



TENSÃO ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO NA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO CASO DO HABEAS CORPUS N. 124.306-RJ

Rodrigo Cerqueira de Miranda¹
Diego Fonseca Marcarenhas²

Resumo: O artigo assinala que há tensão entre Judiciário e Legislativo na aplicação da Justiça Constitucional, diluindo-se com o desenvolvimento da democracia e o respeito à concepção de freios e contrapesos entre os Poderes fundantes do Estado. Iniciativa requer analisar, inicialmente, a Justiça Constitucional Pós-Segunda Guerra, como também o debate entre as escolas procedimentalista e substancialista a partir da decisão do Habeas Corpus n. 124.306-RJ (aborto). O método é de análise jurisprudencial, doutrina e artigos. Conclui-se que para a decisão ter legitimidade democrática necessita ser fundada no direito positivado, fruto de um diálogo advindo da interseção dos diversos atores sociais.

Palavras-Chave: Judiciário; Legislativo; Interpretação; Habeas Corpus n. 124.306-RJ.

TENSION BETWEEN JUDICIARY AND LEGISLATIVE IN THE APPLICATION OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE CASE OF HABEAS CORPUS N. 124.306-RJ

Abstract: It identifies tension between the Judiciary and the Legislative in the application of Constitutional Justice, being diluted with the development of democracy and respect in the conception of checks and balances between the founding Powers of the State. We analyze the Post-Second War Constitutional Court, as well as the debate between the proceduralist and substantiveist schools, based on HC n. 124.306-RJ (abortion). The method is of jurisprudential analysis, doctrine and articles. It is concluded that for the decision to have democratic legitimacy needs to be based on positive law, the result of a dialogue of social actors.

Key-words: Judiciary. Legislative. Interpretation. Habeas Corpus n. 124,306-RJ.

1. Introdução

Parte expressiva das atuais Constituições dos Estados Democráticos possui textos demasiadamente abertos, de expressões inexatas, levando o aplicador do direito a interpretações difusas que alimentam a insegurança jurídica e o atrito entre os poderes, sendo este tipo denominada de “*Constituição formulaica*”¹, devido sua elevada abstração.

¹ Pós-graduado em bioética pela Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Defensor Público do Estado do Pará. E-mail: cerqueiramiranda2020@hotmail.com

² Doutorando em Direito Internacional pela UFPA. Mestre em Filosofia do Direito pela UFPA. Especialista em Direito Civil. Professor universitário da FACI-WYDEN e Cosmopolita. Advogado. E-mail: diegomask_85@



O problema estabelecido, neste escrito, é de que o espaço de conformação assegurado a cada poder para preenchimento destas normas é alvo de querela e conduz ao debate acerca do papel da Justiça Constitucional, sendo além de um problema de método, um problema funcional.² Isto é, não só *como*, mas com qual profundidade o Judiciário pode ingressar nas deliberações do Legislativo ou suprir-lhes a omissão.

A importância consiste no fato de haver a necessidade de se buscar um “*filtro* aplicável à fundamentação das decisões da jurisdição constitucional”(COUTINHO, 2017), para fins de construção de balizas decisórias mais claras a nortear a Justiça Constitucional, fortalecendo o adequado diálogo entre os poderes e diminuindo os conflitos normativos, vez que as decisões judiciais deverão ser assentadas em parâmetros dispostos pela autoridade normativa e de acordo com a lógica fornecida pela linguagem da ciência jurídica.

A liberdade do juiz é limitada pelo adequado espaço de inserção do Judiciário, dentro do desejo topográfico posto pela autoridade normativa, fruto de um agir comunicativo, que fornece os dados com os quais devem ser prolatadas as decisões e diluídos eventuais conflitos oriundos da aplicação de normas abertas.

É optado, aqui, por falar em normas abertas devido, não raro, as regras estruturalmente se assemelharem a princípios, havendo ainda princípios que são absorvidos como regras (ex: princípio da legalidade). Assim, as normas abertas retratam os espaços de polissemia normativa e são identificadas de acordo com o seu núcleo normativo (regra ou princípio).

Almejamos, nesse viés, avaliar o papel da Justiça Constitucional quando sob sua análise se encontram as normas abertas e o respeito ao espaço de acomodação dos demais poderes. Deverás, a análise inicialmente será da justiça Constitucional Pós-Segunda

¹ Luís Pereira Coutinho. *Formular e Prescerver: a Constituição do Tribunal Constitucional. In: O Tribunal Constitucional e a Crise*. Coord. Gonçalo de Almeida Pereira e Luís Pereira Coutinho. Ed.Almedina, 2017, pág.247.

² Luis Pereira Coutinho. *Antes e depois do Dworkin: a interpretação constitucional como problema funcional*. No prelo: em curso de publicação na obra coletiva *A interpretação jurídica: Um Relance Luso-Brasileiro*, org. José Duarte Nogueira e George Browne.



Guerra, para em momento posterior ser realizado o confronto das escolas substancialistas e procedimental a fim de visualizar o alcance, impacto e limites do Papel do Poder Judiciário na Democracia. Por fim, será acentuado o posicionamento do STF no julgado do Habeas Corpus n. 124.306-RJ, a fim de analisar por meio de caso prático o problema da aplicação justiça constitucional.

O escrito é constituído mediante a abordagem interdisciplinar do conhecimento na interseção entre Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Teoria do Direito, para que seja enfrentado de modo multifacetado o problema da tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo na questão de freios e contrapesos no Estado Democrático de Direito, a partir da perspectiva de Habermas e de Dworkin.

2 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL PÓS-SEGUNDA GUERRA: A ORIGEM DO PROBLEMA

Pós segunda guerra mundial, as Constituições liberais, regentes na maioria dos Estados, fundadas na defesa da liberdade, igualdade, propriedade e limitação dos poderes (LOEWENSTEIN, 1982, p. 151), passam a sofrer forte influência e permeabilidade das ideias de Estado social. Desde então, passaram a habitar as Constituições e os Tratados internacionais³ com mais amplitude e substância, direitos de natureza social, econômica e cultural (KELSEN, 2000, p. 26), os quais deixaram de ser compreendidos como normas secundárias e passaram a conduzir as Constituições como pilares de sustentação.

Essa nova acepção constitucional recheada, em especial, de princípios de conteúdo inexato, veio fornecer ao Judiciário um papel de protagonismo indevido, paulatinamente alargado, acabando por penetrar em escolhas discricionárias e ponderações dos demais poderes. Ao Judiciário cabe dar a última palavra acerca da constitucionalidade dos atos estatais que lhe são postos para manifestação, mas também cabe ao Judiciário uma autolimitação quanto ao respeito ao espaço de conformação dos demais poderes (LOEWENSTEIN, 1982, p. 151).

³ Diversos tratados foram celebrados neste período, fortalecendo um *ius cogens* internacional. Nesse



sentido: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Esta declaração apesar de não ser um tratado influencia a confecção de inúmeros.

O espaço de conformação do Judiciário transbordou, em parte, para a seara política. Vivemos uma radicalização do Judiciário como interveniente nas decisões políticas, justificado por razões obscuras, extraídas de normas abertas.

Nesse diapasão, o exemplo mais corrente é do princípio da dignidade da pessoa humana,⁴ a qual foi fruto de um acordo do desacordo (duplo acordo) (CHUECA, 2016, p. 24). Isto é, houve um acordo quanto a necessidade de constar nos textos constitucionais, mas por não haver acordo quanto ao seu conteúdo, deixou-se para que cada Estado soberano o preenchesse, o que foi e tem sido feito, em diversos momentos, pelo Judiciário (CHUECA, 2015, p. 26).

A Justiça Constitucional ao preencher o conteúdo destas normas, abriu canal para pressões sociais de grupos diversos (sindicatos, políticos, associações, etc.) dando azo para que nas decisões habite(m) conteúdos não jurídicos. A semântica aplicada a estas normas abertas tem sido feita de forma difusa, sem o mínimo de hermetismo necessário ao texto constitucional, ferindo-se a sua função de estabilização das relações sociais. O Judiciário assume vestes de cumpridor das promessas constitucionais (ACKERMAN, 2016, p. 1693-1694), boa parte delas de natureza programática.

Essa postura tem-se verificado nas últimas décadas, principalmente diante de cenários de crise financeira, ocasiões em que o Judiciário (ACKERMAN, 2016, p. 1633-1639) tem adentrado de forma vertical e horizontal nas decisões típicas da Administração e do Legislativo.

Acerca do papel da Justiça Constitucional, constroem-se duas fortes escolas: a substancialista e a procedimentalista, a partir das quais e com a análise de casos concretos, buscaremos compreender o seu papel e, ao fim, ofertar uma leitura crítica.

3 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E AS ESCOLAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA.

As acepções modernas de controle dos atos estatais foram feitas a partir da ideia de *Estado de direito* (*Rechtsstaat*) numa percepção liberal, em aspectos “mais abstractos como Estado da Razão, Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”



(CANOTILHO, 2003, p. 97).

⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem, art.1º “Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (grifo nosso).

Esta concepção de Estado, com o tempo, foi migrando para assunção de uma feição substancialmente democrática, procurando “estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito” (CANOTILHO, 2003, p. 93). Surgem, assim, freios à discricionariedade do poder estatal, e, além disso, incorporam-se outros direitos, em especial os de segunda dimensão dos direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais). As liberdades passam a transbordar da ideia de liberdades negativas para somar-se à ideia de liberdades positivas. Nessa linha de pensamento, a Justiça Constitucional surge com papel proeminente na avaliação das ações e omissões estatais, em especial na defesa de direitos fundamentais requestados na Constituição.

Há quem entenda que o Judiciário pode *e deve* agir para a realização máxima de direitos, até promovendo interpretações com o fito de *corrigir* atos ou omissões dos demais poderes, ainda que oriundos de maioria parlamentar. Defendem que, se a própria Constituição estabelece a existência da Justiça Constitucional como “*reguladora da constitucionalidade*” não há que se discutir sua legitimidade, debate já exaurido quando de sua confecção originária (NOVAIS, 2017, 105).

O fato de as Constituições estarem recheadas de expressões de múltiplos significados, aguça o debate ante a dificuldade de realização da operação de mediação semântica para determinação da norma (ex: dignidade da pessoa humana). Haverá juízos de valor que precisaram ser esmiuçados pelos agentes e órgãos estatais. Aqui surge uma indagação fulcral: o Legislativo ao exercer sua função típica, através de um processo hígido e democrático, realiza o preenchimento valorativo destas normas abertas, as quais poderão ser submetidas à avaliação da Corte Constitucional para que se manifeste acerca da validade das escolhas do legislador, adentrando na discricionariedade dele? Não estamos a falar de eventual aprovação de lei que conflita com a Constituição de forma latejante, mas no preenchimento de normas abertas, indeterminadas. O Legislativo tem como função precípua legislar, ao fazê-lo, por óbvio, faz escolhas que entende mais acertadas, convergentes com os regramentos legais e constitucionais, possui para isso representatividade democrática.

À borda da Justiça Constitucional destacam-se as escolas substancialista e



procedimentalista. Estas suplantam o debate acerca da necessidade de uma Justiça Constitucional (HABERMAS, 1997, p. 298), vez que ambas concebem o Estado como Democrático e de Direito, entregando ao Judiciário a responsabilidade de avaliar a constitucionalidade dos atos estatais. Conflitam, todavia, quanto à necessidade de fornecer um pragmatismo às decisões, como forma de evitar que caminhem para um declive antidemocrático.

Para os substancialistas⁵ a Justiça Constitucional deve exercer um papel *ativista*, consistente na realização de direitos fundamentais, fornecendo máxima otimização dos princípios, em oposição ao que entendem ser uma trivialização de direitos substantivos (STRECK, 2004, p. 177). Cappelletti (2010, p. 160) lembra que as finalidades do Estado Social (*Welfare State*) permanecem válidas, havendo apenas a necessidade de nos atermos aos métodos, os quais devem ser aperfeiçoados para diminuição da burocracia.

Convergem os substancialistas, quanto ao fato do Poder Judiciário dever ter uma *postura* transcendente da concepção clássica de freios e contrapesos, considerando que valores constitucionais são prevaletentes ante textos legislativos, ainda que produzidos por maiorias parlamentares. A Constituição não possui amarras procedimentais na aplicação das leis, assim se resguardaria melhor a soberania popular (STRECK, 2004, p. 180). Defendem que a Justiça deve, necessariamente, ser intervencionista (STRECK, 2004, p. 185), com o fito de cumprir os preceitos sociais e políticos fundamentais. Ou seja, onde o político *fracassar* (Legislativo e Executivo) poderá o Judiciário atuar para a concretização de direitos (STRECK, 2004, p. 186).

Entendem que a Justiça Constitucional deve absorver a Constituição como um dado que é, estipulando a extensão e profundidade com que limita a liberdade do legislador ordinário, reconhecendo que toda norma constitucional possui força normativa e que o juiz constitucional não pode autolimitar-se, cabendo a este cumprir a Constituição (STRECK, 2004, p. 168).

Para os substancialistas a Constituição é um constante construir e fruto de influências diversas, para as quais deve estar *aberta*, tanto no aspecto material quanto processual,⁶ e deve ter ouvidos para todos os atores que possuam relevância social. A Constituição vai muito além de um instrumento de equilíbrio entre os poderes, prestando-se ainda a realização de uma justiça social e política.⁷

⁵ Cf. Bruce Ackerman. *Del Realismo Al Constructivismo Jurídico*. Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1988. Lenio



Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2004.

⁶ “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta” (HÄBERLE, 2002, p. 13).

⁷ “O modelo substancialista (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto

Essa compreensão conduz a um “*super juiz*” constitucional, que não precisará exercer grande força hermenêutica para realizar a justificação de suas decisões de acordo com algum destes princípios.

Dentre os substancialistas, relevante destacar a teoria interpretativa do direito de Ronald Dworkin. Após uma profunda análise do que seja direito,⁸ este aponta erros que entende haver nas teorias semânticas,⁹ em especial no positivismo,¹⁰ analisando as divergências teóricas no direito (DWORKIN, 2014, p. 15) e propondo um caminho para além do simples embate acerca das meras discordâncias verbais e descritivas.

Dworkin propõe a teoria do direito como integridade, compreendendo que a interpretação do direito é criativa (MASCARENHAS; SÁ JUNIOR, 2016, p. 250-268) e regrada, isto é, estimula o juiz a usar dos recursos fornecidos pelos precedentes e pelos princípios na busca do justo, permitindo, assim, o uso da força pelo Estado. Ao mesmo tempo limita os princípios e precedentes, os quais devem ser analisados sob a mesma perspectiva que justificaram a criação da norma.

Propõe, por fim, uma interpretação construtiva, afirmando que a prática do direito é argumentativa e, através de um ponto de vista interno (DWORKIN, 2014, p. 19), deve associar a natureza argumentativa à prática, em busca da melhor resposta via precedentes, como fontes do direito (DWORKIN, 2014, p. 123).

As teorias substancialistas trazem reflexões importantes, principalmente na busca de dar vida às normas constitucionais, as quais não podem ser desprovidas de eficácia, ainda que em grau reduzido.¹¹ Essa eficácia, todavia, não deverá ser analisada de acordo com a ideia de que o Judiciário tem ampla legitimidade na busca de realização de direitos, mas, sim, reconhecendo a necessidade de um marco regulatório que se consubstancia em certo pragmatismo na análise das normas.¹²

de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países pois segunda guerra.” (STRECK, 2004, p. 163)



⁸ “O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nela implícitos”. Ronald Dworkin. *Op.cit.*, pág.122.

⁹ “o positivismo, que insiste em que o direito e a moral são totalmente diferenciados por regras semânticas que todos aceitam para usar a palavra “direito”, e o direito natural que, ao contrário, insiste que eles são unidos por essas regras semânticas” (DWORKIN. 2014, p.122).

¹⁰ “essa é a teoria semântica que sustenta o ponto de vista do direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico.” (DWORKIN, 2014, p. 46).

¹¹ “A eficácia da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita” (DA SILVA, 2007, p. 66).

¹² “fenótipos políticos-organizacionais, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas «associações abertas de Estados nacionais abertos»” (MEDEIROS, 2017, p.281).

A escola procedimentalista, divergindo da substancialista, defende uma Justiça *democratizante e processualista*, afastando-se de uma reflexão moral e da confusão criada entre os espaços políticos e jurídicos, com destaque para Habermas (1997) de Ely (1981).¹³ Habermas destaca que não se trata de mero conflito ideológico estado liberal *versus* estado social, mas de uma politização ou gigantismo do Judiciário após as guerras mundiais (STRECK, 1981, p. 156).

Os procedimentalistas entendem que a Justiça Constitucional deve ser desenvolvida com pragmatismo na busca de garantir a todos acesso ao processo político decisório, respeitando o espaço de conformação de cada um dos poderes. Nos filiamos a este entendimento, na esteira das lições de Jünger Habermas.

Habermas defende o procedimentalismo extraído de uma visão assimétrica da divisão dos poderes, fruto de uma racionalidade descentralizada e de acordo com o caso concreto, na busca de uma força social integradora, tendo o direito como *médium* linguístico para a obtenção da necessária legitimidade das normas, dentro de dois planos de validade, o fático (eficácia social) e o jurídico (aprovado em um processo legislativo discursivo).

A teoria Habermasiana defende a necessidade perene de um agir comunicativo,¹⁴ substituindo a razão prática pela comunicativa (HABERMAS, 1997a, p. 19). A razão prática busca o êxito a partir da avaliação de condições pré-determinadas, enquanto a razão comunicativa defende não haver um personagem singular ou um “macrosujeito sociopolítico” (HABERMAS, 1997a, p. 20) dos quais emanem as decisões estatais mais relevantes. Defende a necessidade de um *médium* linguístico, a partir do qual a ação comunicativa se desenvolve e se estruturam as formas de vida. Ou seja, defende uma racionalidade *descentralizada*, afastada do tradicionalismo das estruturas formais, não havendo “uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer”



(HABERMAS, 1997a, p. 20).

A razão comunicativa se aparta como fonte normativa de agir (dever ser), entende que o “*ter que*” não é prescritivo de determinada ação, possuindo uma coerção fraca, tendo a “validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma

¹³ Cf. John Hart Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Valparaiso University Law Review. V. 15 N.3 págs. 637-665. Disponível: <<https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=vulr>> Acesso em: 04/07/2018.

¹⁴ Jünger Habermas admite que sua teoria pode parecer ter um “germe anárquico”, ao mesmo tempo refuta afirmando que as liberdades devem ser comunicativas como forma de melhor garantir a igualdade e o Estado Democrático de Direito” (HABERMAS, 1997a, p. 11).

constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra” (HABERMAS, 1997a, p. 20). Assim, fortalece-se o estímulo à comunicação dos atores significativos para determinar as regras de vivência em sociedade, sem estipulação de regras concretas, por não se tratar de uma teoria informativa ou prática, busca apenas ser um elo em meio a um turbilhão de diálogos sociais difusos.

Para Habermas o excesso de concretude de outras teorias é boa parte da razão de suas falhas e obstaculiza a conexão entre a autonomia pública e privada, a qual merece interpretação individualizada. Esses diálogos difusos, todavia, devem ter um “momento de elo”, um espaço de interseção, um *topoi* onde encontrem uma linguagem unívoca, e o instrumento principal para esse fito é o Direito usado como *médium* linguístico.

A racionalidade comunicativa rega de luz o diálogo das relações sociais nos seus diversos espaços de interseção, não havendo mais lugar para imposições normativas. As sociedades pós-convencionais, multiculturais, através da razão comunicativa miram no Direito como espaço adequado para a regulamentação de suas ações. Assim, o conflito entre facticidade e validade se dilui, vez que a *coerção fraca do direito se transmuta em forte quando colhida de legitimidade*, de uma auto-regulamentação advinda do diálogo, já que os cidadãos são sempre destinatários e, ao mesmo tempo, autores do direito que os guarnecem. As sociedades já não são supridas pelo direito formal (liberal), sendo este um direito *fraco*, só robustecido após a razão comunicativa (legitimidade e formalismo legislativo).

Para Habermas *o direito positivo é um médium linguístico* que deve ocorrer por meio de influência e cooperação recíproca de atores sociais, dentro de uma lógica pragmática funcional (HABERMAS, 1997a, p. 36). Ultrapassa-se a ideia clássica da autoridade normativa que estipula o direito positivo, em obediência a uma conservadora



tripartição de poderes. Defende, assim, a necessidade de uma nova institucionalização do projeto da separação dos poderes (HABERMAS, 1997b, p. 182), se afasta da ideia estática e investe na dinâmica comunicativa.

Desta citada influência recíproca, surge uma “força social integradora” (HABERMAS, 1997a, p. 47), realizável mediante normas válidas reconhecidas por todos. Habermas, no vestígio de Kant, leciona que a “relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um se manifesta na pretensão de validade do direito” (HABERMAS, 1997a, p. 49). Assim, a norma dependerá de sua validade social para ter capacidade de imposição, prescindindo todo o sistema de eficácia e de uma justificação ética. Habermas absorve as teorias de Kant e Rousseau defendendo a “vontade unida e coincidente de todos os cidadãos livres e iguais” (HABERMAS, 1997a, p. 53).

O Direito obtém sua legitimidade por meio do processo de positivação, conduzindo o juiz a decidir com imparcialidade e dentro das estruturas armadas pelo legislador que, previamente, atuou comunicativamente na construção da norma.

Entende que temos sofrido uma compreensão *reflexiva* da Constituição, como resultado da doutrina jurídica que procura soluções de superação do conflito estado social *versus* estado burguês. Destaca que, a distribuição de direitos não é a distribuição de bens materiais, de proventos, assim haveria uma confusão de bens e direitos, vez que *direitos não são posses*, “os direitos são relações, não coisas; constituem papéis definidos institucionalmente a fim de especificar o que as pessoas podem fazer umas em relação às outras” (HABERMAS, 1997b, p. 160).

Tanto a legislação quanto a jurisdição devem observar o contexto e ter consciência de que não são os únicos interpretes das necessidades sociais (HABERMAS, 1997b, p. 169), sob pena de continuarem sendo guiados por uma “*compreensão paradigmática do direito ultrapassada*” (HABERMAS, 1997b, p. 164), compreensão essa arraigada no direito formal individualista como garantidor da solidariedade social é insustentável (HABERMAS, 1997b, p. 170).

A solução dos problemas de ordem social e econômica não são extraídas apenas da lei ou de um ativismo judicial, devendo ser sacados outros elementos da democracia em que o direito faz parte. A lei ou a decisão judicial devem laborar como garantias de funcionamentos dos espaços públicos, com o intuito de permitir o exercício da liberdade



e dos direitos subjetivos do cidadão livre, racional e autônomo.

Habermas sustenta que o “sistema de direitos obtido pela gênese lógica dos direitos não supera, mas reflete, o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade”.¹⁵ O Direito vai para além da mera subsunção (HABERMAS, 1997a, p. 247), amplia o horizonte para fundamentos suprapositivos (HABERMAS, 1997a, p. 250), permite, assim, que a hermenêutica racionalize a jurisprudência, procurando um lugar em comum para o contexto ético tradicional.¹⁶ Reconhece que “as decisões judiciais do mesmo modo que as leis são “criaturas da história e da moral” (HABERMAS, 1997a, p.

¹⁵ Aylton Barbieri Durão. *A Tensão entre Faticidade e Validade no Direito Segundo Habermas*. Disponível: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/17309/15876>> Acesso: 26/06/2018.

¹⁶ Böckenförde (2000, p. 23), em sentido diverso, defende que: “Todos os princípios essenciais para o Estado de Direito estão incluídos institucionalmente no conceito de lei” (tradução livre).

247). O juiz, ao entregar a prestação jurisdicional, não deve se socorrer apenas de valores já definidos, deve construir sua decisão a partir da razão comunicativa, “daí a ideia de que a função primordial dos tribunais constitucionais é a garantia e a implementação dos procedimentos democráticos. Rompe-se, pois, com uma percepção paternalista e interventiva com relação ao judiciário” (LEAL, 2004, p.55).

A democracia procedimental absorve a sociedade complexa e plural que vivemos, e responde com o estímulo de canais que propiciem legitimidade para as mudanças legislativas necessárias. O Judiciário tem limites estreitos, é um poder não político, fugindo, portanto, ao controle dos canais democráticos e qualquer decisão sua com natureza política, implicará em usurpação de competência.

Para Habermas o Direito positivo deve ser fruto da linguagem para exercer sua função social integradora, de segurança jurídica e estabilidade das relações sociais. A tensão entre facticidade e validade resolvem-se na norma fruto das estruturas lógicas-positivas e do diálogo de auto regulação entre os cidadãos (legitimidade). A linguagem decorrente da interação entre facticidade e validade é tensa e sempre necessária (simbiose), vez que a linguagem é oriunda da cultura e do mundo multicultural que vivemos, estes fornecem a capacidade semântica que será usada pelos cidadãos para diluição dos problemas.

O procedimentalismo do direito habermasiano guia o legislador para a identificação da mobilização do direito (HABERMAS, 1997b, p. 185). Dentro desta mobilização devem ser identificados os *grupos vulneráveis*, que são virtualmente mais



ameaçados, impondo-se atitudes para a inserção deles no processo decisório estatal (MIRANDA, 2017, p. 25). A esfera política não deve ficar dissonante da sociedade civil, é imprescindível evitar a degradação social, sob pena de ocorrer um esgotamento das instituições que compõem a autodeterminação comunicativa (HABERMAS, 1997b, p. 189), levando a ruptura institucional.

Não há pré-concepção hermética do direito, inflexível, ignorando os canais de comunicação entre as instituições. Esse formalismo é decadente, vez que apenas apresenta os instrumentos necessários para que os sujeitos busquem entendimento e o modo de solucioná-los. Identificamos aqui o que Habermas chama de “*núcleo do paradigma procedimentalista*” (HABERMAS, 1997b, p. 186), que é o imperativo de reconhecimento de uma mediação entre a *soberania do povo* institucionalizada e a não institucionalizada, mas identificável na sociedade para que se compreenda a formação do Estado democrático de direito (HABERMAS, 2012, p. 96)¹⁷.

Habermas desenvolve o direito partindo de uma lógica deontológica, imprimindo distinção entre princípios e valores, superando, assim, a ideia axiológica de um compartilhamento éticos de valores entre as pessoas, vez que ignora o multiculturalismo. Chega a um desafio ainda não resolvido, saber como uma “prática de interpretação (que proceda construtivamente) pode operar no âmbito da divisão de Poderes do Estado de Direito, sem que haja transposição do princípio da legalidade e a independência dos poderes, em especial do legislativo.¹⁸

Habermas rejeita a concepção clássica de independência dos poderes, mas também não oferta um modelo palpável e de fácil assimilação. Não pela incapacidade de trazer alternativas, mas pela defesa de alternativas não formalistas, devendo a democracia assentar-se em valores comungados coletivamente, seguindo orientação procedimental de forma a garantir que todos possam emitir opinião acerca das principais decisões políticas, formando-se, assim, uma “nação de cidadãos” (STRECK, 2004, p. 159). De tal modo, a discussão sobre o *grau* de interferência da Justiça Constitucional (ativismo *versus* autolimitação) é de difícil análise em abstrato, cabendo, em verdade, uma análise caso a caso (STRECK, 2004, p. 160), partindo do pressuposto democrático do diálogo entre todos, maiorias e minorias (MIRANDA, 2017, p. 25). Nesse contexto, a escola procedimentalista apresenta recursos *mais fortes* de garantia democrática.

Diante das ponderações até aqui postas, podemos afirmar que os direitos



fundamentais, em especial aqueles de prestação positiva, devem ser respeitados dentro do espaço posto pelo Legislador, que deliberará mediante um agir comunicativo e nos limites da realidade, sempre respeitada a igualdade como um parasita da proporcionalidade.

A doutrina portuguesa tem seguido, em boa medida, essa linha de raciocínio, “estabelecendo o princípio de proporcionalidade na essência dos direitos fundamentais, na proibição geral do arbítrio, no valor da dignidade da pessoa humana e nas ideias de Direito e Justiça” (VICENTE, 2014, p. 23). De tal modo, almeja como princípio geral do Direito afastar-se do arbítrio e, ante sua natural limitação, deve procurar ancora no valor

¹⁷ Alguns defendem que o direito tem migrado dos Estados enquanto sujeitos do processo constitucional para os povos, sendo estes movimentos mais coerentes com as tendências transnacionais de uma forte convergência política dos povos, com destaque para a União Europeia.

¹⁸ “A norma legal terá sempre que ser lida enquadrando-se no sistema jurídico em que se integra e na dialética que daí resulta, porquanto a lei influi naquele sistema, tal como o sistema condiciona o sentido da lei (DAVID, 2017, p.90).

superior da dignidade da pessoa humana (VICENTE, 2014, p. 25), de acordo com as escolhas democráticas advindas do legislador e formuladas mediante exercício comunicativo amplo. Assim, a Justiça Constitucional estará cumprindo seu dever de decidir de acordo com a lei posta (validade) e legitimada (facticidade).

4 ANÁLISE DO ABORTO: DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS N. 124.306-RJ

Após expor o problema funcional da Justiça Constitucional, as principais soluções apresentadas e nossa filiação ao procedimentalismo Habermasiano, passamos a analisar *hard case* do aborto no STF com o fito de confrontar a tese exposta ao caso concreto.

É almejado sopesar a postura das Cortes quando defrontadas com argumentos fulcrados em normas abertas, e ainda verificar se a mediação aplicada a partir da norma virtual, apresenta resultados atinentes com a democracia representativa e o espaço de conformação dos poderes.

No Habeas Corpus n. 124.306-RJ,¹⁹ a segunda turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil, proferiu em 2016 decisão afastando a incidência de dois tipos penais (arts.124 e 126 do Código Penal)²⁰ que criminalizam o aborto.²¹

Entendeu a segunda turma do STF, *de ofício*,²² pela não recepção parcial das



normas mediante interpretação conforme, afastando suas incidências quando a interrupção voluntária da gestação for efetivada no seu primeiro trimestre. Portanto, o fato seria atípico.

O Min. Roberto Barroso, que proferiu o voto vista vencedor, fundamentou sua decisão defendendo que a criminalização era incompatível com os seguintes *direitos fundamentais*: (i) os direitos sexuais e reprodutivos da mulher; (ii) a autonomia da mulher;

¹⁹ Habeas Corpus n. 124.306-RJ. 1ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 19/04/2018.

²⁰ “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento - Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro - Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.”

²¹ Cf. Jünger Habermas. *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho da Eugenia Liberal?* Trad. Maria Benedita Bettencourt. Ed. Almedina, Lisboa, 2006.

²² O objeto do Habeas Corpus era apenas a liberdade dos pacientes, enquanto que a não recepção das normas em questão foi entendida como relevante pela segunda turma do STF por ser “preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP”. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, p. 12.

(iii) a integridade física e psíquica da gestante; (iv) a igualdade da mulher, já que homens não engravidam (Habeas Corpus n. 124.306-RJ, *Op.cit.*, pág.17-20).

Além deste rol de direitos, o Ministro acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres, destacando ainda: (i) que a permissão de abortar não conduz à elevação do número de abortos; (ii) o Estado possui instrumentos mais eficazes e menos lesivos para combater o aborto do que a sua criminalização; (iii) a medida ser desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

A decisão, assim como a doutrina mais corrente, defende que o princípio da proporcionalidade deve visar o equilíbrio e a justiça dos atos estatais, sendo dividido em três subprincípios: (i) *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) *a necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) *a proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida (Habeas Corpus n. 124.306-RJ. *Op.cit.*, pág.15.).

Por fim, o Ministro acosta um rol de países que já admitem a interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses, como sendo um traço de *democracias fortes*.



Em síntese, essa é a sua fundamentação, a qual nos parece partir de pressupostos políticos e sem legitimidade para tratar da matéria versada, vejamos.

É, no mínimo, estranho falar em *não recepção* de duas normas quando a Constituição já tinha quase trinta anos de vigência e durante todo este interregno, as normas foram regularmente aplicadas. É verdade que a Constituição não impõe limites temporais para a declaração de não recepção de uma norma, mas também não pode ser ignorado que ela continuou válida até o advento da decisão de uma turma do STF em sentido contrário. Isto é, a norma foi acolhida pelo novo ordenamento constitucional e aplicada desde 1988, mas repentinamente foi compreendida como não recepcionada por uma Turma do STF, num determinado caso concreto. Aludida decisão flagrantemente desprestigia a segurança jurídica, destacando-se, ainda, que neste interregno o Legislador não ponderou extrair ditas normas do Código Penal.

É importante frisar que a decisão do STF possui apenas efeito para a parte beneficiada pelo Habeas Corpus, assim, qualquer juiz criminal, diante de um caso concreto, pode continuar aplicando a norma, entendendo-a como recepcionada. A decisão questionada almeja apenas produzir efeito *pedagógico* sobre outras decisões, já que desprovida de efeito *erga omnes*.

Para consolidar o argumento da não recepção, o Min. Barroso saca a incidência do princípio da proporcionalidade como razoabilidade substantiva, analisando sob um prisma político os subprincípios da *adequação*²³, da *necessidade*²⁴ e da *proporcionalidade em sentido estrito*.²⁵ Em momento algum questiona se o Judiciário estaria ingressando em espaço típico do Legislador. Restringiu-se às razões políticas,²⁶ na discussão da autonomia da mulher,²⁷ direito a sua integridade física e psíquica²⁸ ou discriminação social,²⁹ sob viés nitidamente fora da ciência jurídica.

O elenco de países que legalizaram o aborto nos três primeiros meses de gestação, transparecendo democracias a serem seguidas, é *argumento não jurídico*, dado que a recepção ou não de uma norma deve ser feita de acordo com o ordenamento pátrio, não cabendo uma ordem alienígena como fundamento e, ainda que fosse possível, o Ministro não observou que estes países legalizaram o aborto por *ato do Legislador e não por decisão judicial* (PIRRALHA, 2007, p.72).

Ao Legislativo cabe inovar o universo normativo. O poder constituinte originário ao inserir a dignidade da pessoa humana na Constituição como fundamento da República,



não estava a conferir “uma carta branca” ao Judiciário, a ser preenchida de forma arbitrária.

²³ “É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes às aquelas encontradas nos países em que ele é ilegal” Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.22.

²⁴ “Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida”. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.24.

²⁵ “criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade”. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.26.

²⁶ “O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza”. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.16

²⁷ “Como pode o Estado (...) impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?” Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.17.

²⁸ Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.18.

²⁹ “Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos”. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág.20.

Afinal, qual o critério adotado para que se “libere” o aborto nos três primeiros meses? O Ministro diz apenas que outros países assim adotam; que nessa fase de desenvolvimento o feto ainda não possui sentimentos e racionalidade;³⁰ e deve-se respeitar a autonomia da mulher. Esse debate transborda em demasia as paredes da juridicidade, com a inserção da dogmática de outras ciências à decisão judicial, enquanto que a arena própria para esta querela é o Legislativo, porque, após a criação da norma, produzida mediante o desenvolvimento de uma razão comunicativa, ao Judiciário caberá aplicar o disposto nela, na esteira da democracia procedimentalista.

Enquanto o STF não proferir uma decisão com efeito *erga omnes*, continuam sendo prolatadas decisões acolhendo a norma como recepcionada e outras como não recepcionada. A insegurança jurídica ganha raízes e alimenta o conflito entre os poderes.

A decisão do Turma do STF usou um caminho mais “fácil” para açambarcar a tese pretendida, principalmente diante de acirrado debate acerca do tema no Congresso brasileiro, com inúmeros projetos legislativos em tramitação,³¹ revelando-se a decisão em uma usurpação de competência.

É verdade que as Constituições não podem ser fossilizadas e nem axiologicamente



neutras (OTERO, 2010, p. 22), devem possuir uma identidade resultante de uma construção dogmática, com o fim de garantir os valores que carrega. Todavia, não cabe ao Judiciário, ante eventuais *colisões axiológicas* (OTERO, 2010, p. 25), a exclusividade de revelar a identidade constitucional. Essa “*revelação*” cabe aos três poderes dentro do âmbito de competência típica de cada um, devendo a produção normativa ser realizada apenas pelo Legislador, fruto de uma racionalidade comunicativa desenvolvida em maior amplitude possível.

Além de uma interpretação politizada da Constituição, pretende a decisão em tela provocar uma inovação no ordenamento jurídico de forma obliqua,³² vez que não aprovada pelo escrutínio do Legislador. A decisão desprovida de efeito *erga omnes*,

³⁰ “Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado”. Habeas Corpus n. 124.306-RJ, pág. 27.

³¹ Cf. Rogério Barros Sganzerla. Aborto e o Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo. <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/501-2263-2-pb.pdf>> Acesso: 26/06/2018. Maria Isabel Baltar da Rocha. Disponível: <[file:///C:/Users/Defensor\(a\)/Downloads/16809-51817-1-PB.PDF](file:///C:/Users/Defensor(a)/Downloads/16809-51817-1-PB.PDF)> Acesso em: 26/06/2018.

³² “Tal *jurisprudência de valores* levanta realmente o problema da legitimidade que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática da decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma **legislação concorrente**.” (grifo do autor) (HABERMAS, 1997a, p.320).

produz apenas efeito pedagógico sobre as decisões, e provoca insegurança e uma balburdia jurídica (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 309), podendo réus serem condenados ou absolvidos, acerca de fatos análogos a depender da convicção do juiz.

Não havendo argumentos eminentemente jurídicos para acolher a tese de não recepção da norma, cabe ao Judiciário, no máximo, remeter a matéria ao Legislador, não para fins de análise do caso concreto, mas para que aprecie eventual necessidade de alteração da lei penal (BOBBIO, 1982, p. 113-114), com a oitiva de todos os sujeitos políticos envolvidos.

A ausência de autolimitação do Judiciário leva a um exacerbo de sua legitimidade e questionamento de atitudes antidemocráticas, por violação de princípio da democracia representativa.

Aceitar que a Justiça Constitucional adentre no preenchimento de normas abertas e lhe dite seu conteúdo de forma horizontal e vertical, levará a uma elevação das pressões políticas que o Judiciário sofre, principalmente nos casos difíceis, vez que sempre haverá inúmeras pressões sociais para a defesa de direitos pretendidos. Ao invés de adotarmos a opção legislativa que é mais apaziguadora, devido gerar uma única solução para todos,



judicializamos diversas demandas da vida para que o Judiciário diga *que* direitos temos, não sendo rara a emissão de respostas contraditórias.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui elevada capacidade polissêmica, sendo capaz de ser artifício de sustentação de teses opostas. No caso do crime de aborto, após o debate construtivo e comunicativo, deverá ser acolhida a decisão soberana do Legislativo, e não interpretações difusas constantes em decisões judiciais discrepantes.

O direito sempre possuirá “áreas de penumbra” devido não ser capaz de normatizar previamente todos os fatos da vida, mas quando a Justiça Constitucional avoca legitimidade para “preencher” a Constituição *corrigindo* o Legislador, essa “penumbra” sofre uma ampliação injustificada. Nesse desiderato, é relevante a lembrança do debate entre Fuller e Hart³³ sobre o caso hipotético da “*proibição de entrada de veículos no parque*”, no qual Hart almejava elucidar os realistas sobre as indeterminações das regras, expondo que sempre haverá espaços de penumbra (“*hard cases*”), por mais claras que sejam as regras. Por outro lado, Fuller entendia que sempre se deve procurar um resultado

³³ Frederick Schauer. “A Critical Guide To Vehicles in The Park”. Disponível: <file:///C:/Users/Defensor(a)/Downloads/NYULawReview-83-4-Schauer.pdf> Acesso em: 02/06/2018.

razoável e justo, abrindo um enorme espaço de interpretação para o juiz, ante uma subjetividade acentuada.

Do debate entre Hart e Fuller conclui-se que os espaços de “penumbra” são inevitáveis, conclusão igualmente compartilhada por Habermas, a partir do qual podemos verificar que a solução mais segura é a ofertada pelo direito fruto de um agir comunicativo,³⁴ que analisará caso a caso. A decisão requestada legislou via decisão judicial, conduzindo a democracia para um caminho pernicioso e preocupante.

O campo adequado para este debate acerca da legalização do aborto é o Legislativo, onde o *médium* linguístico pode se desenvolver em toda a sua plenitude, decidindo após um debate plural, discursivo com todos os atores sociais que possuam interesse na solução que será emitida, analisando as diversas visões de mundo e não uma ordem concreta de valores pré-concebida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS



Ponto de análise teórico se debruça com mais segurança na confrontação com casos emblemáticos selecionados e o papel da Justiça Constitucional, principalmente a profundidade sobre a qual se deve analisar as matérias que lhe são submetidas.

Após a análise teórica e prática, parece de fácil constatação que uma Justiça Constitucional descomedidamente concretizante de direitos, pode parecer à superfície interessante e agradável aos olhos da população, mas, ao fundo, causa desarmonia na democracia, com decisões de arbitrariedade injustificada e insegurança jurídica.

É perceptível a crise institucionalizada entre os três poderes que se encontra materializada sobretudo na Justiça Constitucional, tendo em vista que é apresentado ao magistrado mediante ao fenômeno do ativismo judicial diversas formas de solucionar questões candentes de interesse social. Sendo assim, se torna necessário tomar conhecimento que no ato de interpretar há o enfretamento da textura aberta da norma jurídica e que o interprete participa neste processo hermenêutico para extrair sentidos da norma constitucional.

³⁴ Nem Fuller nem Hart defendem a teoria da razão comunicativa, sendo o artigo citado apenas como importante contributo ao debate em questão.

Os Direitos Humanos são complexos por serem constituídos por diversos ponto de vista ou de sentidos ambivalentes na base de sua compreensão; e, em razão disto é que há a necessidade do Judiciário respeitar as deliberações ou remeter para o espaço de debate adequado temas controvertidos como o aborto.

Acreditamos que as alternativas ofertadas por Habermas, sejam as mais assentes com o estado moderno, em que os poderes já não devem ser exercidos dentro do formalismo tradicional, mas fruto de uma razão comunicativa, que quando da produção normativa deve ser exercida intensamente no âmbito do Legislativo, cabendo ao Judiciário agir procedimentalmente e em respeito as deliberações democraticamente oriundas de quem possui legitimidade democrática.

O Poder legislativo tem legitimidade democrática porque os seus representantes são eleitos e, portanto, controlados periodicamente pelo povo. Representa os anseios democráticos e a vontade popular, em contrapartida o Poder Judiciário não é eleito o que implica em afirmar que a sociedade não tem controle em torno do perfil político do



magistrado.

O tema do aborto é assunto pertinente da esfera da política por envolver controvérsias de ordem social e moral. O Judiciário, ao preferir decisões pode ouvir setores estratégicos da sociedade, meio de *amicus curia*, tais como: ONGS, grupos religiosos, cientistas e dentre outros. Outro canal democrático para dirimir o assunto assuntos controversos é o instituto do referendo.

Decisão como o aborto necessita ter a participação da sociedade civil, para que seja publicamente contraposto a perspectiva do feminismo que se posiciona a favor do aborto em nome do Direito de reprodução e da autonomia do corpo da mulher e, por outro lado, os contrários, dentre eles, algumas religiões que manifesta posicionamento contrário a prática do aborto por seguir o entendimento contemplado do Direito Natural, onde a vida é um bem absoluto que não pode ser relativizado.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. *La Nueva División de Poderes* (Colec. Política y Derecho) (Edição Espanhola) (Locais do Kindle 1693-1694). Fundo de Cultura Econômica. Edição do Kindle, 2016.

_____. *Del Realismo Al Constructivismo Jurídico*. Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. 6ª ed. Ed. UNB, Brasília, 1982.

BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho e la democracia*. Ed. Trota, Madrid, 2000.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Ed. Almedina, Lisboa, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Junior, Vol. II, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2010.

CHUECA, Ricardo. *La Marginalidad Jurídica de La Dignidad Humana*. Ricardo Chueca (Director). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Plaza de La Marina Espanhola. Ed. Dagaz. Madrid, 2015.

COUTINHO, Luís Pereira. *Formular e Prescerver: a Constituição do Tribunal Constitucional*. In: *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Coord. Gonçalo de Almeida Pereira e Luís Pereira Coutinho. Ed. Almedina, 2017.

_____. *Antes e depois do Dworkin: a interpretação constitucional como problema funcional*. No prelo: em curso de publicação na obra coletiva *A interpretação jurídica*:





Um Relance Luso-Brasileiro, org. José Duarte Nogueira e George Browne.
_____. *Jurisdição constitucional e justificação pública*. No prelo: em curso de
publicação na obra coletiva *Atas das I e II Jornadas de Metodologia Jurídica*. Org. José
Lamego.

DAVID, Sofia. *A Actividade Jurisprudencial: Apreciações a Propósito do Pensamento
de Dworkin e da sua Conceção do Direito Como Conceito Interpretativo*. In: *Themis-
Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano XVIII, n.32*, Ed. Almedina, Lisboa, 2017.

DURÃO, Aylton Barbieri. *A Tensão entre Faticidade e Validade no Direito Segundo
Habermas*. Disponível:
<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/17309/15876>> Acesso:
26/06/2018.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ªed.
Ed.Martins Fontes, São Paulo, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. *Dworkin X Habermas, uma Discussão acerca da
Legitimidade da Jurisdição Constitucional entre Substancialismo e Procedimentalismo:
Novas Prespectivas*. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Bel
Horizonte, ano 4, n.17, p,1-255, jul/set/2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte.
Ed.Ariel, Barcelona, 1982.

HABERMAS, Jünger. *Um Ensaio Sobre a Constituição Europeia*. Ed.70. Lisboa, 2012.
_____. *Teoria Política*. Vol.IV. Ed.70, Lisboa, 2015.
_____. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Trad.Flávio Beno
Siebeneichler. Vol. I. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997a.
_____. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Trad.Flávio Beno
Siebeneichler. Vol. II. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997b.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta de intérpretes da
Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da
Constituição*. Trad.Gilmar Mendes, Ed.Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2002.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ªed. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2000.

MASCARENHAS, Diego Fonseca e SÁ JÚNIOR Adalberto Fernandes,. *Precedente
Judicial como Princípio e a Liberdade de Expressão na Decisão da ADPF 130*. Revista
de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, Brasília, v.2, n.1, pág.250-268, Jan/Jun.2016.

MEDEIROS, Rui. *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a
Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*.
In: *O Tribunal Constitucional e a Crise* (Gonçalo de Almeida Pereira e Luís Pereira
Coutinho coords). Ed.Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Democracia e Constituição*. In: *O Direito*. Ano 149º, 2017, I. Diretor:
Jorge Miranda. Almedina, Lisboa.



PIRRALHA, André Barra Gomes. *Os “Movimentos de Cidadãos”, organização e ativismo no referendo do aborto de 1988*. II Curso de Mestrado em Política Comparada: cidadania e instituições políticas. Obra inédita. Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 2007.

SCHAUER, Frederick. “*A Critical Guide To Vehicles in The Park*”. Disponível: <Disponível: file:///C:/Users/Defensor(a)/Downloads/NYULawReview-83-4-Schauer.pdf> Acesso em 02/06/2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma Nova Crítica do Direito*. 2º ed. Ed.Forense. Rio de Janeiro, 2004.

VICENTE, Laura Nunes. *O Princípio da Proporcionalidade, Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*. Disponível: <https://www.ij.f.d.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf> Acesso em: 20/06/2018.