

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

RUBENS BEÇAK

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria Constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Rubens Beçak - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-416-7

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. 4. Influência. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A publicação “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 21 de julho de 2017, por ocasião do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, realizado no Centro Internacional de Convenções do Brasil – CICB entre os dias 19 e 21 de julho de 2017.

No XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI Brasília, o GT Teoria Constitucional I apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos sob a coordenação dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB), José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Rubens Beçak (USP).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “influência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal”, entre outras, constituem a presente publicação.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional I permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira - UNIPÊ/UFPB

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – UNIFOR

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

A INFLUÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE DECISIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT

**Clarice Paiva Morais
Luana Mathias Souto**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos na construção da jurisprudência constitucional manejada pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o presente artigo utilizou-se do método empírico e dedutivo, com apoio na coleta de dados obtida, por intermédio dos estudos realizados pelo Grupo de Pesquisa “Análise estatística e ideológica do Supremo Tribunal Federal”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Corte europeia de direitos humanos, Jurisprudência constitucional, Liberdade de expressão, Aborto

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the influence of the European Court of Human Rights in the construction of constitutional jurisprudence managed by the Federal Supreme Court. For this, the present article used the empirical and deductive method, with support in the data collection obtained, through the studies carried out by the Research Group "Statistical and ideological analysis of the Federal Supreme Court", developed in the Program of Post Graduated in Law from Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal supreme court, European court of human rights, Constitutional jurisprudence, Freedom of expression, Abortion

1. INTRODUÇÃO

Ao Judiciário cada vez mais é dado protagonismo na orientação sobre as questões mais sensíveis da vida em sociedade. Temas como aborto e liberdade de expressão, que envolvem colisão de direitos fundamentais são matérias de ações perante o Judiciário, mais precisamente perante o Supremo Tribunal Federal, através do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Desde o advento do modelo de Estado Social de Direito e a introdução de novas técnicas hermenêuticas de interpretação, reconhecendo-se no campo da filosofia contemporânea fatores existenciais, históricos e sociais na busca da verdade (resposta correta), transformou-se a ciência do direito¹. Assim, os Tribunais Superiores, ao julgarem, mais do que analisar a ponderação de valores entre os interesses jusfundamentais em jogo, devem abraçar a historicidade, encontrando na jurisprudência comparada a possibilidade de ampliar os horizontes para uma boa fundamentação na busca da solução mais adequada ao caso concreto.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal ainda é tímido na análise de julgados das Cortes Internacionais. O direito comparado, muitas vezes é utilizado de forma “jogada”, sem uma análise substancial de seu conteúdo ou sem que ele seja o fio condutor da decisão colegiada. Ao rejeitar a importância da jurisprudência comparada na construção de uma fundamentação sólida, desconsidera-se o aspecto universal dos direitos fundamentais que, embora não sejam absolutos, tem perspectiva universalizante de justiça.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos na construção da jurisprudência constitucional brasileira, construída pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utiliza-se do método empírico e

¹ Importante destacar que a partir do modelo de Estado Social de Direito, inaugura-se também, na filosofia, a fenomenologia, que com Hegel (1770-1831) e a construção da dialética, propõe uma nova perspectiva de pensar o mundo, unindo o sujeito ao objeto balizando a construção da relação do homem com o universo, até então vigente, consubstanciado na filosofia da consciência. Importante destacar que o elemento histórico e contingencial foi introduzido no mundo do direito a partir da perspectiva historicista e contingencial proposta. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior (2013, p.51): “A afirmação da historicidade do direito (como objeto e como ciência) foi uma resposta à perplexidade gerada pela positividade. Afinal, se o direito muda, isso não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente. Para Savigny, jurista alemão considerado um dos pais da Escola Histórica do Direito, não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente o objeto de ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo (‘o espírito do povo’), este sim, a fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação.”.

dedutivo, com apoio na coleta de dados obtida, por intermédio dos estudos realizados pelo Grupo de Pesquisa “Análise estatística e ideológica do Supremo Tribunal Federal”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e do qual as presentes autoras participam na qualidade de pesquisadoras.

2. JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A jurisdição constitucional brasileira é exercida, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Assim, a referida pesquisa procurou encontrar nas variadas espécies de ações constitucionais originárias do controle concentrado de constitucionalidade e recursos, aquelas que, ao chegarem ao STF, permitiram realizar a análise de seu conteúdo e identificar a presença e a importância da utilização, em seu bojo, das jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos, a fim de consubstanciar e garantir direitos fundamentais. De forma que, por meio da análise dos dados, verificou-se, num primeiro momento, que, em sua maioria, os julgados que invocam a Corte Europeia de Direitos Humanos, envolvem questões relativas ao aborto e à liberdade de expressão.

Sem dúvida, o principal método hermenêutico utilizado pelo STF, na atualidade, é o método da ponderação de valores formulado por Robert Alexy² (2008). Tal método ganhou prestígio na jurisprudência e doutrina pátria e vem sendo aplicado em vários acórdãos e decisões monocráticas. Baseado no postulado da proporcionalidade ou na ponderação de valores, o autor elabora método para argumentar a colisão entre princípios³. Para Alexy (2008, p. 116), existiria uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da

²O alemão formula a teoria da argumentação jurídica na década de 1970 e a denominada teoria dos direitos fundamentais ou dos princípios em meandros de 1980. Seu principal objetivo é reabilitar a teoria axiológica dos direitos fundamentais, retomando a distinção de Dworkin (1977) entre princípios e regras.

³ O método da ponderação de valores ou princípios é um método não holístico, calcado num amplo suporte fático dos direitos fundamentais. O direito definitivo, segundo o método da ponderação, não é definido aprioristicamente e internamente, mas a partir de fora, das condições fáticas e jurídicas existentes, após um sopesamento, havendo restrições externas por meio de regras ou princípios conflitantes. Tais restrições externas não tem qualquer influência no conteúdo do direito, que são garantidos *prima facie*, através de um amplo suporte fático, podendo restringir, diante do caso concreto, seu exercício. O foco, diferentemente do que ocorre nas teorias que defendem um suporte fático restrito dos direitos fundamentais, é na argumentação no momento da fundamentação da intervenção e não no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal. Tal método possui argumentação jurídica axiológica.

proporcionalidade. “[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.”.

Assim, a lei da ponderação, originariamente concebida com a finalidade de racionalizar os discursos de aplicação, controlando o subjetivismo judicial no esclarecimento dos princípios, utilizada pela Corte Constitucional alemã, contém três subprincípios basilares que controlam o utilitarismo e o subjetivismo das decisões judiciais: a) a adequação, que significa a correção dos meios para se chegar aos fins, exigindo, pois, idoneidade; b) a necessidade, significando a limitação do Estado à mínima intervenção possível, privilegiando-se sempre a decisão menos gravosa aos cidadãos; c) a proporcionalidade em sentido estrito, que significa a relação de custo e benefício da norma examinada, convidando o operador à autêntica ponderação, em que de um lado, estariam os interesses envolvidos e de outro, os bens jurídicos sacrificados pelos interesses.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 118).

Em suma, pode-se resumir a máxima da adequação como a verificação no caso concreto (possibilidades fáticas) se, a medida restritiva do direito fundamental oportuniza a finalidade pretendida, almejada, ou seja, se, o meio é útil para se chegar ao fim pretendido. A máxima da necessidade, por sua vez, implica no exame dos meios de restrições a direitos fundamentais disponíveis e também eficazes para o atendimento dos fins colimados, devendo ser escolhido o menos gravoso. Já, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito vai sopesar os interesses em jogo de tal forma que no caso hipotético, o operador do direito deverá verificar que, quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, menor o grau de importância ou satisfação de outro.

Nos casos do aborto e da liberdade de expressão, haveria então, sempre a colisão entre dois princípios fundamentais: a liberdade da mulher e a vida do nascituro no primeiro caso e; a liberdade de expressão e a censura em nome do interesse coletivo, no segundo. Com a utilização dos subprincípios mencionados, oportunizar-se-ia ao intérprete autêntico uma única solução correta⁴.

⁴ Sampaio (2013, p. 713) destaca que, em alguns modelos de solução de conflitos, há uma escala hierárquica a priori, fixa de direitos fundamentais, como o modelo adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos que, insiste em declarar a vida como o direito fundamental mais importante, destacando os casos *Streletz, Kessler et Krenz versus Alemanha*, de 22.03.2001 e *Pretty versus Reino Unido*, de 29.04.2002.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007), em seu entendimento critica a posição de Alexy, ao estatuir que a ponderação de interesses envolveria alto grau de discricionariedade pelo Poder Judiciário, pois, assim encamparia subjetivismo e decisionismo judiciais. Neste sentido, o autor mineiro procura ampliar o debate hermenêutico, dentro da teoria discursiva do direito, utilizando o senso de adequabilidade de Klaus Günther, por meio do procedimento dialógico, garantindo-se a participação das partes envolvidas, afastando-se da concepção de que as decisões dos pretores devam ser aplicadas com suporte na jurisprudência de valores de Robert Alexy. (CRUZ, 2007, p. 338-354).

É salutar destacar que, a hermenêutica consiste no trabalho de interpretação implícito ou explícito de desvelar a norma jurídica, seja pelo administrador, seja pelos membros do Poder Judiciário. Desde a Grécia antiga, interpretava-se⁵. De forma que, a partir da virada linguístico-pragmática hermenêutica que marcou o século XX, conhecida como “reviravolta linguística”⁶, houve o questionamento da filosofia da consciência⁷ pelos fundamentos radicais do ser e do conhecer, e a linguagem deixou de ser apenas um instrumento de comunicação, passando a ser um elemento constitutivo do conhecimento pela mediação linguística necessária para o acesso ao mundo.

Uma nova concepção de fusão de horizontes entre ser e objeto, a partir da fenomenologia⁸, parte da ideia de inexistência do mundo em si, apartado da linguagem. O mundo só existe na linguagem, sendo esta real condição de possibilidade de um conhecimento. O mundo se desvela na linguagem, que lhe dá o sentido. A partir de tal

⁵ O Deus Hermes era quem dizia a todos os mortais o que haviam dito os deuses, desvelando os comandos divinos.

⁶ Segundo Castro (2008, p. 213), a partir da reviravolta linguística, “[...] a filosofia se volta para as questões da língua como essencial para uma cultura, para as visões de mundo; da forma lógica como essencial para a articulação de uma ideia, de uma mensagem; dos signos como essenciais para perceber o mundo, e ver no mundo não coisas em si, mas relações, sentidos, isto é, o mundo é “semiotizado” pela linguagem.”. Conforme Cruz (2011, p. 94), “A linguagem demanda a expressão de “vivências interiores” e, somente a partir delas, a linguagem se constitui como um jogo que se apresenta jogando e que, portanto, não tem regras a priori.

⁷ Immanuel Kant (1724-1804), principal ícone da filosofia da consciência, elabora a ideia de juízos sintéticos a priori, unindo analítica transcendental, ou seja, o que é possível conhecer, com a dialética transcendental, ou seja, o que é possível pensar.

⁸ A fenomenologia é a junção da filosofia do ser com a filosofia da consciência. O precursor da concepção fenomenológica da verdade foi Hegel. Através da dialética, Hegel buscou estudar as estruturas objetivas de pensamento, ou seja, o espírito em movimento. Podemos citar, dentre outros fenomenólogos, Heidegger, Husserl, Sartre, entre outros. “O passo decisivo para a concepção fenomenológica da verdade é a concepção do sujeito enquanto sujeito para o mundo, isto é, sujeito cuja consciência não existe independente dos objetos, mas já é uma consciência intencional.”. (CASTRO, 2008, p. 95).

compreensão, pode-se dizer que os objetos não possuem uma essência própria⁹, apartada de seu intérprete, sendo imprescindível a compreensão do ponto de vista do ser que o desvela.

O direito, desta feita, aproxima-se do mundo da vida¹⁰ e, mais do que simples ponderação de valores, como na proposta da maioria dos Ministros que integram o STF, urge desenvolver um estudo sobre o contexto, em que se insere tal ou qual assunto. A busca da resposta correta insere-se na noção de ser-para-o-mundo¹¹ num círculo hermenêutico¹² de constante movimento e evolução. De forma que, a busca da resposta correta numa decisão judicial é princípio basilar implícito na Constituição Federal de 1988.

No contexto da filosofia da consciência, várias são as respostas corretas, pois as fundamentações não se coadunam com o contexto histórico, imprescindível à interpretação. O método da ponderação não se torna apto a desvelar a resposta correta.

Dentro desta perspectiva filosófico-jurídico-hermenêutica em que se inserem dois importantes assuntos da pesquisa empírica realizada, o aborto e a liberdade de expressão, é que deve ser analisado no Brasil, o contexto histórico da atual Constituição Federal de 1988, uma constituição aberta, plural, garantidora de direitos fundamentais sociais e democráticos, para que se desenvolva qualquer argumento minimamente racional nas decisões analisadas, na contemporaneidade.

⁹ A filosofia clássica consagra o essencialismo, ou seja, a busca da natureza das coisas através da sua essência. A idéia de metafísica, presente em Aristóteles e Platão, pode ser definida, segundo Juliano Zaiden Benvindo: “[...] em Platão, a partir de uma ênfase explicitamente transcendental, com foco na dualidade mundo das idéias e mundo físico, em Aristóteles, ela é radicalizada em uma direta ontologia tomada mediante a busca da essência das coisas. São dois planos distintos, mas conexos, para se conceber o papel da filosofia: enquanto, em Platão, há de se alcançar a idéia que consagra a verdade, em Aristóteles, o filósofo deve encontrar a essência necessária que faz a realidade ser como ela é, tomada com base em uma imanente atividade contemplativa do mundo. É uma distinção, porém, que não afasta suas semelhanças: o eixo de sustentação filosófico, seja transcendente ou imanente, garante a aceitação do essencialismo, como critério justificador da realidade.”. (BENVINDO, 2008, p. 23). Mais tarde, duas correntes filosóficas nasceram do pensamento de Platão e Aristóteles, a dialética, que tem suas raízes em Parmênides e Heráclito e que foi desenvolvida por Hegel (1770-1831) e a filosofia analítica, consubstanciada na lógica, no causalismo.

¹⁰ A expressão mundo da vida foi cunhada por Edmund Husserl (1859-1938), na obra prima *Meditações Cartesianas* (1931). O mundo da vida representa um pano de fundo social e cultural que molda nossa consciência, nosso modo e apreender as coisas.

¹¹ Segundo Cruz (2001, p. 126): “Essa fundação traz consigo a noção de que o Dasein é um ‘ser-no-mundo’ e indica justamente o fato desse fundamento do mundo no homem, pois não existe mundo sem o homem. Contudo, de outra banda, o mundo também se apropria do homem, pois ele não pode existir sem o mundo, que se compõe de coisas e dos outros homens. O Dasein dispõe de mundo pelo fato de ‘estar-no-mundo’.”.

¹² A noção de círculo hermenêutico é definida por Cruz (2011, p. 128): “[...] o mundo só se dá pela compreensão que o Dasein tem dele, mas ele também só se constitui como projeto em razão desse próprio mundo. Assim, o mundo só se constitui na medida em que sempre foi dado ao Dasein.”.

3. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Europeia de Direitos Humanos ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional europeu competente para dirimir todas as questões referentes à interpretação e aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, França. A Corte, portanto, foi criada em 1959, por meio do disposto no artigo 19 da Convenção, sendo sua função precípua a salvaguarda dos direitos preconizados nesta Convenção¹³. (CONSELHO DA EUROPA, 2017).

Para tanto, a Corte, conforme disciplina o artigo 20 da Convenção, é formada por número de juízes equivalentes ao número de seus Estados-membros¹⁴, escolhidos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, por meio da confecção de uma lista tríplice proposta por cada Estado-membro. Dentre os candidatos deverá ser escolhido aquele que possuir reputação ilibada e notório saber jurídico, a fim de exercer habilmente, por um período de nove anos, a competência jurisdicional e consultiva que é atribuída à Corte. Embora os juízes sejam eleitos mediante indicação do Estado-membro da Convenção, estes devem atuar enquanto indivíduos, não podendo ser engajados em nenhuma atividade que seja incompatível com o seu dever de independência e imparcialidade. (CONSELHO DA EUROPA, 2017).

Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos configura-se como tribunal supranacional, com o objetivo de garantir efetiva proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos circunscritos dentro de sua base territorial e jurisprudencial, qual seja, perante os 47 Estados signatários da Convenção. Entretanto, diante do formato social atual, caracterizado por sua globalização, não se pode ignorar que decisões atinentes a direitos fundamentais

¹³ A Convenção Europeia de Direitos Humanos visa garantir proteção aos seguintes direitos e liberdades, para além dos elencados em seus Protocolos: o direito à vida (art. 2º); proibição da tortura (art. 3º); proibição da escravidão e do trabalho forçado (art. 4º); direito à liberdade e à segurança (art. 5º); direito a um processo equitativo (art. 6º); princípio da legalidade (art.7º); direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8º); liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9º); liberdade de expressão (art.10); liberdade de reunião e de associação (art.11); direito ao casamento (art.12); direito a um recurso efetivo (art.13); proibição de discriminação (art.14); derrogação em caso de estado de necessidade (art. 15); restrições à atividade política dos estrangeiros (art.16); proibição do abuso de direito (art.17) e; limitação da aplicação de restrições aos direitos (art.18).

¹⁴ Atualmente, Itália, Alemanha, Grécia, Ucrânia, Suécia, Islândia, Espanha, Albânia, Geórgia, Turquia, Montenegro, San Marino, Malta, Estônia, Portugal, Noruega, Suíça, França, Bélgica, República Checa, Polônia, República de Moldova, Bósnia e Herzegovina, Croácia, Rússia, Lituânia, Romênia, Dinamarca, Sérvia, Bulgária, Irlanda, Liechtenstein, Latvia, Armênia, Mônaco, Luxemburgo, Áustria, Andorra, República da Eslováquia, Finlândia, Cyprus, Eslovênia, Reino Unido, Azerbaijão, “formação da Jugoslávia e República da Macedônia”, Holanda, Hungria e Bélgica possuem representação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

julgadas em qualquer parte do mundo podem servir de auxílio para outros julgamentos. (GASPAR, 2008).

O aumento (ou desenvolvimento) dos poderes do juiz contemporâneo afectou o sossego dos modelos e sistemas “legicêtricos”, e manifesta-se, complementarmente, como retorno do direito, nas referências mais amplas que a lei e no incremento da responsabilidade do intérprete. Neste contexto, como fenómeno a um tempo complementar e determinante, a adopção de textos de direito internacional de protecção de direitos fundamentais, com os seus próprios intérpretes judiciais, produziu um novo modelo que se poderia designar de “cosmopolitismo judicial”, como processo de estabelecimento de instâncias judiciais internacionais ou supranacionais. A criação de instâncias internacionais ou supranacionais e a formação dos seus próprios modos de abordagem – linguagem; argumentação – influencia necessariamente as instâncias nacionais, mas também recebe contributos dos juízes nacionais na aplicação dos textos fundamentais de nível supranacional, em interacção que se desenvolve em “contextos deliberativos comunicantes”. (GASPAR, 2008, p.03-04)

Tais constatações refletem a importância das decisões da Corte Europeia na jurisprudência portuguesa, contudo, estas observações não necessariamente devem se manter adstritas apenas ao cenário português, enquanto signatário da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas para qualquer contexto em que exista uma ordem democrática e a defesa a direitos fundamentais, pois o intercâmbio de decisões com instâncias internacionais e/ou supranacionais, naquilo em que forem compatíveis, visam sempre a aprimorar a prática jurisdicional.

Sendo assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos permite a apresentação de petições tanto interestaduais quanto individuais. De forma que, qualquer Estado-membro poderá submeter ao Tribunal qualquer violação às disposições da Convenção que venha sendo praticada por outro Estado-membro. Bem como, qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, que se considerem vítima de violação dos direitos dispostos na Convenção e em seus protocolos, por qualquer Estado-membro poderá submeter um pleito, tendo garantido que seu Estado de origem ou qualquer outro Estado-membro não obstarão o efetivo exercício deste direito. (CONSELHO DA EUROPA, 2017).

Essas petições, por sua vez, são analisadas por um juiz singular¹⁵ ou por Comitês¹⁶, compostos por três juízes, que declararão sua inadmissibilidade ou mandaram arquivá-las. A Corte ainda é composta por Seções, com a presença de sete juízes e pelo Tribunal Pleno, com

¹⁵ Competente para declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição, sendo esta decisão definitiva e sendo omissa, o juiz em causa delegará tal função para posterior apreciação.

¹⁶ Que conhecendo uma petição individual poderão, por voto unânime, declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar, sem posterior apreciação; ou declarar a admissibilidade da mesma e proferir ao mesmo tempo uma sentença quanto ao fundo sempre que a questão subjacente ao assunto e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos respectivos protocolos for já objeto de jurisprudência bem firmada do Tribunal, sendo tanto as decisões quanto as sentenças de caráter definitivo.

17 juízes, com a presença obrigatória do presidente e vice da Corte; os presidentes das Seções e outros juízes designados conforme o regulamento da Corte. Ao Tribunal Pleno compete a pronúncia quanto às petições interestaduais ou individuais, quando já cessada a admissibilidade pelas Seções; pronúncia quanto às questões submetidas à Corte pelo Comitê de Ministros e; apreciação quanto aos pedidos de parecer submetidos pelo Comitê de Ministros, quanto a questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e de seus protocolos¹⁷. (CONSELHO DA EUROPA, 2017).

Por fim, todas as decisões proferidas pela Corte devem ser fundamentadas e quando não unânimes, poderão conter o voto divergente. Após julgadas as sentenças possuem caráter definitivo e vinculante a todos os Estados submetidos à jurisdição da Corte, sendo a sua execução zelada pelo Comitê de Ministros, que possui, mediante maioria de dois terços de seus membros, a prerrogativa de solicitar à Corte, que se pronuncie sobre obscuridades na interpretação da sentença. (CONSELHO DA EUROPA, 2017).

3.1 A influência da Corte Europeia de Direitos Humanos na configuração do entendimento constitucional brasileiro

Com base nos dados coletados em sede do Grupo de Pesquisa “Análise estatística e ideológica do Supremo Tribunal Federal”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sob a coordenação do professor Doutor José Adércio Leite Sampaio e do qual as presentes autoras são pesquisadoras integrantes, concluiu-se que, a Corte possui influência mediana à baixa na configuração do entendimento constitucional desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal. E três fatores contribuem para esta conclusão, que podem ser identificados como: quantitativo¹⁸, temático e pessoal¹⁹.

Entretanto, por uma delimitação metodológica para fins deste estudo, será aludido apenas o fator temático, de forma a considerar que, do período compreendido entre 1988 a

¹⁷ Pelo disposto no artigo 47, 2, à Corte é vedada a confecção de pareceres que tratem de questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.

¹⁸ Quantitativo, pois do período compreendido entre 1988 a abril de 2017, menos de 30 acórdãos proferidos pelo STF citaram a referida Corte Europeia.

¹⁹ Pois, a partir de 1988, apenas os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Ellen Gracie e Menezes Direito citaram expressamente a Corte Europeia de Direitos Humanos.

abril de 2017, dos acórdãos julgados pelo STF que apresentam citação expressa à Corte, indica-se, que há limitação dessas citações a dois temas centrais: liberdade de expressão e aborto, que serão mais bem abordados nos itens que se seguem. Embora, adianta-se que, estas citações são pertinentes, sob o prisma de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos versa, em específico, sobre a salvaguarda de direitos humanos tendo a presença desses temas/direitos em seus artigos.

Embora, esta influência da Corte na configuração do entendimento constitucional brasileiro seja pouco expressiva, sua razão de ser reside na própria circunscrição geográfica a qual a Corte se limita, pois se trata de um tribunal situado no continente europeu a tratar de assuntos que envolvam os países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos e que, indubitavelmente, possui uma realidade jurídica, constitucional, social, econômica e política diversa da brasileira. Talvez, o melhor indicativo que estas observações podem deixar é que, o STF, ao importar entendimentos de outros tribunais, no que tange à Corte, em específico, vem sendo prudente, de forma a evitar utilizações de jurisprudências europeias que, *a priori*, estariam descompassadas com a realidade e experiência nacionais.

3.1.1 Liberdade de expressão

O primeiro acórdão do STF a citar expressamente a Corte data de setembro de 2003 e trata-se do Habeas Corpus 82.424-2, no qual o paciente Siegfried Ellwanger, editor de livros e responsável pela comercialização de obras consideradas anti-semitas, visava por meio deste remédio constitucional a revisão de sua condenação pela prática do crime de racismo. O referido caso, ainda hoje é considerado de grande relevância para o direito nacional, principalmente pela discussão promovida entorno dos limites da liberdade de expressão.

Dentre as obras que ensejaram a condenação de Ellwanger, destaca-se “Holocausto judeu ou alemão: nos bastidores da mentira do século”, cujo objetivo, segundo o autor “é rever a história referente ao holocausto, com vistas a defender a tese de que deveriam ser revogadas as leis que tratavam os crimes contra a humanidade como imprescritíveis”. (SANTIN; ABAL, 2012, p. 13). Sendo, justamente, esta negação ao holocausto, o primeiro fundamento, em que o Ministro Gilmar Mendes utilizou da experiência jurisprudencial da Corte para embasar seu voto.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]. Um grande número de recursos contra as leis de negação ao holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Europeia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma

condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito de liberdade de expressão. (Boyle, Hate Speech, cit., p. 497-499). (BRASIL, 2003, p.131).

O referido Ministro também se valeu da experiência da Corte para manifestar a necessidade e importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, diante da interpretação de casos que envolvam o racismo, especialmente pela natureza deste tipo penal, que é aberto e seu, não raro, confronto com a liberdade de expressão. Para tanto, fez menção ao julgamento do caso *Lehideux versus França* (ECHR, 23.09.1998), que pela aplicação da proporcionalidade deu primazia à liberdade de expressão aos anúncios publicitários feitos, no jornal *Le Monde*, pelo advogado Jacques Irsoni, representante do Marechal Pétain e Marie-François Lehideux, exaltando feitos pessoais do Marechal Pétain, na qualidade de promoção de sua reabilitação e que, a jurisdição francesa, contrária ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, havia condenado como apologia aos crimes de guerra. (BRASIL, 2003, p. 132-133).

Em sede de aditamento de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes manteve a exposição de julgados da Corte, apresentando o caso *Jersild versus Dinamarca* (ECHR 23.09.1994), no qual o jornal dinamarquês *Information*, por intermédio de seus redatores e do jornalista M. Jens Olaf Jersild produziram um documentário sobre os “camisas-verdes”, no canal televisivo pertencente ao mesmo grupo da revista, no qual os entrevistados manifestavam opinião depreciativa a determinado grupo de imigrantes étnicos estabelecidos no país. Neste caso, a Corte acolheu o recurso apresentado por Jersild por entender que o jornalista não podia ser condenado pela prática de racismo por opiniões emanadas por seus entrevistados, pois assim, inibiria “gravemente a contribuição da imprensa às discussões sobre problemas de interesse geral.” (BRASIL, 2003, p. 442), prevalecendo, assim, a liberdade de expressão.

Em outro caso, *Garaudy versus França* (ECHR 24.06.2003), entretanto, a Corte decidiu pela manutenção da condenação do filósofo e escritor Roger Garaudy pela prática de crimes contra a humanidade, diante da publicação da obra *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, pois considerou-se que:

Em seu livro, Garaudy questionou a realidade, a amplitude e a gravidade de fatos históricos relevantes à 2ª Guerra Mundial claramente reconhecidos, tais como a perseguição de judeus pelo regime nazista, o holocausto e o processo de Nuremberg. Entendeu a Corte Europeia que a contestação de crimes contra a humanidade é uma das formas mais graves de difamação racial contra judeus e de incitação ao ódio. Considerou ainda que a negação ou a revisão de fatos históricos desse tipo coloca em questão os próprios valores em que se baseia a luta contra o racismo e o anti-semitismo e que são passíveis de perturbar gravemente a ordem pública. Assim a Corte considerou tais atos incompatíveis com a democracia e os direitos humanos e entendeu que o requerente incidiu, incontestavelmente, em abuso de direito, tal como previsto no artigo 17 da Convenção. (BRASIL, 2003, p.443).

Observa-se que, a condenação de Garaudy se deu pela prática de divulgações com conteúdo semelhante às creditadas por Ellwanger, em seu livro “Holocausto judeu ou alemão: nos bastidores da mentira do século” e, por isto, a decisão emitida pela Corte serviria como, de fato, serviu de exemplo para a jurisprudência constitucional brasileira. Destaca-se também que, a contribuição da jurisprudência da Corte, em casos que envolvam a liberdade de expressão não se esgota nestas decisões aludidas por Gilmar Mendes em seu voto, em sede do HC 82.424-2, pois, o Ministro Celso de Mello também contribuiu para o intercâmbio entre decisões do STF e da Corte Europeia, no que tange à liberdade de expressão. Assim, serão apresentados os dois casos discutidos, em âmbito da Corte, utilizados por ele na manifestação de seu voto, quais sejam: *Handyside versus Reino Unido* (ECHR 07.12.1976) e *Lingens versus Áustria* (ECHR 08.07.1986).

Em mais de uma oportunidade²⁰, o Ministro Celso de Mello utilizou do seguinte excerto para, em seu voto, manifestar a garantia ao direito de informação:

É relevante observar, aqui, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, também advertiu que a limitação do direito à informação e do direito (dever) de informar, mediante (inadmissível) redução de sua prática “*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...), sem os quais não há sociedade democrática (...)*” (Caso *Handyside*, Sentença do TEDH, de 07/12/1976). Essa mesma Corte Europeia de Direitos Humanos, quando do julgamento do Caso *Lingens* (Sentença de 08/07/1986), após assinalar que “*a divergência subjetiva de opiniões compõe a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação*”, acentua que “*a imprensa tem a incumbência, por ser essa a sua missão, de publicar informações e idéias sobre as questões que se discutem no terreno político e em outros setores de interesse público (...)*”, vindo a concluir, em tal decisão, não ser aceitável a visão daqueles que pretendem negar, à imprensa, o direito de interpretar as informações e de expender as críticas pertinentes. (BRASIL, 2009, p. 152-153).

A primeira vez que os referidos casos foram citados pelo Ministro Celso de Mello foi durante a exposição de seu voto no julgamento da ADPF nº 130, do Distrito Federal (30.04.2009), sendo este julgamento considerado histórico na defesa do direito à informação, pois, declarou inconstitucional a Lei de Imprensa - Lei nº 5250/67. Assim, cabe, a este estudo, apresentar quais sejam os bastidores dos referidos casos citados por Celso de Mello.

O julgado *Handyside versus Reino Unido* data de dezembro de 1976 e versa sobre a condenação de Richard Handyside, proprietário da editora *Stage 1* que, em 1971, publicou o livro *The little Red Schoolbook* para fins escolares. Entretanto, os livros foram seqüestrados pelo Estado e Handyside multado, tendo o Judiciário inglês considerado que continham

²⁰ O referido excerto foi repetido nos julgamentos dos AI 675276 AgR RJ (22/06/10); AI 705630 AgR SC (22/03/11) e; AI 690841 AgR SP (21/06/11).

conteúdo obsceno, nos moldes da Lei de Publicações Obscenas de 1959/1964. Handyside, então, interpôs recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos que:

Entendeu que o fato de existir legislação interna (*Obscene Publications Acts 1959/1964*) restringindo o direito à liberdade de expressão, não haveria violação do direito alegado, tendo em vista que o Estado estava utilizando sua margem de apreciação que o próprio artigo convencional outorga, ou seja, as publicações estão submetidas às formalidades imposta pelo Estado o qual pode restringir, sancionar e condicionar estas quanto tais medidas forem necessárias para proteção da moral naquela sociedade democrática. O Tribunal de Estrasburgo, ao analisar o caso, deixou claro que seu papel era analisar a razoabilidade das medidas restritivas do Estado, tendo em vista que sua competência é subsidiária aos sistemas nacionais de defesa dos direitos humanos e, não havendo consenso europeu sobre moral, as autoridades do Estado possuem ampla margem de apreciação sobre o assunto. No entanto, logo em seu julgado inaugural, a Corte EDH já entende que o poder de usar a margem de apreciação não é ilimitado, devendo os órgãos do sistema europeu de proteção dos direitos humanos fiscalizarem as ações estatais para não haver qualquer violação às obrigações convencionais. Ao concluir a análise do caso, a Corte especifica que o seu papel de análise de razoabilidade recai de maneira específica aos dispositivos que outorgam a margem de apreciação, no caso a “necessidade” da medida restritiva para proteção da moral, concluindo pela razoabilidade da restrição, tendo em vista a ausência de consenso europeu sobre o assunto e, principalmente, haver uma pressão social imperiosa que reforçava a interferência no direito à liberdade de expressão. O julgamento da suposta violação ao direito à propriedade foi diretamente influenciado pela conclusão do julgamento anterior, tendo a Corte EDH enquadrado o confisco do livro como restrição para atendimento do interesse geral, sendo esta, igualmente prevista em lei prévia pelo Estado. Ou seja, o confisco e a destruição dos livros ocorreram pelo julgamento oriundo do devido processo legal estatal entender como ilícitas aquelas obras. (SANTOS, 2014, p. 06-07).

O caso Lingens, por sua vez, trata da condenação pela jurisdição austríaca do jornalista Peter Michael Lingens, ao pagamento de multa por suas críticas ao chanceler Bruno Kreisky que, segundo Lingens tinha agido com complacência perante a um político que tinha sido integrante de forças especiais nazistas. Diante da condenação Lingens recorreu à Corte Europeia que, em seu julgamento, considerou que o tribunal austríaco havia violado o artigo 10º da Convenção, pois a condenação do jornalista constituía em censura e impedimento à sua atuação de informação. (MOTA, 2016).

Diante do exposto, tem-se claro que, a jurisprudência constitucional brasileira frente a casos emblemáticos sobre a liberdade de expressão no País como, na condenação de Siegfried Ellwanger e na confirmação da inconstitucionalidade da antiga Lei de Imprensa, recorreu a posicionamentos adotados pela Corte Europeia de Direitos Humanos na fundamentação de seus votos, adotando, a partir desses momentos, um enlace jurisdicional com a mesma. A temática quanto ao aborto e a influência da Corte Europeia, por sua vez, serão tratadas com mais acuidade no próximo tópico.

3.1.2 Aborto

Para compreensão e análise das decisões sobre o tema, se faz mister realizar um pequeno histórico sobre o patriarcalismo no Brasil, a ensejar dentro da perspectiva de interpretação proposta, uma análise minuciosa para uma devida argumentação racional.

Durante o Brasil Colônia de 1500-1889 (antes do advento da Constituição Republicana de 1891), prevaleceu o modelo patriarcal herdado da civilização romana²¹. Nessa época, o direito de família era denominado religioso ou canônico, sendo reservado ao controle da Igreja Católica.

Avançando cronologicamente no tempo, observou-se que, o modelo de Estado Social de Direito manteve no Código Civil de 1916, postura hermética, fechada, avessa às mudanças sociais então iminentes e que estabelecia, assim, os princípios da família matrimonializada. Considerava a mulher relativamente incapaz submetendo-a, até meandros do século XX ao pátrio poder, um poder machista em que o homem era o centro da família. Nessa esteira, a mulher luta pela conquista de seus direitos no Brasil e no mundo, conquistando de forma paulatina o direito de voto²², o direito à igualdade formal²³ e o direito à sua liberdade²⁴.

²¹ As sociedades patriarcais são aquelas dominadas pelos homens. Segundo Engels (2008), três são as formas de casamento que correspondem aos estágios de evolução humana: o casamento por grupos, sindiásmico e monogâmico. O primeiro ocorria entre os selvagens, o segundo entre os povos bárbaros e o último na civilização moderna. No período pré-histórico revestiu-se a filiação e o direito hereditário feminino, estabelecendo-se a filiação e o direito hereditário masculino. “[...] A reversão do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino. O homem passou a governar também a casa, a mulher foi degradada, escravizada, tornou-se escrava do prazer do homem, e um simples instrumento de reprodução. Essa condição humilhante para a mulher, tal qual como aparece, notadamente entre os Gregos dos tempos heroicos, e mais ainda dos tempos clássicos, foi gradualmente camuflada e dissimulada, e, também, em certos lugares, revestida de formas mais amenas, mas não absolutamente suprimida. (MARX; ENGELS; LENIN, 2008, p. 39-41).

²² O direito de voto das mulheres no Brasil só ocorreu por meio do Código Eleitoral aprovado pelo Decreto n. 21.076/32, mais tarde introduzido na Constituição social de 1934. Insta destacar que alguns países só vieram a reconhecer o direito de voto das mulheres no século XXI. O primeiro país a reconhecer o direito de voto para as mulheres foi a Suécia, em 1863, seguida pela Nova Zelândia, em 1893.

²³ Conforme Cruz (2005), além do Código Civil de 1916, que considerava a mulher relativamente incapaz, outras importantes leis como a Consolidação das leis trabalhistas, traziam a discriminação em seu texto, possibilitando ao homem opor-se à relação empregatícia da mulher, conforme artigo 446. Neste sentido, destaca: “a incapacidade relativa da mulher casada e a possibilidade de o marido opor-se ao prosseguimento de sua relação empregatícia, tal como prescrevia o art. 446 da Consolidação das Leis Trabalhistas, só veio cessar pela Lei n. 4.121/62. Mas a subordinação da mulher à vontade do marido só viria a se encerrar, definitivamente, pelo advento da Carta de 1988.” (CRUZ, 2005, p. 61).

²⁴ Segundo Sampaio (2013), a partir do advento da Constituição Federal de 1988 incorporou-se os direitos de quarta dimensão à plêiade de direitos fundamentais então existentes. “Outros veem essa fase como o tempo dos direitos das mulheres, considerando-se que os direitos humanos sempre foram do homem como gênero opressor. Tais direitos seriam tanto de igualação de oportunidades, de não discriminação e de não ser vítima de violência, quanto ‘direitos sexuais’ e ‘reprodutivos’. Sexuais são aqueles que se referem à autodeterminação sexual, orientação e identidade. Os direitos reprodutivos dizem respeito ao acesso aos cuidados primários e secundários de saúde, a toda forma de contraceptivos, inclusive por meio de serviços públicos, e às tecnologias reprodutivas (tese dos direitos feministas ou sexuais e reprodutivos).” (SAMPAIO, 2013, p. 577).

De forma que, somente a partir da década de 1960, houve a intensificação dos movimentos feministas²⁵, inaugurando um processo de inegável transformação das instituições sociais pátrias. No entanto, ainda com os avanços conquistados pelas mulheres ao longo do século XX, o tema do abortamento continua em voga, uma vez que, o vigente Código Penal criminaliza o procedimento, nos termos dos artigos 124, 126 e 128, inciso I e II, demonstrando completa incongruência com a realidade, quando, anualmente, centenas de mulheres brasileiras realizam o procedimento abortivo de forma clandestina, sem as mínimas condições de higiene e segurança, gerando elevado índice de mortalidade materna no País. (SARMENTO, 2013, p. 04).

Em se tratando de decisões da Suprema Corte brasileira a citar a Corte Europeia de Direitos Humanos quanto à temática do aborto tem-se que, a primeira delas foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, proposta em 17 de junho de 2004. O pedido do à época, advogado Luiz Roberto Barroso, representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), fundamentou-se na declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos penais, art. 124 a 128 do Código Penal, que conferem interpretação impeditiva à realização da interrupção terapêutica da gravidez no caso de anencefalia²⁶. O pedido, portanto, consubstanciou-se na interpretação conforme a Constituição dos preceitos penais com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado sem necessidade de autorização judicial. Os preceitos fundamentais vulnerados, apontados na ação foram os artigos 1º, inciso IV (dignidade); 5º, inciso II (legalidade, liberdade, autonomia); 6º, *caput* e; 196, (saúde), todos da CR/88.

Diante da propositura da referida ADPF, o STF, no dia 12 de abril de 2012, julgou-a procedente, declarando a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124 a 128, incisos I e II do Código Penal, que incluem a prática da interrupção da gestação de feto anencefálico. Os Ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Celso de

²⁵ Os movimentos feministas existem desde o século XIX e buscam construir condições de igualdade entre os gêneros, objetivando o acesso a direitos iguais entre homens e mulheres. No século XX destacam-se Simone de Beauvoir, autora da obra “O segundo sexo” e Simone Weil. Suas obras marcaram o período entre as duas guerras mundiais.

²⁶ Conforme a exordial: “A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.”(BRASIL, 2012, p. 04-05).

Mello, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor, sendo vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso, sendo impedido o Ministro Dias Toffoli.

Dentre as principais argumentações favoráveis à procedência do pedido e que merecem guarida, pela contribuição dada à evolução dos movimentos feministas e à conquista de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil salienta-se a laicidade²⁷ do Estado e o direito à saúde, dignidade, liberdade, autonomia e privacidade da mulher. Além disso, a ponderação de valores entre a liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico²⁸ e os diferentes graus de tutela penal da vida humana ao sancionar de forma diferenciada o aborto, o infanticídio e o homicídio, o que denota gradação, abrandando, assim, as penas.

Neste julgado, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, sendo citada, entretanto, para consubstanciar questão processual, pela não admissão da figura do *amicus curiae*. O Pretor entendeu não ser razoável a ausência no julgamento do aborto de entidades da sociedade civil e pautou seu argumento no direito de manifestação de pensamento, que encontra guarida na liberdade religiosa. Assim, ao citar o caso Lautsi e outros *versus* Itália, afirmou que, a referida Corte reformou por maioria, 15 votos a 02, a decisão de uma das Câmaras, que entendeu que a presença de crucifixos em escolas públicas na Itália ofendia o direito à educação e à liberdade de pensamento, consciência e religião, previstos nos artigos 02 e 09 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²⁹ Nesse sentido, a Corte teve papel secundário na ADPF 54, para invocar o inconformismo do Ministro pela ausência de *amicus curiae*, de qualquer confissão religiosa.

Entretanto, na mais recente decisão do STF sobre o tema, proferida em 29 de novembro de 2016, no Habeas Corpus 124.306, a Corte Europeia voltou a ser citada no voto não condutor da decisão, proferido pela Ministra Rosa Weber. A referida decisão problematizou a questão da desigualdade de gênero de forma expressa e, pautando-se na

²⁷ O primeiro argumento utilizado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto foi a laicidade do Estado que teve início com a promulgação da Constituição republicana de 1891 e consolidou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao dispor nos artigos art. 5, VI a liberdade religiosa e no artigo 19, inciso I o caráter laico do Estado. A laicidade do Estado impõe-lhe a impossibilidade de intervir em assuntos religiosos, assim como os dogmas de fé não podem influenciar nos atos estatais, nas decisões sobre direitos fundamentais.

²⁸ A Ministra Rosa Weber, ao utilizar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade, destacou em seu voto que: Seja do ponto de vista epistemológico, seja por meio da análise histórica, seja a partir da hermenêutica jurídica, e forte ainda nos direitos reprodutivos da mulher, todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la. (BRASIL, 2012, p.48).

²⁹ “Assim, a Corte decidiu que a mera presença de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas não denota um processo de doutrinação das crianças, nem limita o direito e educação dos pais, que permanecem com o direito de educar e ensinar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas” (BRASIL, 2016, p. 06).

experiência de outros países democráticos, como Estados Unidos e Alemanha, concluiu que a realização do procedimento, nos três primeiros meses de gestação, não configura crime, prevalecendo os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia e integridade física e psíquica. Considerou também que, criminalizar o aborto até o terceiro mês de gravidez fere os direitos fundamentais da mulher. Tal posição, proferida pelo hoje Ministro Luiz Roberto Barroso foi acompanhada pelos Ministros Rosa Weber e Edson Fachin.³⁰

A referida Ministra ainda se valeu dos casos *Paton versus Reino Unido*, *Vo versus França*, *Evans versus Reino Unido*, *A, B, and C versus Irlanda*, todas da Corte Europeia de Direitos Humanos, para consubstanciar seu voto pela procedência do pedido. Esses casos citados pela Ministra denotam que a Corte Europeia ainda não firmou entendimento sobre o assunto por entender que não possui legitimidade para legislar sobre o tema³¹.

De todo o exposto, observa-se que, novamente a Corte Europeia de Direitos Humanos foi citada pelos Ministros do STF, para, por meio das experiências desta Corte, embasar seu voto. Mais uma vez tais citações se deram diante de julgados emblemáticos e que proporcionaram uma mudança paradigmática na jurisprudência constitucional brasileira.

4. CONCLUSÃO

A prática jurisdicional impõe ao intérprete constitucional significativos desafios. Pois, como balancear direitos tão caros a todos, de forma a atender, satisfatoriamente, todas as pretensões? Assim, a fim de obter êxito em uma missão já desde o início impossível, a hermenêutica constitucional vem se valendo de mecanismos de cooperação e diálogo entre tribunais para assim, garantir aos destinatários uma resposta que seja, *a priori*, universal. Porque, entende-se que, mesmo que as realidades culturais, sociais, econômicas e políticas sejam diferentes nas inúmeras constituições democráticas existentes no globo, os direitos

³⁰ Trata-se de pedido de Habeas Corpus n. 124.306 de cinco profissionais da saúde presos em flagrante ao realizarem o procedimento em uma clínica de Duque de Caixas, no Rio de Janeiro.

³¹ Segundo a Ministra: “A Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Paton vs. Reino Unido*, *Vo vs. França*, *Evans vs. Reino Unido*, *A, B, and C vs. Irlanda*, a título de exemplo, igualmente entendeu que a proteção do direito à vida intrauterina não é absoluta, tampouco a proteção dos interesses do embrião/feto, devendo haver uma proporcionalidade entre a proteção deste com a proteção dos demais direitos, notadamente os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva. Relevante assinalar que a Corte Europeia de Direitos Humanos não firmou uma interpretação sobre o direito à interrupção da gravidez, porquanto entendera que o Conselho da Europa não tem legitimidade para legislar sobre o assunto. Nos casos referidos foi apreciada a questão da proporcionalidade entre as medidas de ingerência dos Estados em favor da proteção dos interesses dos nascituros e o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher”. (BRASIL, 2016, p.11-12).

fundamentais, essencialmente, possuem em si elementos que são universais, frutos de valores comuns às democracias modernas.

Assim, ainda que a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos seja baixa, conforme os dados coletados na pesquisa, não se pode deixar de exaltar a sua contribuição na defesa de direitos fundamentais diante de casos de grande repercussão no cenário nacional e mundial.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **A teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Racionalidade Jurídica e Validade Normativa**. Da metafísica à reflexão democrática. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11 ed. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: agosto 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>> Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio, Voto-Vista. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/11/HC-Voto-Aborto-1-1.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CASTRO, Suzana de (Org.). **Introdução à Filosofia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Strasbourg cedex. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica em debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: Incursões Jurídicas e Filosóficas sobre as Teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich; LENIN, Vladimir. **Sobre a Mulher**. São Paulo: Global, 2008.

GASPAR, António Henriques. **A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional: a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho**. Intervenção no Colóquio por ocasião da Comemoração do 30º Aniversário da vigência da CEDH em Portugal. Supremo Tribunal de Justiça, 10 de Novembro de 2008. Disponível em:<
http://www.stj.pt/ficheiros/cerimonias/30anoscedh_vicepresidentestj.pdf> Acesso em: 18 mai. 2017.

MOTA, Francisco Teixeira da. **A liberdade de expressão em Tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. 2013. Belo Horizonte, 2013.

SANTIN, Janaina Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. **O Antissemitismo e o Supremo Tribunal Federal: análise do caso Ellwanger**. In: CONPEDI/UFF; HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (coord.) História do direito [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 314-339. Disponível em:<

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0031c7a91d74015>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

SANTOS, Yule Luiz Tavares dos. **A aplicabilidade da doutrina da margem de apreciação no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. In: CONPEDI/UFPB; PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco; VIEIRA, Susana Camargo (coord.) Direito Internacional dos Direitos Humanos [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis : CONPEDI, 2014, p.06-35. Disponível em:<
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14bc3485c0d01cc6>> Acesso em: 18 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Débora Cardoso de. **Judicialização dos direitos sociais na teoria da ponderação e no senso de adequabilidade**. 2010. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC Minas, Belo Horizonte, 2010.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Caminhos Transversais dos feminismos e dos movimentos sociais**. In: REND, Silvia Maria Favero; PEDRO, Joana Maria; RIAL, Carmen (Orgs.). Diversidades: dimensões de gêneros e sexualidade. Ilha de Santa Catarina: Mulheres, 2010.

VIEIRA, Helena. **Tudo o que você sabe sobre gênero está errado**. Disponível em:
<<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/05/tudo-o-que-voce-sabe-sobre-genero-esta-errado.html>>. Acesso em: 31 jan. 2017.