

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-431-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. História do federalismo e liberdades raciais, liberdade de expressão e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

**O DIREITO AO ABORTO SEGURO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
DA POSTURA DO STF ÀS POSSIBILIDADES A PARTIR DO
CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**

**THE RIGHT TO A SAFE ABORTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT TO PUBLIC
HEALTH: FROM STF'S STANCE TO THE GUARANTEEIST
CONSTITUTIONALISM'S POSSIBILITIES**

Lucas Bortolini Kuhn ¹
Sérgio Urquhart de Cademartori ²

Resumo

O artigo aborda o tratamento jurídico do aborto no ordenamento brasileiro e o tratamento conferido ao tema em julgado recente, o Habeas Corpus 124.306/RJ. A partir da discussão do julgado e de seu pressuposto teórico, o constitucionalismo discursivo de Robert Alexy, o artigo visa traçar uma leitura alternativa a partir do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, defendendo não apenas a inconstitucionalidade da tipificação, mas a necessidade de políticas públicas de acesso a um aborto seguro e gratuito.

Palavras-chave: Aborto, Constitucionalismo garantista, Constitucionalismo discursivo, Jurisdição constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The article addresses the legal treatment of abortion in the Brazilian legal system and the treatment given to the topic in a recent ruling, Habeas Corpus 124.306/RJ. From the discussion of the ruling and its theoretical presupposition, the discursive constitutionalism of Robert Alexy, the article aims to outline an alternative reading based on Luigi Ferrajoli's guaranteeist constitutionalism, defending not only the unconstitutionality of the typification, but the need for public policies of access to a safe and free abortion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Guaranteeist constitutionalism, Discursive constitutionalism, Constitutional jurisdiction

¹ Mestre e Doutorando em Direito e Sociedade pela UNILASALLE. Bolsista CAPES/PROSUC. Membro do Grupo de Pesquisa Garantismo e Constitucionalismo Popular.

² Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Professor permanente do PPG em Direito da UNILASALLE e Consultor ad hoc da CAPES e do PPG em Direito da UNIFG.

1 INTRODUÇÃO

A atividade do Supremo Tribunal Federal, como topo de um dos três poderes do Estado brasileiro, está cada vez mais em evidência. Chamado à solução de questões constitucionais, e, portanto, relevantes e complexas, encontra-se também cercado de expectativas sociais, sacadas dos demais poderes e depositadas no Judiciário, pela aparência de que este é o único não eivado de corrupções oriundas da política, atividade tida por inerentemente delinquencial na narrativa midiática cada vez mais consolidada.

Deposita-se, portanto, no STF a expectativa de solução de diversas questões sociais ligadas a direitos que não tiveram solução satisfatória na política representativa. Independentemente de tratarem-se de pautas de costumes, de pautas de política econômica, de conflitos fundiários ou até mesmo de demarcação de territórios indígenas, a via elencada cada vez mais é a jurisdicional, diante da inércia de uma política representativa cada vez menos atenta aos estímulos, anseios e críticas de um ambiente democrático.

E isto pode ser tanto verdade para grupos de elevado poder econômico, com acessos privilegiados e influência suficientes para enxergar na Justiça uma vitória segura e definitiva, quanto para grupos excluídos, que não conseguem atingir determinados objetivos ainda que amparados por argumentos coerentes com direitos e garantias fundamentais, parecendo o judiciário talvez a única instituição apta a ouvi-los – por obrigação constitucional.

O objetivo do presente artigo é trabalhar a temática da jurisdição constitucional e seus limites a partir do Habeas Corpus 124.306/RJ, que trata de médicos presos em virtude da tipificação dos Artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, que criminalizam a prática voluntária do aborto. O julgamento apresenta uma discussão relevante sobre o modelo neoconstitucionalista de Robert Alexy, utilizado na discussão dos votos que formaram a maioria.

A interrupção voluntária deve ser alvo de julgamento em plenário pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 442, de autoria do partido Socialismo e Liberdade, que questiona a inconstitucionalidade da interpretação dos Artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, na aplicação em relação ao aborto como ato voluntário praticado por mulher que, conscientemente, decida pela interrupção de sua gestação, o que torna relevante a discussão dos posicionamentos deste julgamento, onde se formou maioria pela interpretação conforme dos dispositivos, a partir do constitucionalismo discursivo de Alexy.

O presente estudo, de caráter crítico, é preliminar. Fenomenologicamente, visa abordar a discussão nos votos proferidos, e, em especial para uma reflexão sobre as raízes

teóricas da fundamentação adotada, calcada no constitucionalismo discursivo de Robert Alexy, muito prestigiado no Supremo Tribunal Federal. Ainda, visa a trazer uma leitura alternativa, fundamentada no constitucionalismo garantista, bem como uma crítica dos fundamentos decisórios – tidos, nesta matriz adotada, como *argumentos* – e dos desdobramentos possíveis de um julgamento em controle de constitucionalidade concentrado desta questão.

2 O PROCESSO E O VOTO

Edmilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira tornaram-se réus, denunciados pelo Ministério Público, pela prática dos delitos de “aborto com o consentimento da gestante” e “formação de quadrilha”, pela prática dar-se mediante a associação de várias pessoas, que manteriam uma clínica clandestina. Ambos, presos em flagrante, em 2014, são médicos. Tiveram a liberdade provisória concedida, mas depois foram presos preventivamente por decreto do Tribunal de Justiça, após recurso da liberdade provisória concedida, e tiveram a prisão preventiva mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

A discussão, então, chegou ao Supremo Tribunal Federal na forma de um Habeas Corpus, de número 124.306/RJ, cuja relatoria foi do Ministro Marco Aurélio Mello. Debateram, os ministros, dentro do real escopo do instrumento, que era a legalidade ou não da segregação cautelar dos acusados: o cumprimento dos requisitos dos Artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.¹

Portanto, foi delimitado o âmbito da discussão à interpretação, justamente, dos requisitos do Art. 312 do Código Processual, libertos os réus já liminarmente, pela decisão do Ministro Marco Aurélio, relator do caso (BRASIL, 2016, p. 3). Com a aparente tranquilidade regular, o Habeas Corpus impetrado aparentava ter o encaminhamento de praxe institucional,

¹ Veja-se: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” (BRASIL, 1941)

com o Relator concentrando as atividades decisórias e os demais ministros seguindo o entendimento.

Até, entretanto, o voto-vista do Ministro Luis Roberto Barroso, que adentrou em tópico outro que a discussão delimitada, e de forma oficiosa, em voto com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. *A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.* 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL, 2016, p. 1-2, grifos acrescentados)

De todos os pontos constantes na ementa, ainda que o terceiro seja o primeiro a ampliar a discussão do HC impetrado, percebe-se que o esforço central teórico se encontra no item sexto, grifado. Inobstante a relevância política e histórica dos argumentos lançados, é

nesse item que há o maior esforço teórico para fundamentação do voto, que entende pela inconstitucionalidade dos dispositivos que tipificam a prática do aborto voluntário, *até o terceiro mês de gestação*.

E isto porque, nos itens anteriores, Barroso discorre sobre os direitos reprodutivos da mulher, entendendo-os como fundamentais, para então, no sexto item, *encerrar* a argumentação ao afirmar que há violação ao princípio da proporcionalidade, fundando-se na Teoria da Argumentação de Robert Alexy (BRASIL, 2016, p. 7), que é o ponto central da análise que aqui pretende-se iniciar.

3 O CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO

Em termos de procedimento, cabe primeiro delinear em termos sintéticos a proposta teórica do autor, para então passar a analisar a argumentação lançada pelo Ministro em seu voto-vista que foi acompanhado por Rosa Weber, formando maioria e assentando a inconstitucionalidade em controle difuso, e por fim, tentar lançar novas luzes que escapam ao enfrentamento midiático e político ao redor desta temática.

3.1 Alexy e a pretensão de justiça

Robert Alexy expressa uma concepção constitucionalista de Direito com contornos muito particulares. Não há como inserir o seu pensamento em uma tradição específica, como se pode fazer entre Ferrajoli e Bobbio, por exemplo. Até porque o seu ponto de partida é explicar, primeiramente, o comportamento do Tribunal Constitucional Alemão. Depois, então, erige uma ideia de constitucionalismo discursivo, que define como a “institucionalização da razão” (ALEXY, 2015, p. 9).

Essa institucionalização passa, primeiramente, por um conceito de direito não positivista, que

[...] acrescenta a essa dimensão real ou fática [do positivismo] a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. (ALEXY, 2015, p. 9)

Nisto, então, o seu conceito de Direito acaba por balancear tanto a ordem – e neste sentido, inclui-se o direito positivo – quanto a correção do conteúdo, como diz Alexy (2015, p. 31), não podendo, entretanto, como fala Moraes (2013, f. 36), subestimar o papel da positivação, já que se trata antes de mais nada de uma tradição de *civil law*. É a partir da positivação que Alexy se volta à atuação do Tribunal Constitucional Alemão, e então, à forma como o mesmo Tribunal reduziu certas aberturas e imprecisões contidas no texto constitucional acerca dos Direitos Fundamentais, possibilitando a aplicação dos mesmos (MORAIS, 2013, f. 36).

A proposta argumentativa de Alexy preocupa-se primordialmente com as antinomias, comumente referidas como colisões. Na solução paleojuspositivista às antinomias os critérios seriam apenas de hierarquia, especialidade ou ordem cronológica. Nenhum critério suficiente, entretanto, para pensar Direitos Fundamentais, cuja hierarquia formal é idêntica, ordem cronológica também, e a especialidade é de difícil definição.

A saída de Robert Alexy, então, é o princípio da proporcionalidade.

3.2 O princípio da proporcionalidade

Sublinhe-se, primeiramente, o traço distintivo entre duas posturas constitucionalistas: a distinção forte entre regras e princípios que se afirma nas posturas principialistas ou argumentativas contraposta à distinção fraca ou de grau postulada pelo constitucionalismo garantista ou positivista crítico (FERRAJOLI, 2012, p. 17). A proposta teórica de Alexy é assentada justamente na distinção entre princípios e regras:

Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-primafacie. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como “mandamentos de otimização”. (ALEXY, 2015, p. 37)

Daí que, afirma Alexy (2015, p. 37), princípios exigem mais do que o possível, e colidem. E, então, sua forma de aplicação é a ponderação, ou seja, o princípio da proporcionalidade, apta a resolver os litígios sobre normas que possuam a estrutura de

princípio (ALEXY, 2015, p. 64) – dentre os quais, podem estar situados Direitos Fundamentais, já que se inserem na lógica de satisfação gradativa, e não na binariedade aplicação/não aplicação que se refere às regras.

Na estrutura de mandamentos de otimização, com as quais o constitucionalismo discursivo trata princípios, a consequência lógica é que os mandamentos se entrecruzam e sobrepõem, ocorrendo as chamadas colisões. A dinâmica de resolução da proporcionalidade, pela via da argumentação, então, é a de ponderar os pesos dos princípios colidentes, e, então, encontrar o prevalecente².

A ponderação, ou princípio da proporcionalidade, é a solução proposta por Robert Alexy (2015, p. 39) quando lei, precedente e doutrina não determinam respostas sólidas a um caso concreto, contra as quais não se possam erigir quaisquer dúvidas sobre o conteúdo. Nesta, resolve-se a questão notando-se os princípios que estão em jogo, aplicando o princípio da proporcionalidade, e então, a partir dela, extraíndo-se uma regra que se aplica, então, subsuntivamente. É formada primordialmente por três fases: a) a adequação; b) a necessidade; c) a proporcionalidade em sentido estrito, com a utilização da fórmula-peso.

3.3 União entre Direito e Moral e a pretensão de correção no HC 124.306

Na pretensão de correção, como já visto anteriormente, reside a conexão entre Direito e Moral que se manifesta na vertente constitucionalista de Alexy. Entende-se que, em se tratando de normas com estrutura de *mandamentos de otimização*, não há possibilidade de satisfação integral, com abertura interpretativa que só pode ser controlada por uma procedimentalização da argumentação, permitindo, portanto, a exposição dos passos argumentativos.

E é o que se denota no próprio voto de Luis Roberto Barroso:

[...] a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito). (BRASIL, 2016, p. 12)

Sendo as duas primeiras etapas da proporcionalidade *requisitos*, para que se possa realizar a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), logo fundamenta-se que não é medida adequada para a proteção da vida do feto, denotando-se que a ilegalidade apenas

² Incidência como precedência condicionada.

impõe a clandestinidade e o risco às praticantes, desproporcional às mais pobres e marginalizadas.

Ainda, o Ministro entende que o *peso concreto* do alegado direito à vida do feto é menor do que o peso da liberdade reprodutiva das mulheres, especialmente até o terceiro mês (BRASIL, 2016, p. 16) onde não há a formação do sistema nervoso central, afirmando-se no precedente da ADPF 54, sobre o aborto de fetos anencéfalos, e elogiando os exemplos de sistemas que utilizam o mesmo marco temporal, especialmente na Europa, mas assentando dito marco temporal como limiar de proteção de ambos os ditos valores em sopesamento:

Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. (BRASIL, 2016, p. 17)

Em se tratando de interesses a serem efetivados de forma *gradual*, quando colidem e são resolvidos mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade busca-se, mediante operação argumentativa, *a máxima satisfação* de cada um dos interesses, com o *menor grau de intervenção* no outro. Entretanto, é latente na fundamentação apresentada no voto que *se trata de discussão de política pública*.

As repetidas menções aos outros países, regimes e sistemas, bem como os fundamentos para estes são argumentos típicos à discricionariedade democrática da atividade legislativa. Ainda sim, são racionais³, cumprindo, portanto, os requisitos argumentativos do procedimento de Robert Alexy. Entretanto, a ponderação efetivada respeita *a função do Poder Judiciário* em um Estado Democrático de Direito? Ou, dito de forma mais direta, não há aqui a violação do princípio da separação de poderes?

Deparando-se com tais problemáticas, não há resposta consolidada dentro do arcabouço do constitucionalismo discursivo, que se restringe a fornecer, principalmente, uma teoria de distinção forte entre princípios e regras, afirmando um método interpretativo apto a lidar com a estrutura dos princípios para casos onde não há regras a serem aplicadas

3 No sentido de racionalidade empregado por Alexy (2015, p. 9) de institucionalização da razão, ou seja, a proporcionalidade como o caminho para orientar a argumentação racional segundo as etapas e critérios apontados e desenvolvidos no constitucionalismo discursivo.

subsuntivamente, para, ao final da ponderação, encontrar o interesse prevalente formando uma regra para o caso concreto, a ser aplicada de forma subsuntiva.

Portanto, o constitucionalismo discursivo se pauta em uma epistemologia argumentativa, para controle racional dos argumentos sobre a aplicação de princípios, compreendendo um Direito conexo à moral e dotado de pretensão de correção moral, onde o papel do julgador passa para além do juiz boca da Lei para invadir ilegitimamente – dado que não representa o poder democrático, como se discute a seguir – o papel do legislador na tomada de opção política.

4 LUIGI FERRAJOLI E O GARANTISMO: JUSPOSITIVISMO E A APLICAÇÃO DA LEI

Se, de um lado, tem-se o constitucionalismo discursivo abordado tanto na teoria de Alexy quanto no voto de Barroso, que constitui a decisão do Habeas Corpus 124.306/RJ, agora passa-se a abordar o constitucionalismo garantista, que pensa o Estado Constitucional a partir da matriz teórica juspositivista – agora crítica, e reinventada –, bem como os direitos fundamentais como um segundo momento constituinte da modernidade jurídica.

4.1 Considerações introdutórias

Luigi Ferrajoli (re)inaugura um juspositivismo com uma perspectiva bem diversa da de Robert Alexy, ainda que ambos se situem em uma tradição de *civil law*. De um lado, um constitucionalismo discursivo de matriz jusnaturalista, onde a preocupação é com o controle racional da argumentação jurídica, onde conecta-se o Direito à pretensão de correção (moral) dos argumentos. De outro, um constitucionalismo garantista de matriz juspositivista, que interpreta direitos fundamentais e princípios como um reforço do positivismo jurídico ao inserir no Direito o seu próprio *dever-ser*.

O juspositivismo, em sua formulação mais originária inaugura a cisão entre direito positivo e direito natural, e afirma-se como corrente filosófica ao identificar, como afirma Bobbio (2006, p. 26), apenas o direito positivo como vigente, vinculante. Noutros termos, a legalidade – e portanto o vínculo entre a norma positiva e a autoridade legítima –, se traduz em critério de identificação do Direito, separando-o da moral.

E é construindo sob esta própria perspectiva, de que o direito equivale à sua normatividade, que Hans Kelsen estabelece uma visão clara da ciência do direito,

especificamente voltada a um objeto: a normatividade do direito positivo. Na Teoria Pura do Direito, a pureza é delineada nos seguintes termos:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1998, p. 1).

Desse ponto, Ferrajoli (1995, p. 544) avança para afirmar que as decisões judiciais devem se ater ao direito positivo, por respeito à legalidade e à estrita submissão dos juízes à Lei, além da separação dos poderes. Para uma democracia *substancial*, a separação não visa a elidir apenas algumas falácias, que poderiam igualar validade e vigência, ou validade e justiça, como lembra Ferrajoli (2012, p. 33), mas configurar *uma autonomia recíproca das duas esferas*:

[...] por un lado, el principio en virtud del cual el derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (esto es, de *una* determinada) moral, sino unicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales; por outro, el principio inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónomo y coercitivo del derecho. (FERRAJOLI, 2006, p. 17)

A *laicidade*, então, do Direito é tida como uma conquista, e que deve pautar a jurisdição, se esta for uma jurisdição *garantista*. Mas, antes de adentrarmos na questão da jurisdição, há que se estabelecer o que é garantismo, e contextualizá-lo como *vertente jusconstitucionalista, Teoria do Direito, e Teoria da Democracia*.

4.2 O garantismo: breve conceituação e contextualização

Numa tentativa de definição, pode-se afirmar inicialmente que há diversos significados para o garantismo. Pode ser descrito, como alude Ferrajoli (1995, p. 851), como um *modelo normativo de Direito*, e, portanto, sempre a ser pensado como *modelo ideal*, ou ainda, *modelo limite*, nunca plenamente realizável. Como modelo normativo de Direito, é descrito como um *modelo cognitivo*, que visa reduzir a violência e maximizar a liberdade, enquanto limita o poder punitivo do Estado.

Ainda, é também uma vertente constitucionalista, que interpreta as constituições que seguem o ocaso da Segunda Guerra Mundial como *um complemento de uma democracia*

constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 23). A positivação de princípios, no constitucionalismo garantista, significa uma

[...] positivação do ‘dever ser’ constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional. Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o ‘quem’ e o ‘como’ da produção normativa a sujeitos politicamente representativos dos governos. Graças ao segundo, foi vinculado o ‘quê’ das normas produzidas à garantia dos seus interesses e necessidades vitais. (FERRAJOLI, 2012, p. 23).

Ferrajoli (2012, p. 24-26) caracteriza então, o garantismo enquanto *modelo de direito*, a partir do reconhecimento dos vínculos que a entrada dos princípios e direitos fundamentais nas constituições rígidas do segundo pós-guerra significam. Ainda, entretanto, o garantismo enquanto *Teoria do Direito*, é juspositivista, mas com *duas relevantes mudanças*: a) primeiramente, o garantismo afirma uma *distinção clara* entre validade e vigência: um direito pode ser vigente, ainda que inválido; b) em decorrência dessa *margem irreduzível de ilegitimidade*, o garantismo *quebra com o caráter acrítico* do paleojuspositivismo:

La teoría jurídica de la divergencia entre validez y vigencia permite identificar los perfiles de efectividad (y de ineffectividad) de los niveles normativos supraordenados, empezando por los constitucionales, respecto a los niveles subordinados, así como los perfiles de validez (y de invalidez) de éstos respecto a aquéllos. (FERRAJOLI, 2011, p. 40).

Para isto, o garantismo vai *afirmar* novamente a separação entre Direito e Moral, como corolário da estrita submissão dos juízes à Lei, o que impede a derivação do Direito a partir de concepções pessoais de justiça, assim como assevera a autonomia crítica do que Ferrajoli (2012, p. 25) refere como ponto de vista externo, reafirmando a democracia assentada, justamente, na separação dos poderes.

4.3 O garantismo e a jurisdição como cognição

A partir deste breve desenho, o garantismo se configura como um *modelo cognitivo de interpretação e aplicação do Direito*. E a aplicação se dá, como reafirma Ferrajoli (1995, p. 45-46), numa tensão entre *poder* e *saber*. A atividade judicial, portanto, deve ser mais cognitiva do que voluntarista. A verdade, na epistemologia garantista, é sempre aproximável e sem quaisquer ilusões absolutas, assim como os espaços discricionários são insuprimíveis. Por

exemplo, podemos pensar nas margens de pena que os diplomas penais atribuem a um tipo penal, que mesmo diante de métodos positivados de dosimetria, não são possíveis de plena predeterminação legislativa.

Entretanto, os problemas epistemológicos acerca da impossibilidade de uma verdade absoluta – tal qual o problema da irreducibilidade completa de margens semânticas de um texto legal – não autorizam um *ceticismo estéril*. Ainda, a entrada de princípios nas constituições rígidas do segundo pós-guerra também não é um convite a um relativismo interpretativo. Ferrajoli (2006, p. 64) reafirma que a indeterminação, devida às margens linguísticas dos textos legais e também dos constitucionais não anula o caráter cognitivo e nem a tarefa dos juízes constitucionais de aplicarem as normas constitucionais. O próprio *dever-ser interno* do Direito serve, como afirma o jusfilósofo, “para promover un lenguaje constitucional más preciso y riguroso” (FERRAJOLI, 2006, p. 64).

Não significa, ainda, negar a problemática dos conflitos entre direitos fundamentais, mas rechaçar a relativização de sua força normativa a partir de um ponto de vista que, ao conectar Direito e Moral, pressupõe princípios como abertura interpretativa, e não como *fechamento*. Entretanto, o garantismo *não é uma Teoria da Decisão*, mas sim *do Direito e da Democracia*.

Por tal sorte, não dá *um caminho interpretativo*, nem fornece uma *fórmula* para resolver lacunas e antinomias: afirma, apenas, *que a positivação de princípios e Direitos Fundamentais impõe que sejam solucionadas*, afirmando, então, à Ciência Jurídica, a crítica tarefa de apontá-las, e aos juízes que, então, procedam em eliminar normas inválidas, ou determinem ao legislativo que sejam supridas as lacunas (FERRAJOLI, 2012, p. 34).

Tais proposições garantistas, como a estrita submissão do juiz à Lei, não possuem um caráter de redução do Juiz ao aspecto de *boca da lei*, mas sim um cuidado que, *mesmo reconhecendo a necessidade de uma teoria argumentativa*, há ainda limites para a interpretação, principalmente em tempos contemporâneos, em que as hostilidades dos demais poderes podem tornar vulnerável a legitimidade democrática do Judiciário, podendo “[...] propiciar um potente argumento em favor de sua investidura política, por meio de eleição, ou pior, a sua colocação de dependente do Poder Executivo.” (FERRAJOLI, 2012, p. 46).

Compreendendo-se, então, a reafirmação da separação dos poderes, bem como a estrita submissão que importa num *caráter cognitivo* da jurisdição – ou seja, o julgador deve *conhecer o possível sobre o que há positivado que regulamenta o caso* – resta então analisar: que solução, abstratamente, o constitucionalismo garantista pode dar à problemática dos tipos criminalizando o aborto voluntário?

5 O ABORTO VOLUNTÁRIO SOB A ÓTICA GARANTISTA: UMA BREVE INCURSÃO

Esta seção se dividirá em dois momentos: um primeiro, breve, contextualizando a temática dentro da teoria dos direitos fundamentais no garantismo, e o segundo momento, onde é traçada uma crítica relevante às questões que concernem a interrupção voluntária da gestação e o direito fundamental à saúde.

5.1 Adentrando o tema

Inicialmente, cumpre afirmar que há dois artigos específicos no Código Penal, tipificando as condutas de prática voluntária da interrupção da gestação, sancionando tanto a gestante que permite ou pratica em si mesma os atos que levam à interrupção (art. 124) quanto o agente que realiza o ato que interrompe a gravidez de outrem (art. 126), ambos na parte especial do Decreto-lei 2.848, de 1940, anterior à Constituição de 1988 (BRASIL, 1940).

Positivado o *dever-ser* jurídico, com a entrada de uma Carta Magna com força normativa e caráter rígido, o constitucionalismo garantista afirma, fundando-se na *distinção entre validade e vigência*, que mesmo normas plenamente vigentes podem ser inválidas quanto ao conteúdo⁴, formando *antinomias estruturais*, que, por obediência ao *dever-ser jurídico* dos princípios e dos direitos fundamentais, devem ser identificadas e apontadas, por inconstitucionais.

Como Teoria do Direito, o garantismo serve à explicação formal do Direito. Isto implica dizer que, tanto ao estabelecer uma tipologia, quanto ao conceituar direitos fundamentais, há uma definição *do que são* tais direitos, e não *quais* são, análise a ser feita em cada ordenamento jurídico pela dogmática (FERRAJOLI, 2011, p. 685-692). Conceituando no âmbito formal, são definidos como “[...] todos aquellos derechos que corresponden universalmente a «todos» en cuanto ‘personas naturales’, en cuanto ‘ciudadanos’, en cuanto

4 Para o juspositivismo tradicional não havia uma distinção clara entre validade e vigência. O direito vigente, aplicado pelos tribunais, era considerado válido, e a distinção não era relevante, já que a possibilidade admitida de anulação de dispositivos – rara, e geralmente por critérios puramente formais – retirava-a do ordenamento tanto em validade quanto em vigência. O que o garantismo faz, ao distinguir os dois discursos, é afirmar o lugar da ciência jurídica crítica: distinguir validade e vigência é dizer que mesmo o direito vigente e aplicado pelos tribunais pode ser inválido, caso seja incoerente com os procedimentos legais de sua produção e com a substância dos princípios e direitos fundamentais que entram no direito positivo a partir do constitucionalismo do segundo pós-Guerra.

personas naturales ‘capaces de obrar’ o en cuanto ‘ciudadanos capaces de obrar’.” (FERRAJOLI, 2011, p. 686).

E cada direito fundamental, portanto, implica um dever da jurisdição em invalidar normas positivadas que atentem contra o conteúdo destes direitos, bem como um dever da legislação em estabelecer as garantias necessárias para a sua efetividade, que é condição de legitimidade do Estado. No caso do aborto, temos uma tipificação da prática que se conecta a inúmeros direitos fundamentais positivados, como se discute a seguir.

5.2 Os direitos fundamentais em discussão e o aborto sob duas perspectivas

Ao lançar olhos aos direitos fundamentais positivados, o caput e alguns dos incisos incidem sobre a matéria:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Nestes incisos elencados, temos direitos fundamentais positivos que incidem sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário. O caput e o primeiro inciso tratam sobre a igualdade entre gêneros, constituindo um apontamento de que há inconstitucionalidade em legislações que apontem para um tratamento desigual, incidindo na discussão sobre a criminalização do aborto. Os incisos sexto e oitavo já discutem a inviolabilidade das pessoas por razões de crença ou religião.

Estas inviolabilidades traduzem a laicidade do Estado, e refletem sobre a secular percepção de que “[...] el derecho no tiene la función de afirmar o de reforzar la (o una concreta) moral sino sólo la de prevenir daños a las personas y garantizar sus derechos fundamentales” (FERRAJOLI, 2011, p. 336). E aqui há um poderoso e relevante argumento sobre a separação entre Direito e Moral em sua acepção de laicidade: o conceito de *pessoa*, aplicado ao embrião, além de afirmar uma concepção *moral* de pessoa sobre outras – já que

não há critério objetivo sobre quando um embrião torna-se *pessoa* e passa a ser titular de direitos – faz esta afirmação utilizando a mulher como *instrumento*.

Se a legalidade é reconhecida como garantia de que não haverão obrigações vinculantes senão as de natureza jurídica – o que importa numa preservação da liberdade moral – tem-se que afirmar que

[...] el problema de la tutela del embrión en cuanto potencial persona sólo puede resolverse, sin que la persona de la mujer sea tratada como cosa o como medio para fines ajenos, admitiendo que el embrión es merecedor de tutela si y sólo si es pensado y querido como persona por la madre. (FERRAJOLI, 2011, p. 334).

A inviolabilidade da vida privada, último dos incisos mencionados, relaciona-se exatamente com esta dinâmica, ainda que haja uma crítica relevante a ser feita sobre a percepção do aborto como prática exclusivamente relacionada à privacidade da mulher em relação ao Estado. Mas, diante destes incisos, a inconstitucionalidade da criminalização da prática voluntária é suficientemente clara: a normatividade constitucional que estabelece como direitos fundamentais a igualdade de gênero, a liberdade filosófica, religiosa e moral, e a legalidade laica, torna inconstitucional a norma dos Artigos 124 e 126 do Código Penal.

Entretanto, a discussão não se encerra aqui. Afirmar a prática da interrupção voluntária da gestação como uma prática não apenas constitucional, mas cuja proibição absoluta é inconstitucional, significa dizer também que há uma segunda perspectiva de direitos fundamentais em relação ao aborto: o direito ao aborto seguro, como garantia do direito fundamental à saúde. Aqui, diferentemente da antinomia da criminalização, temos uma relevante lacuna de política pública para a garantia deste direito social e que precisa ser apontada pela jurisdição como uma *inconstitucionalidade por omissão*.

A perspectiva garantista, em suma, aponta para a inconstitucionalidade da criminalização e também para a inconstitucionalidade da inexistência de políticas públicas de acesso a um aborto seguro e gratuito sem, entretanto, colocar a jurisdição de forma ilegítima no campo da deliberação democrática (FERRAJOLI, 2011, p. 532). No lugar de uma jurisdição criativa e ativista, que delibera sobre critérios mais ou menos preferíveis, uma jurisdição garantista que afirma os direitos fundamentais previstos na Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Duas distintas teorias, para a análise de problema tão controverso e complexo na sociedade brasileira, trazem soluções diversas. De um lado, a decisão do Habeas Corpus 124.306/RJ, pautada pelo voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso, utilizando o constitucionalismo discursivo, com a aplicação do princípio da proporcionalidade – ainda que sem um rigor em relação à fórmula-peso, que não foi utilizada ou não teve, ao menos, o cálculo exposto no voto. De outro lado, um olhar garantista possível, para a iminente discussão do tema pelo plenário da Corte Constitucional brasileira.

Ao olhar tema de tamanha controvérsia, denota-se uma das razões da hegemonia do constitucionalismo discursivo: a *conveniência institucional*. Uma solução garantista, ao primar pela efetividade máxima dos direitos fundamentais que é relativizada já no ponto de partida pela proporcionalidade, acaba tida, muitas vezes, por *extrema*, ao contrário do *meio-termo*, do *razoável*, que se encontra na ponderação.

Extremo, entretanto, é o primado pela separação dos poderes que vem justamente como corolário da democracia: impõe-se ao judiciário a *efetividade*, a *aplicação*, a *interpretação*, das normas. Não a sua confecção. Ao mesmo tempo, entretanto, transbordam nos julgados cada vez mais a preocupação com a imagem institucional, o que demonstra a conveniência de uma teoria constitucional interpretativa que, além de trazer aparência de razoabilidade, permite uma dose não razoável de relativismo interpretativo, ampliando também o escopo das decisões judiciais e fornecendo uma válvula de escape no campo das relações públicas a um Poder em constante questionamento ante a sanha punitivista que, por vezes, encontra no Judiciário um obstáculo secular e racional.

A figura do julgador submisso à Constituição Federal, por certo, também em nada se torna atrativa diante da figura do julgador super-herói que a utiliza para ser a vanguarda iluminista da sociedade. E, por certo, amplamente inconveniente a via garantista que julgaria inconstitucional o tipo que sanciona o aborto voluntário sem a aparência de um meio-termo interpretativo, deliberando um recorte temporal e estabelecendo o critério cuja deliberação caberia à política representativa.

A ilusão de que as soluções convenientes conferem certa legitimidade institucional ao Judiciário é apenas isto: ilusão. Garantir a Constituição e seus vínculos e limites que são condição de possibilidade de uma democracia substancial impõe a atuação *contramajoritária* da jurisdição. Impõe, antes de tudo, uma barreira intransponível de defesa dos direitos fundamentais contra as maiorias transitórias, mesmo quando, *e principalmente quando*, essa atuação for inconveniente.

Ao contrário de uma jurisdição criativa e ativista que subverte a separação dos poderes, o garantismo postula e teoriza uma jurisdição mantenedora dos direitos fundamentais, que são o fundamento e a condição básica de uma democracia substancial, constituída de limites intransponíveis – dentre eles, a impossibilidade de criminalização discriminatória da prática do aborto, e a exigência de políticas públicas de acesso a um aborto seguro e gratuito –, mas que possibilitam a existência de uma comunidade política que pode divergir e construir soluções políticas para os problemas sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 168 p.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>, acesso em 12 ago. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em 15 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Brasília, 29 de novembro de 2016. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>, acesso em 13 jul. 2021, 49 p.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 13 ago. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia**: 1. Teoría del derecho. Trotta: Madrid, 2011. ISBN 978-84-9879-415-1.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L., STRECK, L. L. e TRINDADE, A. K. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

_____. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. 346 f.