

## INTRODUÇÃO

O transconstitucionalismo parte da existência de uma sociedade mundial, a partir da globalização, fortalecendo-se a ideia de que, embora os Estados não possam afastar o direito constitucional clássico, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições (não estatais), mas sim porque os problemas constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, perpassam, simultaneamente, ordens jurídicas diversas, que atuam, entrelaçadamente, na busca de soluções, para a efetivação dos direitos fundamentais.

A teoria transconstitucional desvincula a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico, ou seja, de um conceito associado a um determinado Estado exclusivamente, sendo os problemas normativos ligados a uma dimensão territorialmente delimitada, com o propósito de determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional. Pela teoria, parte-se da ideia, segunda a qual, com o tempo o desenvolvimento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado.

Sob esse olhar, o “diálogo” ou “conversação” constitucional, na formulação de Marcelo Neves (2009, p. 117), constitui-se de uma comunicação transversal que perpassa fronteiras entre ordens jurídicas e sempre terá a tendência do conflito e da disputa. O ideal do transconstitucionalismo é colocar, nessas trocas, uma relação de bilateralidade, em uma verdadeira conversa em que há desconstrução do outro e autodesconstrução que exigem soluções fundadas no entrelaçamento entre ordens jurídicas. Para Neves, essa situação importa “[...] relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado de uma das ordens, uma *‘ultima ratio’* jurídica” (NEVES, 2009, p. 116).

Também, é relevante perceber que, “quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos se submetem ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”. O transconstitucionalismo, portanto, afigura-se como o direito constitucional do futuro, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade.

Portanto, pretende-se, no presente estudo, abordar o conceito e as características do transconstitucionalismo, implicando uma questão que poderá envolver tribunais estatais, na

busca de sua solução, gerando um “diálogo” ou “conversação” entre todos para a melhor resposta frente às adversidades. Ainda, serão apresentados os entrelaçamentos desenvolvidos entre cortes constitucionais e o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de solucionar problemas constitucionais concretos, nos casos de relações de cooperação.

Para tal, procura-se demonstrar o diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas estatais com base no Habeas Corpus 124.306 de 29 de novembro de 2016, que provém da decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastando a prisão preventiva de acusados denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pelo suposto crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha. De acordo o Ministro Luís Roberto Barroso, o aborto não poderia ser criminalizado nos primeiros três meses de gestação. Assim, para a tomada de decisão do Habeas Corpus 124.306, espelhou-se em exemplos de Tribunais Superiores de diversos países, e em especial, no caso *Roe vs. Wade*, julgado pela Suprema Corte americana, que declarou que o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental de a mulher realizar um aborto.

Apresentado o caso sobre a descriminalização do aborto, com base em precedentes de outros países, especialmente dos Estados Unidos, o artigo procurará demonstrar a abertura do Supremo Tribunal Federal a diálogos internacionais, promovendo a inserção da teoria transconstitucional dentro da esfera jurídica brasileira. Assim, não será aprofundado o tema do aborto propriamente dito. O caso será usado a fim de comprovar a abertura do STF ao intercâmbio transconstitucional.

## **1 O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE ORDENS JURÍDICAS**

O diálogo transconstitucional refere-se a formas de comunicação orientada entre ordens jurídicas diversas, notadamente no que se refere aos problemas constitucionais, apontando a comunicações transversais, que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco e intercâmbio, sem que se possa determinar o primado definitivo de uma das ordens.

Sob esse olhar, Neves (2009, p. 117) se utiliza de diálogos ou conversações entre cortes, que podem se desenvolver entre vários níveis. Isto é, entre cortes nacionais, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais. Dita conversação ou comunicações transversais perpassam fronteiras entre ordens jurídicas, não devendo “levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas” (SLAUGHTER, 2003, p. 204). No princípio, toda

conversação entre cortes potencializa a disputa, e a questão é como solucionar esses litígios sem a imposição na relação entre ordens.

Contudo, nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas ocorre em tribunais; há a “incorporação de normas de outra ordem, sem intermediação de diálogos entre tribunais” (NEVES, 2009, p. 118), como ocorre na “relação informal entre legislativo, governos e administrações de diversos países” (SLAUGHTER, 2003, p. 204). Sem dúvida, porém, a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os tribunais e juízes.

A característica especial do transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre diversas ordens, o chamado “transconstitucionalismo jurídico”. No caso da teoria transconstitucional, na lição de Neves (2009, p. 118), “as ordens se interrelacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia”.

E, como se trata de uma conversação constitucional, “não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora” (NEVES, 2009, p. 118). A grande mudança do transconstitucionalismo é “colocar nessas trocas uma relação de bilateralidade, numa verdadeira conversa, em que há desconstrução do outro e autodesconstrução” (SILVEIRA; BAGGIO, 2016, p. 22).

Sob essa perspectiva, o transconstitucionalismo “faz emergir, de um lado, uma fertilização constitucional cruzada” (SLAUGHTER, 2003, p. 193). As cortes constitucionais “citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva, em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas” (SLAUGHTER, 2003, p. 199).

No entendimento de Slaughter (2003, p. 193) “há uma combinação de cooperação ativa e conflito vigoroso entre cortes nacionais envolvidas em litígios transnacionais entre partes privadas além das fronteiras”. Os litígios globais levam, então, “ao surgimento da ‘*comitas* judicial<sup>1</sup>’, que fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos, ao julgamento de juízes por juízes e à negociação judicial” (SLAUGHTER, 2003, p. 204).

Em síntese, a dimensão constitucional manifesta-se mais claramente quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão, ou seja, cortes

---

<sup>1</sup> Slaughter refere-se à *comitas* judicial como “um conceito político e jurídico vulnerável, afirmando que significa o respeito devido às leis e atos de outras nações em virtude da pertinência comum ao sistema internacional, presumindo reconhecimento, que é algo mais do que cortesia, mas menos do que obrigação” (2003, p. 206).

encarregadas de julgar questões jurídicas constitucionais. A esse respeito, impõe-se o questionamento acerca da teoria que aqui cumpre desvincular: a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico, ou seja, de um conceito de Constituição associada exclusivamente a um determinado Estado, sem que daí seja cogente apelar a outras Constituições.

Ora, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais acarretou a necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado-nação. Os problemas de direitos fundamentais ou dos direitos humanos “ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas” (NEVES, 2009, p. 120).

Com efeito, o tratamento desses problemas deixou de ser uma prerrogativa do direito constitucional do Estado, “passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas” (NEVES, 2009, p. 120). A questão do transconstitucionalismo não se relaciona, pois, à “referência inflacionária à existência de uma Constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emerge com pretensão de autonomia” (NEVES, 2009, p. 121), pois o basilar é precisar que os problemas constitucionais se revelam em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções construídas no entrelaçamento entre elas.

Assim, “um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens” (NEVES, 2009, p. 121), o que acarreta cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.

A fragmentação dos “problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso” (NEVES, 2009, p. 122). Determina, pois, um diálogo ou conversação transconstitucional. Neves esclarece que é evidente que o “transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial” (NEVES, 2009, p. 122). Mas ele parece um modelo eficaz para dar e estruturar respostas pertinentes aos problemas constitucionais que surgem, fragmentariamente, no contexto da sociedade mundial contemporânea. Portanto, o que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é

[...] ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais

básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de ‘pontes de transição’ entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens (NEVES, 2009, p. 129).

Logo, para que o transconstitucionalismo se desenvolva de maneira plena, é fundamental que, “nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 129). Certamente, há ordens jurídicas, em especial as estatais, que não se dispõem a colaborar com o transconstitucionalismo, pois ignoram<sup>2</sup> os direitos humanos e direitos fundamentais e assim rejeitam a limitação e o controle jurídico-positivo dos detentores de poder.

Por conseguinte, existem ordens jurídicas que se encontram à margem do transconstitucionalismo, porém, tal consideração “não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens” (NEVES, 2009, p. 130). Notadamente, dito fenômeno dá-se na sociedade mundial assimétrica, mas não chega ao ponto de excluir o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa dessa sociedade.

Nesse particular, cumpre destacar que, embora a sociedade contemporânea seja orientada por expectativas cognitivas, o transconstitucionalismo “parece ser a alternativa mais promissora para a fortificação de sua dimensão normativa” (NEVES, 2009, p. 131). As ordens internacionais, estatais, supranacionais, locais e transnacionais, marcadas como tipos específicos, são incapazes de oferecer, de maneira isolada, respostas complexamente pertinentes para os problemas normativos da sociedade complexa.

Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, “como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais” (NEVES, 2009, p. 131) e, assim, não oferecem, quando considerados isoladamente, soluções pertinentes para os problemas constitucionais da atualidade. O transconstitucionalismo formulado por Neves, abre-se a uma imensa gama de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às

---

<sup>2</sup> Neves esclarece que, internamente, “elas não admitem Constituição em sentido moderno, a serviço de uma racionalidade transversal entre direito e política. Em face dessas ordens, o transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é, nesse caso, assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais a tornam normativamente não recomendável” (2009, p. 130). Outra situação ocorre quando se trata de ordens nativas, que não “dispõem de princípios e regras secundárias de organização e, portanto, não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais” (NEVES, 2009, p. 130).

relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico da sociedade hodierna. O transconstitucionalismo depende de um método que não se espelhe em uma identidade cega.

É fundamental, “no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável à reconstrução permanente da identidade constitucional” (NEVES, 2009, p. 272) por força de uma ideia permanente da alteridade, “a prontidão para a abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos” (NEVES, 2009, p. 272).

Portanto, a metodologia transconstitucional precisa desenvolver-se na busca efetiva de construir pontes de transição que efetivem relacionamentos construtivos entre ordens jurídicas, na forma de articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, atuando como uma ponte de transmissão fundamental na contemporaneidade.

## **2 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: *HABEAS CORPUS* 124.306/2016**

Entre cortes constitucionais de diversos Estados, vem se desenvolvendo, de maneira frequente, um diálogo constitucional mediante referências recíprocas a decisões de diversos tribunais. Além disso, as “ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, há um entrecruzamento de problemas” (NEVES, 2009, p. 166), exigindo uma “conversação” constitucional no nível jurisdicional.

Não se trata de “constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais, têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados” (NEVES, 2009, p. 167). Tampouco a questão “se refere simplesmente a um transjudicialismo”,<sup>3</sup> como forma de trocas recíprocas entre decisões de tribunais de diversos Estados. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, “em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado” (NEVES, 2009, p. 167) não só para obtenção de formas de discussão, mas como argumentos fundamentadores.

Embora se possa afirmar, segundo Ackerman, que na análise do constitucionalismo dos Estados Unidos da América, “a prática e a teoria americanas têm-se movido na direção de um enfático provincialismo” (ACKERMAN, 2007, p. 91), e, dito de outro modo, sustenta que

---

<sup>3</sup> Neves esclarece que, nesse caso, o “transjudicialismo” implica “uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo” (2009, p. 167).

a Suprema Corte americana tem sido “paroquial em sua rejeição de lançar um olhar sobre o direito estrangeiro” (SLAUGHTER, 2003, p. 75). Entretanto, registra-se o desenvolvimento de “um amplo debate sobre a oportunidade da invocação da jurisprudência estrangeira em decisões da Corte” (SLAUGHTER, 2004, p. 75).

Nessa perspectiva, um caso importante para o desenvolvimento transconstitucional na experiência da Suprema Corte americana ocorre na decisão do caso *Lawrence v. Texas*. Nota-se que tal precedente deu início a “uma tradição constitucional de autossuficiência, o recurso ao diálogo constitucional com outras cortes internacionais no âmbito de questões constitucionais internas” (NEVES, 2009, p. 144), de sorte que tal discussão passou a ser entrelaçada na nova agenda do constitucionalismo americano.

No ano de 1997, no julgamento do caso *Printz v. United States*, o Justice Stephen Breyer sustentou que a experiência das cortes e dos sistemas jurídicos estrangeiros pode “lançar uma luz empírica nas consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum” (NEVES, 2009, p. 168). Dois anos após, novamente o Justice Breyer, entretanto, no caso *Knight v. Florida* “embora não tenha admitido o caráter vinculante do direito estrangeiro, citou várias cortes no julgamento de dois prisioneiros que estavam no corredor da morte por mais de vinte anos” (NEVES, 2009, p. 168-169).

Tal postura dos Estados Unidos “encontra um contraponto nas atitudes amplamente orientadas para o direito constitucional estrangeiro<sup>4</sup> por parte da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul” (NEVES, 2009, p. 170). A Corte Constitucional Sul-Africana, em relação ao caso *State v. Makwanyane*, fez referência às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Suprema Corte dos Estados Unidos, Suprema Corte do Canadá, Tribunal Constitucional alemão, Suprema Corte indiana, Tribunal Constitucional húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia, que levou em consideração julgamentos de duas cortes de Estados-membro dos Estados Unidos (Corte da Califórnia e de Massachussets). Agiu, portanto, “de forma aberta para outras ordens jurídicas e cortes constitucionais, devendo ser considerada um modelo do transconstitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 172).

Em suma, na experiência constitucional desses tribunais, destaca-se o fato de que a “jurisprudência da corte constitucional ou tribunal supremo estrangeiro não só entra como elemento

---

<sup>4</sup> Há outras experiências relevantes em diversos países. Cumpre citar os Tribunais Supremos da Índia, Zimbábue, Israel, Nova Zelândia e Irlanda, que “também têm desenvolvido práticas jurisprudenciais em que não só o direito estrangeiro, mas também os precedentes de tribunais de outros países têm sido invocados regularmente com força de convencimento” (SLAUGHTER, 2004, p. 71).

do *obiter dictum*, mas também importa força persuasiva para a formação da *ratio decidendi*” (NEVES, 2009, p. 170). Sob esse olhar, Neves (2009, p. 173) ensina:

[...] trata-se de Estados com características as mais diversas. Portanto, embora se possa admitir que, em Estados plurinacionais, com uma história de ocupação, colonialismo e/ou influência de outros, assim como em crescente interconexão com outros países, a fronteira entre ‘estrangeiro e doméstico’, para conceitos considerados intangíveis como ‘princípios jurídicos’, sempre foi e está se tornando mais imprecisa, não se deve confundir o transconstitucionalismo com o simples ‘transplante’ de instituições jurídicas, nem vinculá-los a Estados mais fracos na constelação internacional.

Não é por outra razão que tribunais supremos ou cortes constitucionais de países da Europa Ocidental, “com sólida tradição jurídica e influência na sociedade mundial, não se têm furtado a invocar precedentes de outros Estados em suas decisões” (NEVES, 2009, p. 173). Entre os Estados europeus, a troca entre decisões judiciais tem sido frequente. A relação entre cortes suíças, alemãs e austríacas se desenvolve inclusive em diálogos triangulares sobre precedentes. Nessa conversação transconstitucional, estão envolvidos os judiciários da Itália, França e do Reino Unido, Suécia, Dinamarca, Noruega, Hungria, Finlândia, entre outros.

É verdade que tal postura é facilitada pela proximidade territorial e por uma “certa base conceitual comum na semântica jurídica, que possibilitam o entrelaçamento de casos relevantes para mais de uma ordem jurídica” (NEVES, 2009, p. 178). Sob esse olhar, o Tribunal Federal Suíço tem sido considerado um modelo de abertura no que tange ao diálogo constitucional, observando uma sólida disposição para uma conversação transconstitucional em face dos problemas jurídico-constitucionais entrelaçados com ordens jurídicas de países vizinhos, bem como em uma perspectiva global.

A experiência alemã é importantíssima no que concerne ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, “precisamente porque, apesar de uma tradição jurídica muito arraigada, não são raras as referências dos seus tribunais ao direito de outros Estados” (NEVES, 2009, p. 175). Nesse particular, salienta-se a “prática do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha – análogo, na estrutura constitucional alemã, ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, apesar de ter um âmbito de competências mais abrangente do que esse” (NEVES, 2009, p. 175), o qual tem invocado decisões de cortes estrangeiras, principalmente envolvendo os casos de direito econômico.

Há uma tradição<sup>5</sup>, na América Latina, de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras, embora a influência dos Estados Unidos, especialmente

---

<sup>5</sup> Neves aclara que, “historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de ‘bacharelismo’, tendo se apresentado nos votos ‘retóricos’ dos magistrados como



em “virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante” (NEVES, 2009, p. 178). No mesmo sentido, o direito constitucional dos “países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão” (NEVES, 2009, p. 178).

Na experiência brasileira, o transconstitucionalismo vem se desenvolvendo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Um caso que merece destaque é a decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, afastando a prisão preventiva de acusados denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pelo suposto crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). Decisão foi tomada no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306 de 29 de novembro de 2016, de acordo com o julgado do Ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, entendendo que o aborto não poderia ser criminalizado nos primeiros três meses de gestação.

No caso concreto, o Ministro Barroso levou em conta que praticamente nenhum país democrático “trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália” (BRASIL, 2016, p. 2). Em suma, julgou com o embasamento de que a “criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher” (BRASIL, 2016, p. 11-12).

Segundo o entendimento do relator, trata-se de restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis. Aqui, estabeleceu uma conversação transconstitucional, em especial, um diálogo com o Tribunal Federal Alemão e a Suprema Corte dos Estados Unidos para demonstrar que, “na linha argumentativa, a criminalização não é compatível com a Constituição” (BRASIL, 2016, p. 12). A decisão baseou-se no caso *Roe v. Wade*<sup>6</sup>, julgado pela

---

prova de erudição, sem nenhum vínculo de relevância argumentativa com o caso *sub judice*. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência de inclusão de referência a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obiter dictum*, mas também da *ratio decidendi*” (2009, p. 178-179).

<sup>6</sup> O caso *Jane Roe v. Henry Wade* é um caso judicial em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, salvo em algumas circunstâncias muito específicas, o direito de as mulheres optarem pelo aborto. Henry Wade, fiscal do condado de Dallas no Texas, teve seu nome relacionado a diversos processos por ser contra o direito do aborto. Jane Roe, relatou que em 1969, aos 25 anos, foi vítima de uma violação coletiva, resultando em uma gravidez indesejada. No Texas, onde ela vivia, o aborto era ilegal e, dessa forma, não conseguiu interromper sua gravidez. Após esse episódio, tornou-se disposta a desafiar a proibição do texano para o bem de outras mulheres. Jane Roe preservou sua identidade para prosseguir com a impugnação legal. Seu verdadeiro nome, Norma McCorvey, foi divulgado após a resolução da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*. Uma década depois que a Corte descriminalizou do aborto, “Jane Roe” revelou que não havia sido violada, gerando uma grande inquietação social. Tribe explica que, “para avanzar más allá del choque de absolutos, debemos ver la realidad que ‘Roe’ y ‘Wade’ representan. Dar voz a la realidad humana em cada uno de los extremos de la palabra versus centrar la atención a la vez em la mujer y em el feto, podría ser la única manera de evitar la lucha sin

Suprema Corte americana, que declarou que o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental de a mulher realizar um aborto.

O precedente é um caso relevante em matéria de direitos humanos e fundamentais, julgado em 22 de janeiro de 1973, no qual a Suprema Corte ditou sua resolução, dando a conhecer que a “Constitución de Los Estados Unidos protege el derecho de una mujer a decidir que se interrumpa su embarazo” (TRIBE, 2012, p. 116). É a principal consequência da resolução no caso *Roe*, além da declaração de um princípio sobre o qual se podia sustentar os regulamentos governamentais quase inexistentes sobre o aborto.

No caso *Roe vs. Wade*, declarou-se que as mulheres têm o direito constitucional de abortar nos primeiros dois trimestres de gravidez<sup>7</sup>. Ronald Dworkin elucida que, nos Estados Unidos, desde tal julgamento, “os grupos antiaborto e os conservadores em geral têm feito uma campanha obstinada e convicta para reverter essa decisão” (2006, p. 67). A população em geral se divide de diversas maneiras na concepção de diversos aspectos relacionados à questão do aborto.

A questão principal dessa temática a respeito do caso *Roe vs. Wade* não é relacionado ao metafísico do conceito de pessoa, nem a uma questão teológica sobre a existência de alma do feto, mas sim a “uma questão jurídica acerca da correta interpretação da Constituição, questão essa que, em nosso sistema político, tem de ser decidida de um jeito ou de outro pelo judiciário, pela Suprema Corte, e não politicamente” (DWORKIN, 2006, p. 71). O debate constituía em saber se o feto é uma pessoa constitucional, ou seja, “uma pessoa cujos direitos e interesses têm de ser considerados tão importantes quanto os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecidos pela Constituição” (DWORKIN, 2006, p. 71).

Assim, no caso *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte decidiu que o feto não é considerado uma pessoa constitucional antes do nascimento e, embora a decisão tenha recebido muitas críticas pelos juristas acadêmicos, é convincente, uma vez aceita essa premissa. As decisões anteriores da Suprema Corte haviam definido que cada pessoa tem o direito constitucional fundamental de controlar sua própria concepção, decidindo-se, por exemplo, que, por esse motivo, ficava vetada aos Estados a proibição à venda de anticoncepcionais. Se o feto não é considerado uma pessoa constitucional, “seu direito à vida não pode ser apresentado como

---

solución que enfrenta despiadadamente a las mujeres con sus hijos no nacidos, y nos deja a todos como perdedores empobrecidos” (TRIBE, 2012, p. 112). Em síntese, no dia 22 de janeiro de 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos ditou suas resoluções no caso *Roe v. Wade*, reconhecendo que a Constituição protegeria o direito de as mulheres decidirem sobre a interrupção da gravidez.

<sup>7</sup> Segundo a decisão, Dworkin esclarece que o “aborto não poderia ser considerado crime nos primeiros três meses de gravidez, e poderia ser considerado crime antes de o feto tornar-se viável, exceto quando necessário para proteger a saúde da mulher” (2006, p. 67).

justificativa para a negação daquele direito de controle depois que a mulher fica grávida, embora o estado ainda possa, evidentemente, proteger os interesses do feto de diversas outras maneiras” (DWORKIN, 2006, p. 73).

Dworkin posiciona-se no sentido de que, embora “o feto não seja uma pessoa constitucional, ele é uma entidade que, em nossa cultura é dotada de considerável importância moral e emocional, e os estados podem reconhecer e tentar proteger essa importância” (2006, p. 86) sem, porém, reduzir o direito constitucional da mulher sobre o uso de seu próprio corpo. Por essa razão, o interesse do Estado é maior depois daquele ponto em que o feto, “dada a tecnologia moderna, torna-se capaz de sobreviver fora do útero, e a proibição do aborto voluntário depois desse ponto não sobrecarrega nem compromete significativamente o direito constitucional da mulher” (DWORKIN, 2006, p. 87).

Essa decisão é o direito de tomar, por conta própria certas decisões fundamentais, e é acolhido quando ela tem tempo suficiente, depois de constatar a gravidez, para optar se quer ter o filho e para fazer um aborto seguro e conveniente caso não queira. Diante dessa compreensão, *Roe v. Wade* “não contrapôs os direitos da mulher aos supostos direitos rivais do feto ou de qualquer outra pessoa. Antes, identificou um esquema de regulamentação que permite que os estados atendam às suas mais prementes necessidades sem comprometer os direitos da mulher” (DWORKIN, 2006, p. 87-88). Para elaborar tal fundamentação, a Corte teve de escolher um determinado período da gravidez, tornando-se claro o suficiente para poder ser empregado pelos juízes e outras autoridades. Dworkin (2006, p. 88) estima que a decisão da corte

[...] de tomar a sobrevivência fora do útero como o evento crucial, o qual ocorre em geral entre a vigésima terceira e a vigésima quarta semana, tem muitos pontos em seu favor. Esse momento demarca um estágio distinto da gravidez, depois do qual a diferença entre um feto e um bebê prematuro já não depende do desenvolvimento, mas do ambiente em que cada qual se encontra. Uma vez que a viabilidade só ocorre depois do momento em que a mulher começa a sentir os movimentos do feto em seu ventre, ela tem tempo suficiente para decidir a respeito do aborto depois de constatar que está grávida.

Do precedente citado, extraem-se três orientações, a) reafirmou-se o direito constitucional da “mulher grávida à autonomia na procriação e declarou que os estados não têm poder de simplesmente proibir o aborto segundo seu arbítrio; b) reconheceu-se que, apesar disso, os estados têm interesse legítimo em disciplinar o aborto” (NEVES, 2009, p. 182); c) “elaborou um regime detalhado para equilibrar aquele direito a esse interesse: declarou, *grosso modo*, que os estados não poderiam proibir o aborto por motivo nenhum no primeiro trimestre de gestação” (NEVES, 2009, p. 182); só poderiam regular o aborto no segundo trimestre

guiados por uma preocupação pela saúde da mãe. Por fim, poderiam proibir completamente o aborto depois do período em que o feto se torna capaz de sobreviver fora do útero, ou seja, depois do início do terceiro trimestre.

Com efeito, além de ter se embasado no caso *Roe vs. Wade*, o voto do Ministro Barroso recorre à Corte Suprema de Justiça do Canadá esclarecendo que, ao impedir que a “mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher” (BRASIL, 2016, p. 16). O Ministro Barroso descreve:

[...] 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).

Dessa forma, como no caso do *Habeas Corpus* 124.306, precisa-se ir além do mero uso reforçativo de jurisprudências internacionais em decisões pré-concebidas e viabilizar efetivas correntes de diálogo transconstitucional, ensejando pontes de transição ou linhas de racionalidade transversal capazes de aportar um ambiente de conversação constitucional efetiva.

No plano transconstitucional, não há apenas “referências ou invocação de precedentes jurídico-constitucionais de outras ordens jurídicas, mas também a avaliação da prática dos juízes e tribunais de outros países” (NEVES, 2009, p. 183). Ora, se um país não se dispõe ao transconstitucionalismo, “precisamente porque não adota instituições constitucionais no sentido moderno, antes se rejeita radicalmente, há uma dificuldade quase insuperável para a conversação transconstitucional” (NEVES, 2009, p. 184).

Por fim, cabe observar que o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais “constitui o sintoma mais marcante de que não se deve confundir o transconstitucionalismo com uma ordem jurídica global abarcante e supraordenada” (NEVES, 2009, p. 186). A esse respeito, Slaughter (2004, p. 85) ressalta:

Um diálogo entre órgãos judicantes da comunidade mundial não seria composto de cortes dos Estados Unidos, da França, Alemanha e Japão, nem de tribunais

internacionais, mas simplesmente de entidades judicantes comprometidas em resolver litígios, interpretando e aplicando o direito da melhor maneira que elas possam. Essa é uma visão de um sistema jurídico global estabelecido não por um Tribunal Mundial, mas sim por cortes nacionais trabalhando conjuntamente em torno do mundo.

Sem esse ponto de partida, ou seja, sem o diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas estatais mediante os seus tribunais supremos, um transconstitucionalismo mais amplo entre ordens jurídicas de várias espécies, em um sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados, terá muitas dificuldades de “desenvolver-se adequadamente no contexto de heterogeneidade e complexidade da sociedade mundial hodierna” (NEVES, 2009, p. 187). Tampouco será capaz de criar uma legitimação tendo em vista a pluralidade e, inclusive, a fragmentação social no plano das estruturas normativas. O ponto inicial da metodologia transconstitucional não é a negação, mas sim a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, independentemente de que seja do mesmo ou de diferente espécie.

## **CONCLUSÃO**

A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais na complexidade é objeto de interesse não apenas dos juristas, mas também de cientistas sociais em geral. Embora as Constituições estatais já tenham aparecido como estruturas da racionalidade transversal entre política e direito, o constitucionalismo transversal apenas se tornou significativo em virtude do surgimento de novos problemas com os quais as ordens internacionais, supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente.

Nessa perspectiva, a teoria transconstitucional abre-se para esferas além do Estado, não porque surjam outras constituições, mas sim porque problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos fundamentais e humanos, perpassam outras ordens jurídicas diversas, atuando de forma entrelaçada na resolução dos conflitos.

A integração sistêmica cada vez mais forte na sociedade contemporânea globalizada levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais. O transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as mais diversas ordens entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional, em especial de direitos humanos e direitos fundamentais, devem buscar alternativas transversais de articulação para a resolução de problemas.

Nesse cenário, foram mostradas algumas experiências de Supremas Cortes estrangeiras, em que ocorreram decisões que, de uma certa forma, iniciam uma tradição de recursos ao diálogo transconstitucional, entrelaçando em uma nova agenda do constitucionalismo

contemporâneo, em especial, na temática da descriminalização do aborto. Como no caso do julgamento do Habeas Corpus 124.306 de 29 de novembro de 2016, em que entenderam que o aborto não poderia ser criminalizado nos primeiros três meses de gestação, sendo incompatível com diversos direitos fundamentais, tais como a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante. Para essa decisão, o Ministro Barroso levou em consideração que, praticamente, nenhum país democrático trata o aborto no primeiro trimestre como crime, aí inclusos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Portugal, Espanha, Holanda e Austrália.

Além, o Ministro adotou a teoria transconstitucional, em especial, o diálogo com o Tribunal Federal Alemão e a Suprema Corte dos Estados Unidos, espelhando-se principalmente no caso *Roe v. Wade*. O professor Tribe (2012) descreve que essa temática do aborto gera uma “guerra” de absolutos, que se descrevem “por una parte, el derecho a la vida del feto y, por otra, el derecho a la libertad de la mujer. Sin embargo, como se ha señalado aquí, ninguno de tales “absolutos” lo es un verdade” (TRIBE, 2012, p. 441). Ainda leciona que “se aclaró que cualquiera que sea el derecho de una mujer de interrumpir su embarazo. La mayoría de la gente sentiría, de manera intuitiva, la fuerza del reclamo de vida cualquiera de esos fetos” (TRIBE, 2012, p. 441).

Cabe reforçar que a temática enseja uma discussão social muito atual e importante; prova disso é que a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, convocou, em abril de 2018, audiência pública para instruir a ação que pede a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Segundo a Ministra, a questão do aborto é um dos temas jurídicos mais “sensíveis e delicados, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade” (BRASIL, 2018).

Dita orientação vale também para os magistrados enfrentados com juízes de outras ordens estatais: “Eles devem estar prontos para se surpreenderem com a diversidade e, se for o caso, abrirem-se para um aprendizado e um intercâmbio” (NEVES, 2009, p. 185), pois, do contrário, prevalecerá uma presunção da “diferença, uma abstrata insistência em ‘separados, mas iguais’, assentada em noções formais de soberania, do que resulta que apenas grandes diferenças importam” (SLAUGHTER, 2004, p. 94). Essa postura leva a suspeitas recíprocas e a uma incapacidade para o diálogo transconstitucional.

Nessa perspectiva, conclui-se que o desenvolvimento de um método transconstitucional abre a “possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas” (NEVES, 2009, p. 275). Evidentemente, o modelo

ambiciona a alteridade, que resulta na busca constante de rearticular a identidade em face de outrem, tendo os seus limites no sistema jurídico mundial. Não obstante, em um mundo regado por problemas constitucionais comuns, para uma “pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples diferenciação construtiva entre ordens jurídicas” (NEVES, 2009, p. 276), no plano das respectivas autofundamentações.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442**. Requerentes: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Relatora: Ministra Rosa Weber. Convocação: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 23 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudnciaPblicaADPF442.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 124.306 Rio de Janeiro**. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana; Tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELMAUER, Douglas. Revisando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. In: CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (Org.). **Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO Claudineu de (Org.). **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SILVEIRA, Ramaís de Castro; BAGGIO, Roberta Camineiro. O STF e as bases materiais para a hermenêutica transconstitucional. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 18-36, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/888>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TRIBE, Laurence H. **El aborto: guerra de absolutos**. Pról. José Ramón Cossío Díaz, Luz Helena Orozco e Villa Luisa Conesa Labastida. Trad. Dubravka Suznjevic. México: FCE INACIPE, 2012.