profunda divergência que gera o incômodo de Bickel em face de juízes, sem chancela popular, invalidarem leis aprovadas por maioria. O procedimento majoritário não é tirânico em si mesmo, até porque os tribunais “encerram” suas próprias diferenças com maioria simples ou qualificada, independente do tema em pauta, sobretudo em matéria de princípios (direitos) que é altamente controversa.

As virtudes passivas dependeriam da sensibilidade da Corte em saber quando uma causa, mesmo que polêmica, está “madura” na sociedade. Dworkin admite que a opinião pública corrói a legitimidade das decisões realmente impopulares (“equivocadas”), portanto, as virtudes passivas nessa lógica serviriam de termômetro para evitar esse desgaste social. Porém, no plano normativo, a “resposta correta” seria melhor identificada pelo juiz do que pelo cidadão (o papel deste seria, como num processo, o de provocar o Judiciário) e, em alguma medida, sua concepção constitucional de democracia é seletiva.

Para Waldron, ao revés, não se pode confiar na bondade dos bons. Ele prefere que uma causa, especialmente por ser polêmica, seja entregue ao juízo de muitos e não de poucos. O direito de participação cresce em relevo quando se trata de dirimir um desacordo moral razoável, ademais, “*não é de modo algum tolice considerar que os cidadãos se consolem ao pensar que ao menos eles erraram por si mesmos, ao invés de terem um erro alheio imposto sobre si*”²⁵¹. Se existe virtude passiva numa situação de profundo desacordo é a abstenção judicial de proferir julgamento para que os parlamentares ou os cidadãos se manifestem (*judicial self-restraint*).

No que concerne à tradição jurídica, é importante destacar que o pensamento de Dworkin dialoga até certo ponto com a *Common Law* para, em seguida, recapitular e condensar a cultura jurídica norte-americana no que esta assumiu de mais peculiar ao longo desses dois séculos de história. A transição paradigmática começou ainda no

²⁵¹ WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 257-258.

período colonial com julgados que prepararam o caminho para Marshall e a supremacia judicial formulada no *Marbury v. Madison*. Não só a dificuldade contramajoritária perde sua robustez diante da democracia dworkiniana, como também o próprio temor de um governo de juízes. Para Dworkin, não existe risco de tirania perpetrada pela magistratura. Talvez Madison pudesse ser invocado: falta ao Judiciário a espada e a bolsa. A opinião pública se incumbem de frear os abusos, minando a legitimidade das decisões impopulares (“erradas”). Nessa visão, o mítico juiz Hércules é o depositário superdimensionado das esperanças da “*Common Law* à americana”²⁵², isto é, do seu sistema jurídico na conceituação de Merryman.

A obra analisada de Waldron aponta na direção contrária. Ela possui uma dualidade por se conectar tanto à *Common Law* na sua versão inglesa de supremacia parlamentar e de algumas ex-colônias britânicas como a Nova Zelândia, quanto à *Civil Law* que fincou raízes na Europa continental que se espalharam para outros países no mundo todo. Não se trata de mera conexão eventual, e sim, de resgate da perda de identidade histórica. Mais do que uma influência recíproca que sempre existiu entre as duas tradições, Waldron notou que o retrato idealizado do Judiciário estava suplantando a credibilidade do Legislativo e reabilitou no plano normativo a dignidade da legislação afundada no lamaçal de críticas “realistas” contra os parlamentares, enquanto os abusos dos juízes eram camuflados ou, fortuitamente, esquecidos²⁵³.

Esse insight de Waldron por si já seria suficiente para reequilibrar normativamente a harmonia entre os poderes, no entanto, ele desenvolve as consequências práticas de se levar os desacordos morais razoáveis a sério nas sociedades modernas. Respeitar as diferenças e agir com tolerância é o mantra dos tempos atuais, porém, o modo de “institucionalizar” no direito tanto o respeito quanto a tolerância era um campo pouco explorado. A regra da maioria é renovada, desde que sejam garantidas a liberdade de expressão e associação às minorias²⁵⁴. O recurso à “tirania da maioria” para deslegitimar o procedimento majoritário quando se observam as condições normais de funcionamento de um regime democrático (as suas quatro pressuposições supracitadas) combina falácia e retórica. Os cidadãos são capazes de

²⁵² ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 78-79.

²⁵³ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 126.

²⁵⁴ WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 252.

deliberar acerca de quais direitos têm e como são esses direitos, não sendo o Judiciário a instância adequada. Os juízes continuariam a decidir conflitos inter-individuais, porém em discordâncias profundas a última palavra caberia ao povo, representado ou diretamente. Assim Waldron concede, consciente ou não, nova força teórica às características marcantes da *Civil Law*.

Uma digressão falta ainda para a pergunta conclusiva. Como *Roe v. Wade* contribui para essa reflexão? Dworkin dedicou boa parte de seu livro “*Domínio da vida*” para provar como a famosa decisão no *Roe* foi uma “resposta correta”. A Suprema Corte, devido ao aborto ser um direito, não teria impedimento de recorrer ao *judicial review* para declarar inconstitucionais leis criminalizadoras do aborto por uma questão de princípio. Dworkin reconhece que, no geral, “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias”²⁵⁵. O debate legislativo em sua visão pode apresentar algumas virtudes. Entretanto, o processo majoritário, mesmo quando esclarece dúvidas, incentiva soluções parciais que não consideram os princípios em jogo. Uma discussão pública generalizada só poderia ser oriunda do processo constitucional como sucedeu no *Roe*. Dworkin vai além: se o debate sobre o aborto tivesse sido travado no Congresso, a complexidade das questões morais envolvidas não teria sido seriamente considerada²⁵⁶.

Esse diagnóstico de Dworkin conflita com o conteúdo geral do seu pensamento exposto alhures. Talvez seja um ponto fora da curva: o argumento de princípio quando envolver uma polarização interminável somente pode ser levado a sério na Suprema Corte e, nessa leitura de Dworkin, *Roe v. Wade* coroou a supremacia judicial nos Estados Unidos. É claro que essa sagração não foi realizada sem grande contestação. Para Mary Ann Glendon, a constitucionalização dessa matéria com a autoridade final da Corte interrompeu abruptamente um longo e penoso processo de descriminalização do aborto que vinha ocorrendo por meio de negociações e compromissos nos legislativos estaduais e federal. O resultado dessa intervenção judicial foi a divisão da sociedade americana em dois grupos fortemente antagonizados. Ao revés, nos países que resolveram o debate via deliberação legislativa, a aceitação social das decisões foi muito

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 426.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 46.

maior e as leis pró-escolha deixaram de ser o foco de uma controvérsia pública raivosa como ainda se verifica nos Estados Unidos²⁵⁷.

Waldron não concorda com Dworkin, pontuando que²⁵⁸:

Com base em minha experiência, verifico que o debate nacional a respeito do aborto é tão bem-informado e amplo em locais como a Nova Zelândia e no Reino Unido, nos quais não se trata de um assunto de âmbito constitucional, quanto o que ocorre nos Estados Unidos. Talvez seja até mais, pois nestes lugares o debate não está contaminado pelas discussões sobre como se deve analisar um documento do século XVIII.

É libertador poder discutir assuntos como aborto de forma direta, com base em princípios aplicáveis, em vez de ter de construir princípios que decorram de algum texto sagrado, no exercício tendencioso de caligrafia constitucional. [...] Sustentar que o público precisa de um debate moral interpretativo para que, somente depois desta etapa, este possa ser conduzido com dignidade e sofisticação é um mito.

Em contrapartida, Dworkin aponta que nas ocasiões em que se pensava que o precedente de *Roe v. Wade* seria superado, alguns Estados como Lousiana e Utah promulgaram leis que se opunham frontalmente ao aborto, sem qualquer sinal de acordo ou conciliação, a ponto de sequer admitirem exceções no caso de estupro ou incesto²⁵⁹. O autor acrescenta que, se houvesse a revisão, os Estados Unidos, em curtíssimo tempo, estariam divididos “*como um tabuleiro de xadrez desigual, entre estados em que as forças antiaborto fossem poderosas e a proibição do aborto quase total, e estados em que a fragilidade dessas forças tornasse o aborto mais acessível*”²⁶⁰.

Diferente de Mary Ann Glendon, Dworkin não acredita que a decisão em *Roe* incrementou a polarização, e sim, que a sua revisão judicial ensejaria um aumento da divisão, já que, de acordo com ele, não haveria espaço para deliberação legislativa nessa matéria e, se porventura ocorresse, seria sempre uma solução incompleta. Todavia, em outro artigo, Waldron declarou que²⁶¹:

Recentemente li todos os debates da Câmara dos Comuns inglesa sobre o Projeto de Lei de Interrupção Médica da Gravidez de 1966. Esse projeto propunha a liberalização do direito de aborto. O segundo debate de

²⁵⁷ GLENDON, Mary Ann. *The Women of Roe v. Wade*. Disponível em: <<https://www.firstthings.com/article/2003/06/the-women-of-roe-v-wade>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2018.

²⁵⁸ WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 249.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 10.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

²⁶¹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Aduato Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132-133.

interpretação desse projeto é um ótimo exemplo do que se pode encontrar quando uma instituição política discute questões morais. É um debate longo – cerca de 100 páginas no *Hansard* – e envolveu trabalhistas pró-vida e pró-aborto, conservadores pró-vida e pró-aborto, discutindo e focalizando todas as questões que precisam ser abordadas quando se debate o aborto.

Eles debateram as questões apaixonadamente, mas também de maneira minuciosa e honrada, prestando atenção às questões de direitos, de princípios e pragmáticas de ambos os lados. Foi um debate no qual, ao final, venceram os que apoiavam o projeto; a facção pró-aborto prevaleceu. O notável foi que todos que participaram do debate, mesmo os deputados pró-vida (quando viram para qual lado os votos estavam indo), louvaram o respeito com o qual suas posições tinham sido ouvidas durante a discussão. Pensem nisso: quantas vezes já ouvimos qualquer um do lado pró-vida louvar a atenção e o respeito com que sua posição foi discutida, digamos, pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*?

[...] Mas a diferença chave entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial norte-americano é que este último está principalmente preocupado com interpretação e doutrina, enquanto naquele os agentes que decidirão são capazes de focalizar firmemente na própria questão do aborto e naquilo que acarreta – no *status* ético do feto, na situação da mulher grávida e na importância de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, nos conflitos e dificuldades morais que tudo isso envolve e nas questões pragmáticas sobre o papel que o direito deveria desempenhar com relação a questões morais privadas. (grifos do autor)

Com essas informações em mente, a pergunta conclusiva para esse capítulo é: qual a conexão entre a jurisdição constitucional e a tradição jurídica da *Common Law* à luz do *Roe v. Wade*? Uma resposta sincera e honesta somente poderia ser que a conexão é tão remota e frágil que é como se não existisse. Os dois pontos são o juiz como portavoz – o que não acarreta um arranjo institucional fixo, vide a Inglaterra e a supremacia parlamentar – e a possibilidade de criar direitos via decisão judicial – o que não significa carta branca para fazer o que quiser. Ademais, o máximo que se poderia inferir é que no sistema americano prevaleceu uma interpretação que deu à Suprema Corte a última palavra sobre o sentido da Constituição e que, dadas certas circunstâncias histórico-culturais, descriminalizou o aborto de forma ampla até os três primeiros meses com base na vontade da mulher, e nos períodos seguintes com interesse gradativo para os Estados em assegurar o direito à vida do feto.

Não só a legitimidade da supremacia judicial tem sido alvo de críticas, o que pode sinalizar uma transição paradigmática nunca antes ocorrida na história do constitucionalismo estadunidense, como também a própria decisão no *Roe v. Wade* tem sofrido a corrosão da opinião pública, inclusive em segmentos pró-escolha, que, apesar de discordarem da via judicial adotada ou da fundamentação²⁶², celebram os resultados e, contraditoriamente, apavoram-se com a possibilidade de superação do precedente no Judiciário, a menos que o Legislativo encampasse a descriminalização do aborto para pacificar os temores que os quarenta e cinco anos não conseguiram sepultar.

O paradoxo é que, ainda que tenha transcorrido tanto tempo numa conjuntura estabelecida de supremacia judicial como é nos Estados Unidos, não houve o que Mary Ann Glendon designou de aceitação social. Nem os milhões de abortos realizados nessas décadas conseguiram estabilizar a polarização ou mesmo revertê-la a favor dos pró-escolha²⁶³. Por um lado, o mal-estar com a prática persiste e, por outro lado, a cada nova nomeação pelo Presidente a um cargo de *Justice* reacende a discussão sobre a revisão dessa matéria. Tornou-se quase pré-requisito implícito no currículo do candidato saber sua opinião acerca do *Roe*.

Entretanto, o Reino Unido, berço da *Common Law*, soube dirimir a profunda discordância moral sobre o aborto de uma maneira tão deferente a ambas as posições que mereceu elogio até daqueles que foram derrotados no debate em 1966 conforme Waldron realçou. A democracia não tem respostas definitivas, e sim, rodadas deliberativas. Talvez Madison pudesse ser parafraseado: o governo tem suas imperfeições e falibilidades porque os homens não são anjos.

Destarte, defender a pressuposição da discordância – com sua consequência institucional, isto é, a revalorização do Parlamento e do procedimento majoritário – não

²⁶² “*Roe vs. Wade é o judeu errante do direito constitucional. O caso iniciou seu trajeto na cláusula do devido processo legal, mas isso o transformou em um caso de devido processo legal substantivo. Daí em diante, choveu canivetes. Laurence Tribe primeiramente o situou na cláusula do estabelecimento da religião da Primeira Emenda, depois voltou atrás. O bastão foi então pego por Dworkin, que se apoiou na combinação da cláusula do livre exercício com a do estabelecimento de religião. As feministas, como veremos, tentaram espremer o caso Roe vs. Wade para fazê-lo caber na cláusula da igual proteção das leis. Outros tentaram colocá-lo no interior da Nona Emenda (obviamente; porém, se eu estiver certo, não há interior); e outros (inclusive Tribe), dentro da Décima Terceira Emenda, que proíbe a escravidão e os trabalhos forçados. Espero pelo dia em que alguém situará o caso na cláusula de desapropriação, na cláusula da forma republicana de governo (e, a partir disso, um juiz intrépido poderia cogitar a totalidade da Declaração de Direitos e da Décima Quarta Emenda) ou na cláusula dos privilégios e das imunidades da Décima Quarta Emenda. Esta não é uma questão de quanto mais melhor, como sugere Dworkin; mas sim uma busca desesperada por bases textuais, e uma busca que falhou” (POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins, 2009, p. 193).*

²⁶³ Esse foi o motivo, por exemplo, de Norma McCorvey, vulgo Jane Roe, mudasse de lado e passasse a ser uma militante pró-vida até sua morte em fevereiro do ano passado, já que as mulheres faziam abortos e tratavam sobre o assunto como quem trocava de roupa.

é, para Waldron, flertar com o relativismo moral, posto que admita inclusive o reconhecimento na realidade política de discordâncias insolúveis “*sem que se alegue metaeticamente que não existe uma verdade que os participantes estão discutindo [...] aceitando que a nossa condição não é uma condição na qual a verdade do assunto se revela de modo que não são razoavelmente passíveis de negação*”²⁶⁴.

Afinal, se a Suprema Corte tem a palavra final e o direito de errar por último como Dworkin alega em sua leitura moral do sistema americano, lastreado no pensamento de Waldron seria possível dizer que esse direito de erro, por ser direito, suscita desacordo e, se suscita desacordo, os *Justices* deveriam levar em conta que em temas de profunda discordância moral convêm errar com uma maioria de milhares ou centenas de cabeças do que com uma maioria diminuta de cinco cabeças, a menos que queiram impor deliberadamente o pesado fardo dos seus erros sobre os ombros do povo. Aliás, o meticuloso exercício de caligrafia constitucional com seus dispositivos abstratos não concede soluções irretorquíveis. Talvez só o juiz Hércules cumprisse esse trabalho, porém, ele também era uma abstração. Na concretude, o que resta é o desacordo e levá-lo a sério tem uma escolha fundamental: a da urna.

3. ADPF 442: novo *Roe v. Wade* à vista

A formação do constitucionalismo brasileiro esteve indisfarçadamente associada ao legado cultural dos Estados Unidos, em que a influência da americanização pode ser rastreada inclusive em período anterior à Independência. E, nos últimos anos, assiste-se a um crescente prestígio de autores estadunidenses como Ronald Dworkin, Alexander Bickel, Bruce Ackerman, Cass Sunstein, Richard Posner, Mark Tushnet, entre outros, para estudar o novo modelo de jurisdição constitucional inaugurado em 1988²⁶⁵.

Não obstante, no momento pré-constituente ainda havia reticência sobre as atribuições da *judicial review* e a participação popular no Poder Judiciário. A dúvida oscilava entre preservar o STF como tribunal supremo num modelo concentrado de constitucionalidade ao lado de uma magistratura técnica (segmentos políticos à direita) ou as controvérsias constitucionais sobre as leis fossem resolvidas pelo Legislativo

²⁶⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 114.

²⁶⁵ CASAGRANDE, Cássio Luís. A americanização do direito constitucional no Brasil em perspectiva histórica. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 18, n. 100, p. 103-116, nov./dez. 2016.

mediante uma delegação, a exemplo do modelo preventivo francês, ou uma corte máxima com juízes eleitos (grupos políticos à esquerda) ²⁶⁶.

Na iminência de completar três décadas da promulgação do texto originário de 1988, com mais de cem emendas promulgadas nesse percurso, as interpretações sobre a Constituição e o papel do STF mudaram bastante. Recentemente, frisam-se três funções do Supremo: i) contramajoritária: protege direitos fundamentais de minorias em face de maiorias legislativas eventuais que tolhem ou reduzem seus direitos²⁶⁷; ii) argumentativa: funciona como um doador de razões constitucionais para o debate público e, nessa lógica, o cidadão seria representado argumentativamente²⁶⁸; iii) vanguarda iluminista: empurra a história em determinadas questões civilizatórias vitais quando o processo político majoritário não tenha sido capaz de fazê-lo. A última função, em especial, deve-se à criação doutrinária do ministro Luís Roberto Barroso²⁶⁹.

Numa leitura sistemática da inicial, a ADPF 442, protocolizada perante o Supremo Tribunal Federal em março de 2016 pelo PSOL²⁷⁰, seria encaixada nas três funções segundo as postulantes. A ação tem o escopo de que seja declarada a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro para excluir do seu âmbito de incidência o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação de acordo com a vontade da mulher em decorrência dos seguintes preceitos violados²⁷¹:

os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º).

²⁶⁶ KOERNER, Andrei; BARROS DE FREITAS, Lígia. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. São Paulo: Lua Nova, 2013, p. 144-145.

²⁶⁷ STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, n. 921 te seq., julho, 2012. Disponível em: <<http://neryadvogados.com.br/stf-vs-vontade-da-maioria-as-razoes-pelas-quais-a-existencia-do-stf-somente-se-justifica-se-ele-for-contramajoritario/>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set., 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/0>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 23-50, Número Especial, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

²⁷⁰ A quantidade de deputados federais que o PSOL possui é de seis. Disponível em: <<https://www.psol50.org.br/partido/parlamentares/>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

²⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adpf. n. 442/RJ. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 6 de março de 2016.

As advogadas sustentam que é “*a partir do direito como integridade que se deve entender a linha de continuidade entre as decisões desta Suprema Corte no HC 84.025, ADI 3.510, a ADPF 54 e HC 124.306*”²⁷². Portanto, o pensamento de Dworkin está nas entrelinhas: a legitimidade democrática derivaria do acerto quanto aos argumentos de princípio e direitos, *in casu* o de abortar, são trunfos contra maiorias, sendo os tribunais “mais capacitados”. Dworkin, como já dito no segundo capítulo, afirmou categoricamente que se o parlamento americano tivesse lidado com esse tema, a complexidade das questões morais não teria sido seriamente considerada.

Além do mais, para as advogadas, como a ADPF 442 seria resultado de um processo hermenêutico cumulativo aberto na ADI 3.510, somente reivindicam que as cortes, no geral, tornaram-se instâncias legítimas desde a década de 70 para debater sobre aborto²⁷³. A ADI 3.510 foi provocada pelo Procurador Geral da República à época em virtude da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) aprovada pelo Congresso, o que indica que quem começou a discussão específica sobre a situação de determinados embriões foram os parlamentares e os ministros do Supremo apenas a cancelaram.

Dois pontos do voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510 foram lembrados pelas postulantes e interessam sobretudo a esse debate. Primeiro, o ministro não poupou esforços para pintar um “retrato róseo” do Judiciário em detrimento do Legislativo (idealismo contra o qual se insurge Waldron), e chegou a aduzir, sem o menor rubor, que o STF é igualmente “*a Casa do povo, tal qual o parlamento*”. Segundo, ele avaliou que no *Roe v. Wade* como não houve “*ruptura do ponto de vista institucional e democrático*”, logo, a Suprema Corte atuou com “*exemplar desenvoltura*”²⁷⁴. Essa justificativa simplória e retórica não dirime as objeções, salvo para os acadêmicos incautos.

Todo o esforço argumentativo da ADPF 442, por fim, culmina no pedido de reconhecimento pela Corte do “*direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de*

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Ibidem.

²⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI. n. 3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 28 de maio de 2018.

realizar o procedimento”²⁷⁵. Em outras palavras, o “direito ao aborto”, como elas mesmas designam, não existiria no ordenamento jurídico brasileiro até a data de julgamento da ADPF 442 que, se procedente, passaria a existir por força do acórdão do STF.

Aliás, “esse direito”, que é tratado como existente na política entre os pró-escolha e violado sempre que vaza alguma notícia de clínica clandestina de aborto, seria corolário, em linhas gerais, de outros direitos fundamentais expressos e estaria implícito debaixo das camadas abstratas do texto constitucional. Mas seus efeitos jurídicos somente seriam reconhecidos de forma vinculante a partir da decisão procedente do STF em sede dessa ADPF que, por maioria absoluta, transformaria um crime em um direito, desde que realizado no prazo de 12 semanas ao alvitre da gestante.

Nessa perspectiva, a conversão de um crime em um direito levada a cabo por juízes é completamente anômala na tradição da *Civil Law*. A ADPF 54, por exemplo, distancia-se da ADPF 442 na medida em que aquela criou, ao contrário, uma nova modalidade de excludente de ilicitude em que o crime permanece, mas não recebe pena. Não se trata apenas de “nomenclatura”. Essa dificuldade epistêmica, como será visto a seguir, ficará mais substantiva.

Por sua vez, no HC 124.306 o Ministro Luís Roberto Barroso empreendeu em voto-vista a descriminalização *ad hoc* do aborto à revelia das partes que não cogitaram sequer o incidente de constitucionalidade na primeira instância²⁷⁶. O ministro transplantou também o primeiro marco dos trimestres de *Roe v. Wade* sem justificativa explícita conforme artigo em que Lenio Streck criticou os equívocos da decisão²⁷⁷. Esse parâmetro de *Roe* foi inclusive revisto em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), substituído pelos “obstáculos indevidos” para as garantias constitucionais ao direito de aborto nos Estados Unidos, autorizando mais restrições pelos legislativos²⁷⁸. E três anos antes em *Webster v. Reproductive Health Services* a Suprema Corte definiu que os Estados poderiam optar por políticas públicas a

²⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adpf. n. 442/RJ. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 6 de março de 2016.

²⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Hc. n. 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016.

²⁷⁷ BARBA, Rafael Giorgio Dalla; STRECK, Lenio Luiz. *Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso: 21 de março de 2017.

²⁷⁸ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf/>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2018.

favor da gravidez em lugar de políticas públicas para o aborto, e a restrição ao uso de recursos públicos para financiar abortos não terapêuticos era constitucional²⁷⁹.

Barroso, de fato, no referido HC realizou algo inédito, talvez movido por sua função inovadora do STF como “vanguarda iluminista” a pretexto de empurrar a história, travada pela incapacidade dos outros Poderes. No entanto, a reação institucional ocorreu no mesmo dia da publicação da decisão, 29 de novembro de 2016, em que por ato do Presidente da Câmara dos Deputados se criou uma comissão para debater acerca do aborto, já que, nas palavras do Deputado Rodrigo Maia, “*sempre que o Supremo legislar, nós vamos deliberar sobre o assunto*”²⁸⁰. A declaração é, ao mesmo tempo, simbólica e emblemática.

Após oito meses, a PEC 181/2015 foi aprovada, por dezoito votos a favor e um contra, numa comissão especial da Câmara com substitutivo que acrescenta aos arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CRFB, “desde a concepção”. Apelidada pelos pró-vida de “PEC da Vida” e pelos pró-escolha de “PEC Cavalo de Troia”, o que reflete a polarização interminável. A alcunha se deve em razão do temor de ser o primeiro passo para criminalizar o aborto em todos os casos²⁸¹. Nessa direção, a Comissão de Constituição e Justiça no Senado pode votar a PEC 29/2015 que adiciona apenas ao art. 5º, *caput*, a expressão “desde a concepção”²⁸². Não há espaço para impor a pecha da inação legislativa nesse tema.

Em 2004, a atual Presidente do STF, Cármen Lúcia, registrou que no que concerne à criminalização do aborto o direito constitucional brasileiro autoriza que o assunto seja “*socialmente debatido*” a fim de que se conclua se a norma penal “*atende, mais de 60 anos depois de sua promulgação, aos anseios da sociedade brasileira*”²⁸³. Barroso retoma em parte essa observação em seu voto-vista, *in verbis*: “*a questão do*

²⁷⁹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/490/case.html>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2018.

²⁸⁰ SIQUEIRA, Carol. *Depois de decisão do STF sobre o aborto, Maia cria comissão para discutir o tema*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/520372-DEPOIS-DE-DECISAO-DO-STF-SOBRE-ABORTO,-MAIA-CRIA-COMISSAO-PARA-DISCUITIR-TEMA.html>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁸¹ FERNANDES, Marcela. *PEC ‘Cavalo de Troia’: deputados dão 1º passo para criminalizar o aborto em todos os casos no Brasil*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/11/08/pec-cavalo-de-troia-deputados-dao-1o-passo-para-criminalizar-aborto-em-todos-os-casos_a_23189424/>. Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁸² CADIM, George. *CCJ pode votar proposta que proíbe o aborto em qualquer situação*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/11/ccj-pode-votar-proposta-que-proibe-o-aborto-em-qualquer-situacao>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁸³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 164.

*aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita”*²⁸⁴.

No entanto, pesquisa do IBOPE em 2014 apontou que quase 80% das pessoas são contra a legalização do aborto²⁸⁵ e outra no final de 2017 pelo Instituto Paraná Pesquisas informou que 86% são contra a legalização do aborto em qualquer situação²⁸⁶. Em miúdos, a rejeição social à liberação do aborto tem crescido, logo, para Barroso, a esmagadora maioria dos brasileiros e brasileiras prova que não possuem essa perspectiva mais cosmopolita, tampouco os costumes alcançaram o grau desejado pelo ministro. A deixa para a intervenção da vanguarda iluminista fora formada? Pelo menos, os ministros Edson Fachin e Rosa Weber, atual relatora da ADPF 442, concordaram com o voto-vista²⁸⁷⁻²⁸⁸.

Nesse cenário, apesar das informações espaçadas cronologicamente, talvez fique mais compreensível a contradição de Daniel Sarmiento que revelou em 2014 num evento pró-escolha que para obter a descriminalização do aborto o *“melhor campo de luta”* seria o STF e, ao contrário, o Congresso, *“a pior das hipóteses”*²⁸⁹. Todavia, em 2005, ao comentar o *Roe v. Wade*, Sarmiento assentou que²⁹⁰:

Por honestidade intelectual, é mister reconhecer que a referida decisão provocou na época, e ainda provoca, até hoje, intensa polêmica nos Estados Unidos. Além da crítica substantiva relacionada ao resultado atingido, **foram levantadas fortes objeções contra a legitimidade democrática de um tribunal não eleito para decidir questão tão controvertida, sobrepondo a sua valoração àquela realizada pelo legislador, tendo em vista a ausência**

²⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Hc. n. 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016.

²⁸⁵ BRAMATTI, Daniel; TOLEDO, José Roberto de. *Ibope: quase 80% são contra legalizar maconha e aborto*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ibope-quase-80-sao-contra-legalizar-maconha-e-aborto,1554665>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁸⁶ BRETAS, Valéria. *Só 10% dos brasileiros defendem legalizar o aborto, diz pesquisa*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/so-10-dos-brasileiros-defendem-legalizar-o-aborto-diz-pesquisa/>>.

Acesso em: 03 de março de 2018.

²⁸⁷ SCOCUGLIA, Livia. *Turma do STF vota para descriminalizar o aborto até 3º mês*. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/1a-turma-stf-vota-para-descriminalizar-aborto-ate-3o-mes-29112016>>.

Acesso em: 01 de março de 2018.

²⁸⁸ O PSOL entrou com pedido de concessão de medida cautelar em sede da ADPF 422 para que Rebeca Mendes Silva Leite conseguisse *“interromper sua gestação de seis semanas porque não tem condições financeiras e psicológicas para levar adiante”*. A ministra Rosa Weber negou o pedido, cuja natureza subjetiva individual não encontrara *“garida no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que serve como instrumento da jurisdição constitucional abstrata e objetiva”* (FALCÃO, Márcio. *Rosa Weber nega pedido de grávida para abortar*. Disponível em: <<https://jota.info/justica/rosa-weber-nega-pedido-de-gravida-para-abortar-28112017>>. Acesso em: 06 de março de 2018).

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Youtube*. 03 nov. 2013. 1min43s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FRRJoJpuZP4>>. Acesso em: 01 de março de 2018.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr./jun., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

de qualquer definição no texto constitucional sobre a matéria. Sem embargo, apesar dos esforços dos militantes do grupo Pro-Life e de sucessivos governos do Partido Republicano, no sentido de forçar uma revisão deste precedente, ele, nas suas linhas gerais, ainda hoje se mantém em vigor nos Estados Unidos. (grifos nossos)

Se Sarmento sustenta que a decisão causou e causa “intensa polémica”, o próprio resultado padece de “crítica substantiva” e a Suprema Corte sofre com “fortes objeções democráticas contra a legitimidade democrática para decidir questão tão controvertida”, levando em conta o contexto estadunidense possuir a tradição da *Common Law*, ser o nascedouro da *judicial review* e prevalecer a supremacia judicial, não teria o STF que agir com cautela no Brasil? Aliás, talvez não fosse hipótese de cautela, na qualidade de guardião da ordem constitucional, o STF teria recebido “carta branca” para definir o sentido da Constituição como bem entendesse? Rodrigo Brandão, em extensa tese de doutorado sob orientação de Sarmento, contesta que²⁹¹:

[...] **Embora no cenário brasileiro pós-1988 estejam presentes as condições políticas, institucionais e interpretativas favoráveis à expansão do Poder Judiciário, não há que se falar em supremacia judicial em sentido amplo no Brasil.** Isto porque os mecanismos de reação política – embora o apoio popular difuso à Suprema Corte torne o seu uso menos frequente do que no passado – poderão ser manejados caso a jurisprudência constitucional se desvie radicalmente da opinião pública. Se em questões centrais à coalizão governamental majoritária e a grupos de interesse bem articulados a jurisdição constitucional é mais intensamente constrangida por tais limites institucionais, em questões de menor relevo político a Suprema Corte frequentemente voa abaixo do radar, e tem o potencial de conferir interpretação à Constituição que, embora não seja definitiva, pode ser extremamente difícil de ser alterada.

[...] **Dentre as razões epistêmicas, partindo-se de uma premissa de humildade dos juízes, é de se esperar que eles não estejam muito seguros da correção das suas decisões caso haja forte opinião pública em sentido contrário, sobretudo em sede de questões morais controvertidas.**

[...] O instrumento de superação das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte mais adequado ao Estado Democrático de Direito é um processo de emenda constitucional que seja, a um só tempo, mais difícil do que o legislativo ordinário (para evitar que a Constituição fique à mercê de maiorias legislativas ordinárias), porém não tão difícil como o procedimento de reforma da Constituição norte-americana (pois, não sendo factível a aprovação de emenda, há um estímulo aos ataques institucionais à Suprema Corte quando ela veta objetivos desejados por sólidas maiorias legislativas). O processo de emenda à Constituição brasileira de 1988 apresenta essas características, e, portanto, deve ser tido como o instrumento padrão de reversão das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte.

[...] Por fim, **o fato de o STF se julgar competente para declarar inconstitucionais emendas constitucionais à luz dos limites ao poder de reforma não consiste em prova irrefutável de que há supremacia judicial no Brasil.** A uma, pois o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade do STF não atinge o Legislativo, de modo que não há óbice a que aprove emenda constitucional idêntica à declarada

²⁹¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012, p. 324-326.

inconstitucional. A duas, porque o STF tem atuado com cautela nesse particular, o que, aliás, é natural, pois sendo a declaração de inconstitucionalidade de emenda mais grave do que a invalidação de lei, os citados limites institucionais à discricionariedade judicial falam mais alto nesta seara. A três, **pois as cláusulas pétreas devem ser interpretadas sob uma perspectiva de neutralidade política, na qual o STF deve se limitar a proteger as precondições da democracia do alcance do poder constituinte derivado, conferindo ao último um amplo espectro de atuação.** (grifos nossos)

Para Brandão, o modelo inaugurado pela Constituição de 1988 conferiu mais instrumentos para a expansão do Judiciário, entretanto, não encastelou este na torre de marfim da supremacia judicial (numa definição narcísica dos sentidos do texto constitucional). Recomenda, ademais, que os ministros duvidem da rigidez de suas posições “caso haja forte opinião pública em sentido contrário, sobretudo em sede de questões morais controvertidas”, isto é, que levem os profundos desacordos a sério (teoria) com o legislador constituinte derivado usufruindo de amplo espectro de atuação (prática), mormente porque as cláusulas pétreas asseguram as condições mínimas da democracia, tanto no aspecto procedimental quanto no material.

Uma ressalva é crucial. Não se postula nessa dissertação que a Constituição de 1988 deu passe livre ao Legislativo para deliberar sobre quaisquer assuntos, desde que polêmicos, sem criteriologia. O texto constitucional também impõe limites ao legislador. Uma emenda constitucional que permitisse a pena de morte em todos os casos à revelia da dicção do art. 5º, XLVII, CRFB, afrontaria à Constituição e, portanto, deveria ser declarada inconstitucional pelo STF. Nessa hipótese, haveria função contramajoritária *legítima*, posto que embasada em garantia fundamental *explícita e prévia*. A visão de Waldron, sem mediações, choca-se com barreiras do sistema jurídico brasileiro. Aderir ao pensamento waldroniano de modo irrestrito seria repetir os erros criticados como alguns juristas fizeram com Dworkin no que concerne à descriminalização do aborto via jurisdição abstrata.

No entanto, se porventura uma emenda à Constituição fosse promulgada, assegurando o direito à vida desde a concepção, o STF poderia declará-la inconstitucional por violar o “direito ao aborto”, enquadrando-a como uma emenda “tendente a abolir” um direito individual da mulher (art. 60, §4º, IV, CRFB)? A resposta é negativa por carência de parametricidade constitucional para esta postura²⁹². O questionamento de Conrado Hübner sugere algumas pistas, qual seja²⁹³:

²⁹² O recorte não englobou a discussão hermenêutica em si, contudo, para compreender a extensão desse posicionamento, vide: (i) STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal constitucional indiano, até onde sei, são os únicos tribunais do mundo a terem declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional (agradeço essa constatação ao Prof. Dimitri Dimoulis). Apesar de outros sistemas constitucionais também preverem cláusulas pétreas, o STF foi um dos primeiros a ter tido essa ousadia. O curioso é que a Constituição de 1988 não lhe conferiu esta competência. O art. 102, I, é a base de sua atribuição para exercer a jurisdição constitucional. No entanto, refere-se apenas ao controle de “lei ou ato normativo”. Extrair desta expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece um razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou. Diriam que as cláusulas pétreas não teriam nenhum sentido se não gozassem de tal expediente de controle exercido pelo STF. Esse raciocínio não é correto. Há outras constituições que prevêm cláusulas pétreas sem delegar tamanho poder ao Tribunal constitucional.

O STF, portanto, a título de proteger a Constituição, criou uma solução pouco óbvia no texto. O raciocínio da decisão foi idêntico àquele que teve o juiz Marshall quando criou esta competência para julgar o caso *Marbury v. Madison*. Surpreendentemente ou não, esse aspecto grave e inovador da decisão não ressoou no debate público brasileiro. Foi nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 926 e 939, que julgaram a emenda criadora do IPMF, que o STF empreendeu essa arriscada dedução interpretativa (v. Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 151). O voto do Min. Celso de Mello, por incrível que pareça, foi o único a tocar na legitimidade do STF para realizar tal controle. Por meio daquele argumento, porém, a confirmou. Oscar Vilhena Vieira, ao comentar a mesma decisão, acolhe aquela fundamentação e afirma: “Sendo a imunidade recíproca elemento essencial do federalismo e sendo a Federação uma cláusula pétrea – (...) -, não há outra alternativa ao Tribunal senão declarar a emenda inconstitucional”. (A Constituição e sua reserva de justiça, p. 164.)

É importante notar o que está por trás deste argumento. Não há dúvida de que a federação seja uma cláusula pétrea. É isto que prescreve a Constituição de 1988. **No entanto, qual o modelo universal de federação a partir do qual se possa dizer que a “imunidade recíproca é elemento essencial do federalismo”? Por que é o juiz, e não o legislador constituinte, que tem acesso a esse modelo universal de federação?** Para julgar de forma coerente com a Constituição, além disso, não basta que uma constitucional crie uma exceção à federação. É preciso que a emenda seja “tendente a abolir” (art. 60, §4º) a federação. **A criação de um tributo (IPMF) é tendente a abolir a federação? Não quero entrar no mérito desta discussão. Mas esse é um exemplo de como a compreensão sobre a supremacia da Constituição, assegurada por um tribunal, é distorcida.** (grifos nossos)

Em direção contrária, Dworkin, cujo pensamento sem dúvida inspirou as autoras da ADPF 442 do início ao fim, disse que não havia perigo quanto aos abusos da Suprema Corte, uma vez que a opinião pública iria corroer a legitimidade das decisões realmente impopulares. Pelo que é possível constatar, se com *Roe v. Wade* sucederam

das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2218, jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 8 de março de 2018; (ii) STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo não é guardião da moral da nação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 8 de março de 2018; (iii) STRECK, Lenio Luiz. *E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opiniao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 8 de março de 2018.

²⁹³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 146.

essas corrosões, ainda incapazes para o *overruling*, não seria de suspeitar que, com a procedência da arguição, aconteça a epifania cosmopolita e iluminista de Barroso? Ou, o mais provável, uma hostilidade de tal monta que colocaria em risco o próprio “direito ao aborto” ao arripio da “formalização” mediante canetada judicial?

As semelhanças entre a ADPF 442 e o *Roe v. Wade* extrapolam as citações e a cópia do primeiro marco trimestral. Em ambos os casos não há nenhum dispositivo expresso na Constituição que assegure o direito de abortar, tampouco o texto constitucional define o início da vida humana (se desde a concepção ou após o nascimento com vida); existe criminalização da prática desde 1940 no Brasil (não se pune o aborto em razão do estupro ou quando não há outro meio de salvar a gestante) e existia no Texas (somente se autorizava o aborto na segunda hipótese); o pedido pré-escolha foi endereçado ao STF (à SCOTUS) com fundamentos abstratos, em que alguns destes podem ser lidos com sinal trocado pelo lado oposto (direito à inviolabilidade da vida da mulher v. direito à inviolabilidade da vida do feto); recorre-se a precedentes na ADPF 442 (ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306) e no *Roe* se amparou, sobretudo em *Griswold v. Connecticut*, para concluir que a nova ação é (era) consequência de posição anterior da Corte e, por fim, como se trata(va) de um direito fundamental “prévio”, mesmo que implícito, deve(ria) ser alegado em face de maiorias legislativas sem chance de suplantação por parte destas. O STF, na sua função contramajoritária, iria “apenas” reconhecer esse novo direito já tão amplamente aceito em “outras fontes”. A SCOTUS criou os direitos de privacidade em que um deles era o de abortar. A questão chave é: seria possível um *Roe v. Wade* brasileiro na tradição da *Civil Law*?

Despiciendo diferenciar entre a concepção clássica da *Civil Law* e a sua reformulação após a Segunda Guerra Mundial, posto que no segundo capítulo se apurou que a conexão entre jurisdição constitucional e *Common Law* à luz do *Roe v. Wade* é remota e frágil. Na *Civil Law*, apesar dos novos influxos, o legislador continua a ser o porta-voz da tradição, e não se admite a invenção abrangente de direitos via decisão judicial, embora se reconheça que a interpretação tenha dimensão criativa e não seja mera reprodução de sentidos contidos no texto. A concessão de novos direitos deve passar pelo crivo legislativo. A segurança, a previsibilidade e a estabilidade, ainda que abaladas, continuam como valores caros a essa tradição e endossam que o Parlamento é

o fiador de mudanças paradigmáticas que possuem baixíssima adesão popular como a legalização do aborto²⁹⁴.

Assim teoria, pura e simplesmente, não deslinda suficientemente esse *imbroglio*. Consoante pesquisa de dados da ONU, a esmagadora maioria da Europa continental liberou a prática do aborto²⁹⁵. Isso não demonstra o contrário do exposto até o momento: que a *Civil Law*, em abstrato, rejeita o aborto. Nunca fora feito esse tipo de raciocínio. O ponto é outro: a *Civil Law*, pela sua marca, favoreceu um arranjo institucional, aliás, o primeiro passo de um ciclo deliberativo, ou seja, que o aborto, por ser um profundo desacordo moral (Waldron) ou tão controvertido (Sarmiento), fosse conduzido em primeiro lugar ao Parlamento, cuja essência é ser o *locus* da discordância visceral. Foi a primeira hipótese e não a pior das hipóteses.

Com base nos dados sumariamente recolhidos pela IPPF (associação internacional pró-aborto), essa “tendência” aconteceu com os seguintes países da Europa continental: Finlândia (1950), Croácia (1952), Hungria (1953), Lituânia (1955), Estônia (1955), Dinamarca (1973), Chipre (1974), Alemanha (1974), Suécia (1974), França (1975), Áustria (1975), Eslovênia (1977), Luxemburgo (1978), Grécia (1978), Portugal (1984), Holanda (1984), Espanha (1985), República Tcheca (1986), Eslováquia (1986), Bulgária (1990), Bélgica (1990), Polônia (1993)²⁹⁶. As exceções foram Itália, em que o processo iniciou na Corte Constitucional, Romênia por ordem ministerial e Malta, em que o aborto é ilegal. É evidente que esses dados “crus” precisariam sair da superfície, visto que alguns dos países estavam sob o jugo da URSS e tiveram sua legislação alterada graças à “anexação” ou falta averiguar se o processo majoritário era, de fato, livre e democrático, assegurando os direitos pressupostos da minoria na visão de Waldron. Outro elemento é que em muitos casos as leis aprovadas sobre o aborto repetiram o Código Penal brasileiro de 1940, ou seja, a proibição total fora flexibilizada, em média, da década de 70 em diante.

²⁹⁴ Não é quase uma ruptura um crime virar um direito pela opinião de cinco cabeças que, depois da investidura, não devem satisfação a absolutamente mais ninguém como declarou o Ministro Luiz Fux? PIRES, Breno; MOURA, Rafael Moraes. *1ª Turma do Supremo abriu novo precedente ao julgar que não havia crime na prática de aborto realizada durante o primeiro trimestre de gestação*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,judiciario-decide-porque-ha-omissao-do-parlamento-diz-fux-sobre-aborto,10000092645>>. Acesso em: 06 de março de 2018.

²⁹⁵ UNITED NATIONS. *World Abortion Policies 2011*. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

²⁹⁶ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Abortion legislation in Europe*. Disponível em: <http://www.spdc.pt/files/publicacoes/Pub_AbortionlegislationinEuropeIPPFEN_Feb2009.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2018.

Afinal de contas, os dados confirmam que o Parlamento, pelo menos no berço da *Civil Law*, foi escolhido como primeira hipótese para debater sobre o polêmico assunto do aborto, independentemente do resultado obtido, se mais apetecível ou não aos interesses dos grupos pró-escolha e pró-vida. No Brasil, um fruto dessa tradição está na “tendência” a favor do Legislativo para dirimir profundos desacordos morais, inclinação esta reavivada por hora ao redor das PECs 29/2015 e 181/2015, ao consignarem a defesa da vida desde a concepção. Contudo, suscita um alarido de “retrocesso social” na direção de que o aborto seria proibido “de forma absoluta”, o que é compreensível em face da polarização interminável. A ADPF 442, capitaneada por um partido com minoria congressual, é mais um exemplo de advocacia estratégica na Corte para “aprovar” temas polêmicos sem mediação do processo majoritário. A arguição, com justiça nomeada de *Roe v. Wade* brasileiro, se julgada procedente, trilhará um caminho sinuoso. Se o STF não fizer uma autocrítica, renunciando às funções arrogantes de “vanguarda iluminista”, de “representante argumentativo”, de “contramajoritário” (sem lastro em direito fundamental *explícito e prévio*), a pretexto de empurrar o trem da história, só que tresloucadamente pela dianteira, correr-se-á o risco de ser atropelado por ele²⁹⁷.

²⁹⁷ A avaliação de Rodrigo de Oliveira Kaufmann, que foi assessor de três ministros do STF, assemelha-se à adotada nesse encerramento do capítulo terceiro: “*se continuarmos a achar que o STF tem alguma função libertadora ou messiânica, de que é ele o responsável por algum tipo de “revolução” social ou jurídica, pouco importará o comportamento dos seus ministros ou seus eventuais desvios de jurisprudência e de procedimento. A crítica, de fato, precisa ser institucional, sob o risco de essa crítica se transformar em mera verbalização de uma paixão não correspondida ou de representar apenas uma rejeição pessoal a este ou aquele ministro. [...] O ministro Roberto Barroso afirmou recentemente que “toda instituição deve ter a humildade de se repensar”. A obrigação vai muito além disso. Talvez tenha chegada a hora de o STF ser “repensado”. Todos nós — academia, doutrina, advogados, juízes, professores, membros do Ministério Público — formatamos indevidamente nos últimos anos o trajeto que tem levado o STF a essa posição melancólica de uma das instituições mais escarnecidas e banalizadas. O país, entretanto, nunca precisou tanto como agora de um tribunal invisível, de uma corte recatada e modesta que — antes de querer elevar direitos fundamentais e se preocupar tanto com a dignidade da “pessoa humana” — seja guardiã das instituições republicanas e da própria Constituição*”. (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Supremo Tribunal Federal deve buscar invisibilidade política*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/observatorio-constitucional-supremo-buscar-invisibilidade-politica#_ftn1>. Acesso em: 26 de março de 2018).

Considerações finais

John Henry Merryman foi, sem dúvida, a coluna mestra desse edifício. Os outros comparatistas e teóricos vieram por acréscimo. Em razão de seu labor intelectual, foi possível diferenciar entre tradição jurídica e sistema jurídico e, em seguida, entre *Common Law* e *Civil Law* sem permitir que as particularidades de cada sistema confundissem o que pertencia propriamente à tradição que os antecipara. As influências mútuas tiveram importante papel nessa análise. Mais do que elencar proposições objetivas à guisa de conclusão como sói acontecer, o desfecho será afinado com o modo como a dissertação foi conduzida desde o início.

No primeiro capítulo, a grande pergunta foi o que “sobrou” da *Civil Law* em virtude da expansão generalizada do controle de constitucionalidade após o fim da Segunda Guerra Mundial quando o próprio Merryman anunciou se tratar de um indicador poderoso de uma transformação radical da referida tradição. Essa dúvida altamente árdua de ser sanada, além de rejeitar uma resposta simplificada e errada, orientou a necessidade de revolver a *judicial review*, o pivô da mudança abrupta, e depois descobrir a controvérsia sem ocaso. Após recorrer a muitos autores, foi possível concluir, não de maneira exauriente, que a concepção clássica da *Civil Law* mudou bastante, mas não ao grau de perder sua identidade em face dos novos influxos da *Common Law*.

Com o propósito de aclarar mais essa discussão, foi necessário aprofundar as raízes da jurisdição constitucional. Não é correto afirmar que a *Common Law* favoreceu o florescimento da revisão judicial como fatalismo histórico. Elementos desta tradição aliados a certas conjunturas políticas, jurídicas e filosóficas do século XVII nos Estados Unidos, viabilizaram as “condições ideais” para esse fruto crescer e amadurecer. A interpretação personalista de que *Marbury v. Madison* foi resultado de um gênio solitário não se mostrou verdadeira, inclusive, dentre outras observações, pelo motivo básico de que Marshall em 1776 discordava do “poder” dos juízes anularem leis do Legislativo. A sagacidade do *Chief Justice* foi ter empurrado as peças alinhadas do dominó – os precedentes explícitos antes e depois da Convenção de Filadélfia – quando a tensão institucional não indicava que essa seria a “solução óbvia”. Ao mesmo tempo, a decisão consolidou o poder de revisão da Suprema Corte e a transformou numa importante peça política do sistema americano.

Thomas Jefferson, que antagonizou com Marshall, teve uma posição invertida: da aceitação da *judicial review* à sua contestação. Esses episódios de grandes personagens do constitucionalismo estadunidense foram e são eminentemente simbólicos. Essa discordância pressagiava a controvérsia sem ocaso que emergiu desde 1803, contudo, com matizes distintos daqueles propostos por Alexander Bickel. A preocupação imediata dos pares de Madison era a deslegitimação da *judicial review* em si, enquanto dos próceres de Marbury era cumprir o serviço contrário. Se essa disputa não fora resolvida naquele período em que a memória da Convenção de Filadélfia ainda estava fresca, a cortina de fumaça só aumentou passadas tantas décadas. Bickel, no entanto, aprofundou a controvérsia: se a *judicial review* “está dada” (é uma realidade histórica conforme Whittington), como é possível compatibilizá-la numa democracia?

Essa premissa de irreversibilidade, diga-se de passagem, não é aceita por todos. O objetivo, todavia, não é esse. A mudança de escopo da *judicial review* ao longo da história como William Nelson identificou somente redobrou os esforços em relação à dificuldade contramajoritária. Ao contrapor constitucionalismo e democracia, Bickel propôs que o equilíbrio fosse concretizado por meio das “virtudes passivas” que, consoante sua visão, não seriam a saída derradeira. Mas uma forma de compor conflitos mediante o atraso do processo decisório para que os juízes ganhassem tempo hábil para considerar de maneira mais ampla, como também para que aferissem, com o devido respeito, as opiniões e os argumentos dos outros, incluídos os membros dos demais poderes, da sociedade em geral e dos próprios colegas. Em outras palavras, para que os juízes julgassem com sobriedade, ou seja, que não abrissem mão de proferir os julgamentos, desde que com parcimônia.

A controvérsia sem ocaso envolve pesquisadores que sucederam Bickel, sejam aqueles favoráveis à supremacia judicial, sejam engajados em propostas de revalorização do Poder Legislativo ou imbuídos de perspectivas de diálogo institucional. Ronald Dworkin, como exposto, representa a primeira corrente, embora seja errado alegar que ele se empenhe em justificar a todo custo a supremacia judicial. Ele considera a supremacia judicial uma boa explicação da prática constitucional norte-americana que dotou os juízes de autoridade interpretativa final e que o público geralmente a aceita, sem descartar a hipótese de outra leitura mais compatível com a filosofia majoritária.

Jeremy Waldron, ex-aluno de Dworkin, parece ter realizado essa leitura mais compatível com a filosofia majoritária. A partir de suas quatro pressuposições, que

seriam as condições normais de funcionamento de uma democracia, ele defende a esquecida dignidade da legislação nas sociedades modernas em face do retrato idealizado de juízes em detrimento dos legisladores. O Parlamento, para Waldron, figura como espaço apropriado para os desacordos morais inclusive acerca dos conteúdos dos direitos mediante o processo majoritário, que não é tirânico em si, desde que se respeitem a liberdade de expressão e associação das minorias.

O emblemático caso *Roe v. Wade* sob a condução do *Chief Justice* Warren Burger serviu de vitrine para apreciar esses pensadores em operação. Antes desta análise, os meandros do *Roe* permitiram apurar as razões alegadas pelas partes litigantes, em especial, o novo “paradigma jurídico feminino” que se formava no horizonte da década de 70 e que cresceria desde então. Os *Justices* não o consideraram em seus votos, inclusive o *Justice* Potter ironizou Sarah Weddington na sustentação oral por justificar o direito ao aborto com um eloquente argumento político baseado em quaisquer emendas que fossem úteis. Até o presente a fundamentação de *Roe* é posta em cheque entre os pró-escolha, sobretudo as feministas. A ênfase dos *Justices* foi em aspectos jurídicos como Waldron também explicara, mas que tinham a intenção de “apaziguar” os conflitos morais com a invenção dos marcos trimestrais (a gradação de interesses para “negociar” com os Estados). A substituição dos marcos se deu em 1992 pelos “obstáculos indevidos” que autorizaram crescentes restrições legislativas.

A via judicial não pacificou o debate, pelo contrário, a polarização prévia foi ampliada ao ponto de ser qualificada nessa dissertação de interminável. A conexão entre tradição jurídica e jurisdição constitucional à luz da decisão tomada no *Roe* foi diagnosticada como remota e frágil, destacando-se da primeira o fato do juiz ser o portador da tradição e da permissão de que o Judiciário crie direitos, portanto, não convém dizer que a *Common Law* em abstrato justificaria o rumo trilhado em 1973 nessa matéria pela Corte Burger. A Inglaterra, berço desta tradição, tratou o aborto de forma radicalmente diferente em 1966. Em primeiro lugar, obviamente, pois inexistia controle de constitucionalidade forte como nos Estados Unidos. Somente em 2005 que se adotou uma *judicial review* fraca. Waldron ponderou, em suma, que a descriminalização do aborto entre os britânicos pela via parlamentar, não só gerou o resultado pretendido pelos pró-escolha, como também em virtude da forma como o lado oposto foi ouvido, respeitado e debatido, os pró-vida elogiaram os vencedores. A profunda discordância persiste, mas sem a animosidade e a hostilidade que *Roe v. Wade*, que completará quarenta cinco anos em 2018, ainda provoca.

Dworkin diverge desse diagnóstico. Ele entende que, diferente de Mary Ann Glendon, *Roe v. Wade* não aumentou a divisão, pois se o aborto fosse discutido no Congresso americano, os parlamentares não levariam a sério as considerações morais implicadas. Então, a partir dessa falta de consideração e respeito com as mulheres, a polarização seria maior. Aliás, no âmbito geral, se não fosse a *judicial review*, os Estados Unidos estariam numa situação pior de defesa de direitos, uma vez que a Suprema Corte, como fórum de princípios, “sempre” esteve mais capacitada para manejar esse tipo de argumento. Embora, em tese, os parlamentares, hábeis em *policies*, possam proteger *principles*. Não é necessário exagerar os abusos que a Corte pode perpetrar, assevera Dworkin, posto que as decisões realmente impopulares serão corroídas pela opinião pública e a superação do precedente será corolário natural de uma nova composição de *Justices* de acordo com o Presidente, eleito pela maioria.

Nas lentes reajustadas de Dworkin, à luz da leitura moral da Constituição, do direito como integridade e da concepção constitucional de democracia, a dificuldade contramajoritária não é um problema. Uma decisão judicial pode ser democrática, enquanto uma lei antidemocrática. A legitimidade depende do resultado, não do procedimento. No mundo de desacordos de Waldron, é exatamente a profunda divergência que gera o incômodo de Bickel em face de juízes, sem chancela popular, invalidarem leis aprovadas por maioria. O procedimento majoritário não é abusivo em si mesmo, inclusive porque os tribunais “encerram” suas próprias diferenças com maioria simples ou qualificada, independente do tema em pauta, sobretudo em matéria de princípios (direitos) que é fortemente controversa. Em síntese, como Dworkin alega em sua leitura moral do sistema americano, se a Suprema Corte tem a autoridade interpretativa final, o que acarreta o direito de errar por último, amparado em Waldron é possível afirmar que esse direito de erro, por ser direito, suscita desacordo e, se suscita desacordo, os *Justices* deveriam considerar que em temas de profunda discordância moral convêm errar com uma maioria de milhares ou centenas de cabeças do que com uma maioria diminuta de cinco cabeças. Em miúdos, o que resta é o profundo desacordo e levá-lo a sério tem uma escolha fundamental: a da urna.

A ADPF 442, protocolada perante o STF em 2016, estabeleceu novo itinerário entre o sistema jurídico brasileiro e o americano, cuja ponte, embora precária, remonta à época anterior a Independência. Tal sucedeu graças às semelhanças entre a ADPF 442 e o *Roe v. Wade* extrapolarem as citações e a cópia do primeiro marco trimestral. A ADPF 442 é designada por *Roe v. Wade* brasileiro. Essa constatação se confronta com o

principal obstáculo: a tradição da *Civil Law*. Os dados reunidos em caráter preliminar confirmaram que os Parlamentos dos países da Europa continental, nascedouro desta tradição, foram escolhidos como primeira hipótese para debater sobre o polêmico assunto do aborto, independentemente do resultado alcançado, salvo três exceções. Itália, em que o processo iniciou na Corte Constitucional, Romênia por ordem ministerial e Malta, em que o aborto é ilegal. Essas informações requerem cotejamento pormenorizado que poderá ser feito em outra oportunidade.

De forma casuística, quanto à descriminalização do aborto, o Congresso brasileiro é tratado como “pior das hipóteses” e o STF como “melhor campo de luta”. A *Civil Law*, pelo contrário, favoreceu um arranjo institucional, aliás, o primeiro passo de um ciclo deliberativo, ou seja, que o aborto, por ser um profundo desacordo moral, fosse conduzido em primeiro lugar ao Parlamento, cuja essência é ser o *locus* da discordância visceral. Foi a primeira hipótese e não a pior. Dworkin, cujo pensamento inspirou a ADPF 442, concordaria com ambas as observações. Pelas digressões feitas até agora, sobretudo em relação ao *Roe v. Wade*, se a ADPF 442 for julgada procedente, será outro exemplo de transplante malsucedido de importação teórica equivocada de autores americanos com repercussões tão gravosas quanto no passado. O fato do STF ser o guardião da Constituição não lhe dá carta branca para decidir como bem entender, aliás, no Brasil não vigora um modelo de supremacia judicial como ponderou Rodrigo Brandão. E, por mais que o STF tenha arrogado para si a competência de verificar a constitucionalidade das emendas constitucionais à revelia do texto, a última palavra é do Congresso, mormente em matéria tão controvertida com forte opinião popular em sentido contrário (mais de oitenta por cento) e carente de parametricidade constitucional.

A inclinação a favor do Legislativo para dirimir profundos desacordos morais está reavivada por hora ao redor das PECs 29/2015 e 181/2015 que consignam a defesa da vida desde a concepção. A situação brasileira difere do exemplo de Waldron na Inglaterra. Lá a iniciativa foi sobre descriminalizar ou não. No Brasil, trata-se de uma reação institucional na seguinte lógica: “protejamos a vida desde a concepção antes que o STF a vulnere mais”. De plano, é uma ação defensiva de parlamentares pró-vida que ensejará a ampla deliberação congressional de um jeito ou de outro. Na Lei de Biossegurança, o legislador ordinário em 2005 excluiu essa proteção para embriões fora do útero da mulher, assim como não puniu o aborto por inexigibilidade de conduta diversa nas duas hipóteses trágicas do Código Penal desde 1940. São opções legislativas

em terreno pantanoso, cujo ônus político somente os parlamentares podem assumir, pois precisam prestar contas a seus eleitores. Não cabe aos ministros do STF substituir essas escolhas legítimas com base nas suas opiniões morais a pretexto de “revelar” o que a caligrafia constitucional abstrata tem a dizer. Os acordos em dispositivos constitucionais abstratos implicam desacordos em situações concretas, ainda mais, repisa-se, em temas tão controvertidos como Daniel Sarmento reconhece, por honestidade intelectual, no *Roe v. Wade*, mas rejeita o arranjo institucional adequado em defesa do “direito ao aborto” que, paradoxalmente, dependeria do reconhecimento via acórdão.

O STF só se justifica se for contramajoritário, conforme lição de Georges Abboud, quando sua atuação está lastreada em direito fundamental *explícito*. O “direito ao aborto” é, não obstante o esforço das postulantes na ADPF 442, um castelo de cartas. A necessidade de avançar uma agenda política não pode suplantar o processo majoritário, sob pena de que o já fragilizado “direito ao aborto” fique à mercê das flutuações interpretativas do STF. Se os pró-escolha optassem pela urna, entenderiam que a advocacia estratégica tem um preço elevado que é cobrado até hoje nos Estados Unidos como revelou Sarmento. Esse cenário no Brasil se acirraria tanto que obscurece a capacidade de prognosticar as consequências deletérias do julgamento favorável ADPF 442. Mas se parcela da Corte se percebe como vanguarda iluminista, imbuída de uma “missão civilizatória” na terra de “pouco esclarecidos” (desprovidos de perspectiva cosmopolita e dos novos valores), ficará realmente difícil levar o direito constitucional brasileiro a sério. A única solução prática, que fez a Suprema Corte dos Estados Unidos ceder, foi quando o Executivo e/ou o Legislativo a convidaram para uma “queda de braço” institucional. Essa dissertação é, por fim, um alerta com uma sugestão embutida.

Referências

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, n. 921 te seq., julho, 2012. Disponível em: <<http://neryadvogados.com.br/stf-vs-vontade-da-maioria-as-razoes-pelas-quais-a-existencia-do-stf-somente-se-justifica-se-ele-for-contramajoritario/>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set., 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/0>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella JR. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 41, p. 87-103, out./dez. 2014.

BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 86. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>>. Acesso: 06 de novembro de 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. A revolução dos direitos humanos e a expansão do judicial review nos Estados contemporâneos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, on-line, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan./jun., 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/295>>. Acesso: 06 de novembro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 23-50, Número Especial, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BAILYN, Bernard. Duas revoluções. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (coord.). *Democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla; STRECK, Lenio Luiz. *Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso: 21 de março de 2017.

BICKEL, Alexander M. *The morality of consent*. New Haven: Yale University Press, 1975.

_____. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRAMATTI, Daniel; TOLEDO, José Roberto de. *Ibope: quase 80% são contra legalizar maconha e aborto*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ibope-quase-80-sao-contralegalizar-maconha-e-aborto,1554665>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

BRETAS, Valéria. *Só 10% dos brasileiros defendem legalizar o aborto, diz pesquisa*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/so-10-dos-brasileiros-defendem-legalizar-o-aborto-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

CADIM, George. CCJ pode votar proposta que proíbe o aborto em qualquer situação. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/11/ccj-pode-votar-proposta-que-proibe-o-aborto-em-qualquer-situacao>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

CAENEGAM, R. C. van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

_____. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do direito*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CASAGRANDE, Cássio Luís. A americanização do direito constitucional no Brasil em perspectiva histórica. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 18, n. 100, p. 103-116, nov./dez. 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Kelsen, jurisdição constitucional e democracia*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/vera-karam-de-chueiri/kelsen-jurisdiacao-constitucional-e-democracia-2s7qblbwxi1ldtxz5dntek>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

COOPER v. Aaron, 358 U. S. 1 (1958). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/358/1.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016.

CORWIN, Edward S. *A Constituição americana e seu significado atual*. 2. ed. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai: Centralização e Federalismo no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Trad. Hermínio A. de Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978.

DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. *Revista O Direito IV*, online, Coimbra, v. 1, n. 1, jan./dez., 2006. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/2472/1/RPD_Direito_2006.pdf>. Acesso: 16 de setembro de 2017.

DUTRA, Yuri Frederico. *Democracia e controle de constitucionalidade: a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Márcio. *Rosa Weber nega pedido de grávida para abortar*. Disponível em: <<https://jota.info/justica/rosa-weber-nega-pedido-de-gravida-para-abortar-28112017>>. Acesso em: 06 de março de 2018.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

FERNANDES, Marcela. *PEC 'Cavalo de Troia': deputados dão 1º passo para criminalizar o aborto em todos os casos no Brasil*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/11/08/pec-cavalo-de-troia-deputados-dao-1o-passo-para-criminalizar-aborto-em-todos-os-casos_a_23189424/>. Acesso em: 03 de março de 2018.

GINSBURG, Ruth. Some thoughts on autonomy and equality in relation to *Roe v. Wade*. *North Carolina Law Review*, Carolina do Norte, v. 63, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2961&context=nclr>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

GOMES, Laurentino. *1889*. São Paulo: Globo, 2013.

GLENDON, Mary Ann. *The Women of Roe v. Wade*. Disponível em: <<https://www.firstthings.com/article/2003/06/the-women-of-roe-v-wade>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HOFFER, Charles Peter; HULL, N. E. H.. *Roe v. Wade: the abortions rights controversy in American History*. 2. ed. rev., atual. e aum., Kansas: University Press of Kansas, 2010.

HUGHES, Charles Evans. *Famous quotes*. Disponível em: <https://www.brainyquote.com/quotes/charles_evans_hughes_402462>. Acesso em: 09 de janeiro de 2018.

INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Abortion legislation in Europe*. Disponível em: <http://www.spdc.pt/files/publicacoes/Pub_AbortionlegislationinEuropeIPPFEN_Feb2009.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2018.

JARAMILLO, Leonardo García. El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, on-line, México, v. 45, n. 133, p. 93-118, jan./abril, 2012. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4735>>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA, 1964.

- KOERNER, Andrei; BARROS DE FREITAS, Lígia. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. São Paulo: Lua Nova, 2013.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Supremo Tribunal Federal deve buscar invisibilidade política*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/observatorio-constitucional-supremo-buscar-invisibilidade-politica#_ftn1>. Acesso em: 26 de março de 2018.
- KIRK, Russell. *A política da prudência*. Trad. Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.
- LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces*. Trad. Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos, 2010.
- LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. Trad. Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 4. ed. Trad. Eduardo Espín. Barcelona: Ariel, 1986.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000.
- NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: a separação dos poderes made in America. *Revista de Informação Legislativa*. n. 204, p. 139-161, out./dez. 2014.
- MACKINNON, Catharine A. Reflexions on sex equality under law. *Yale Law Journal*, Yale, v. 100, n. 5, 1991. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/796693>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.
- MEE JÚNIOR, Charles L. *A história da constituição americana*. Trad. Octávio A. Velho. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993.
- MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 65, p. 979-990, out./dez. 1987. Disponível em: <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED278586.pdf>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2018.
- MENDES, Armindo António Lopes Ribeiro; LOPES, Teresa Maria Geraldés da Cunha. *Sistemas jurídicos comparados: introdução ao direito comparado*. vol. 1. Lisboa: CIJUS/Facultad de Derecho, 2011.
- MENDES, Conrado H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law*. Trad. Cássio Luís Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2010.

MOSELEY, Elizabeth R.; WILKIE, Katharine E. *A constituição americana e o seu criador James Madison*. Trad. Gisela Brigitte Laub. Rio de Janeiro: Biblioteca de Cultura Geral, 1965.

PEGORARO, Lucio. *Estudio introductorio: trasplantes, injertos, diálogos; jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31219.pdf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2017.

PEREIRA, Hipólito da Costa. *Diário de minha viagem para Filadélfia 1798-1799*. Rio de Janeiro: Publicações da Academia Brasileira, 1955.

PERRELL, Paul M. *Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument*. Disponível em: <<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>>. Acesso em: 28 de setembro de 2017.

PIRES, Breno; MOURA, Rafael Moraes. *1ª Turma do Supremo abriu novo precedente ao julgar que não havia crime na prática de aborto realizada durante o primeiro trimestre de gestação*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,judiciario-decide-porque-ha-omissao-do-parlamento-diz-fulx-sobre-aborto,10000092645>>. Acesso em: 06 de março de 2018.

POMED, Luís. Estudio Preliminar. In.: LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces*. Trad. Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos, 2010.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins, 2009.

POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. 2. ed. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1976.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

_____. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

_____. *Direito e política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury v. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago., 2015.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr./jun., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

_____. *Youtube*. 03 nov. 2013. 1min43s. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FRRJoJpuZP4>>. Acesso em: 01 de março de 2018.

SCOCUGLIA, Livia. *Turma do STF vota para descriminalizar o aborto até 3º mês*. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/1a-turma-stf-vota-para-descriminalizar-aborto-ate-3o-mes-29112016>>. Acesso em: 01 de março de 2018.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. 4. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIQUEIRA, Carol. *Depois de decisão do STF sobre o aborto, Maia cria comissão para discutir o tema*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/520372-DEPOIS-DE-DECISAO-DO-STF-SOBRE-ABORTO,-MAIA-CRIA-COMISSAO-PARA-DISCUtir-TEMA.html>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2218, jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 8 de março de 2018.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, ago., 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

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

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

_____. *E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinio-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 8 de março de 2018.

_____. *O Supremo não é guardião da moral da nação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 8 de março de 2018.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Trad. Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adpf. n. 442/RJ. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 6 de março de 2016.

_____. Adi. n. 3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 28 de maio de 2018.

_____. Hc. n. 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2018.

_____. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2018.

_____. *Doe v. Bolton*, 410, U.S. 179 (1973). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/179>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

_____. *Griswold v. Connecticut*, 381, U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

_____. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

_____. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2018.

_____. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/490/case.html>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2018.

_____. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/case.html>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2018.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Trad. Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1977.

TRINDADE, André Karam. *Quem devem ser os guardiões da Constituição?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-08/diario-classe-quem-guardioes-constituicao>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

TUSHNET, Mark. The optimist's tale. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 132, n. 15, 1984. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol132/iss5/15/>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

UNITED NATIONS. *World Abortion Policies 2011*. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. O Judicial Review e as Condições da Democracia. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A essência da oposição ao judicial review. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WESTIN, Alan F. Introdução: Charles Beard e o Grande Debate Nacional sobre os Poderes de Revisão do Judiciário (1790-1961). In.: BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Trad. Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, Carolina do Norte, v. 80, n. 3, jan., 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>>. Acesso: 20 de dezembro de 2017.

WOOD, Gordon S. A democracia e a Constituição. In: GOLDWIN, Robert A.; Robert A.; SCHAMBRA, William A. (coord.). *A Constituição Norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

