

**DIREITOS REPRODUTIVOS – O AVANÇO DA PAUTA EM TEMPOS DE INSTABILIDADE CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA****REPRODUCTIVE RIGHTS – ADVANCES OF THE AGENDA IN TIMES OF CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC INSTABILITY****Amanda Dias Antunes<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a abordar, inicialmente e de forma mais ampla, a judicialização da política na atualidade. Para tanto, faz-se essencial contextualizar tais fenômenos em um cenário de instabilidade constitucional e democrática que se percebe em escala global. Especificamente, pretende-se investigar possibilidades de desenvolvimento da pauta dos direitos das mulheres, em especial os direitos reprodutivos, pela via judicial, sopesando tal caminho com os tradicionais revezes políticos e sociais inatos ao sistema democrático. Nesse ponto, além da análise do caso brasileiro, aborda-se o debate sobre *backlash* desencadeado pelo julgamento histórico *Roe v. Wade*. O que se objetiva, assim, de forma específica é explorar caminhos de acesso a direitos fundamentais de forma estratégica e compromissada com a democracia como sistema de debate e inclusão em que diversos personagens devem se entender como parte de um amplo encadeamento político.

**Palavras-chave:** aborto; democracia; direitos reprodutivos; judicialização da política; Judiciário.

**ABSTRACT:** The present article aims to initially and broadly approach the judicialization of politics in the current times. For this purpose, it is essential to contextualize such phenomenon in a setting of democratic and institutional instability on a global scale. Developments in the women's rights agenda by judicial means, especially reproductive rights, are thus investigated and weighed against long-standing political and social setbacks inherent to the democratic system. In this respect, both the Brazilian case and the backlash caused by *Roe v. Wade* are examined. The specific goal of such an analysis is to explore ways to provide access to fundamental rights in a strategic manner that is also committed to democracy as a system in which debate and inclusion are favored and varied figures should be perceived as part of a large political concatenation.

**KEYWORDS:** Abortion. Democracy. Reproductive rights. Judicialization of politics. Judiciary.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Contexto de instabilidade democrática e constitucional – a relação entre a deterioração dos sistemas político e constitucional. 2.1. O caso brasileiro. 2.2. O caso estadunidense e o processo de deterioração constitucional. 3. Judicialização da política como opção viável ou fator facilitador da instabilidade? 4. Caminhos para pautas feministas no Brasil e o que se depreende a partir do *backlash* em *Roe v. Wade*. 4.1 A descriminalização do aborto pela via judicial no Brasil. 5. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Teoria e Filosofia do Direito, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); amandad.antunes@gmail.com

**SUMMARY:** Introduction. 1. A context of constitutional and democratic instability – the relation between the deterioration of the political and constitutional systems. 2.1 The Brazilian case. 2.2. The US-American case and the constitutional deterioration process. 3. Judicialization of politics as a viable option or an instability-promoting factor? 4. Ways for feminist agendas in Brazil and what can be inferred from the Roe v. Wade backlash. 4.1. Decriminalization of abortion by judicial means in Brazil. 5. Conclusion. References.

## **Introdução**

O presente artigo tem como objetivo avaliar as possibilidades de avanço de pautas ligadas a direitos de minorias por via judicial em um contexto de instabilidade política e constitucional. Para tanto, inicia-se a investigação a partir de um balanço do panorama atual, em que países constitucionalmente democráticos passam por processos de ascensão política de discursos populistas e autoritários.

Em um quadro de descrédito da política tradicional e não efetivação das cartas constitucionais, a insatisfação popular serve como verdadeiro combustível para a ascensão ao poder de autodenominados *outsiders* que se apresentam como rompimento com o sistema político tradicional. Aborda-se, especificamente, o caso brasileiro e estadunidense, por entender que os citados países guardam importantes paralelos quanto à atuação das Cortes Constitucionais no que tange a questões morais sensíveis.

Assim, passa-se à análise do fenômeno da judicialização da política. Interessa inicialmente perceber como a combinação de mais de uma tese a respeito do fenômeno pode, de maneira conjugada, facilitar o entendimento e as demandas do sistema. Dessa forma, vale avaliar se a atual maneira como atuam as Cortes Constitucionais tem colaborado para a ampliação do debate social e apaziguamento de questões polarizadoras.

Destaca-se, especificamente, o debate quanto ao avanço de pautas feministas, ou seja, demandas dedicadas aos direitos das mulheres, compreendidas entre o grupo de direitos voltados a proteger e promover a igualdade da mulher como sujeita de direitos. Delimitando ainda mais a abrangência do debate, o foco recairá sobre o acesso aos direitos reprodutivos, especialmente o aborto, que notoriamente consiste em pauta social polêmica, impactada pela forte segmentação entre grupos progressistas e conservadores/religiosos.

Apresentado um cenário de ascensão de grupos políticos “conservadores quanto aos costumes”, entende-se que é de grande dificuldade o avanço do tema dos direitos reprodutivos

por meios parlamentares, do que se resta avaliar a possibilidade de aposta na via judicial. Contudo, a utilização da via judicial como prolongamento da arena política estrita levanta diversos questionamentos importantes: cabe a Corte o papel de ditar políticas públicas relativas ao tema? Pode a Corte deixar de privilegiar a vontade de uma suposta maioria? Nesse caso, estaria exercendo um papel contra majoritário legítimo? O *backlash* deve ser considerado nessa tomada de decisão? A popularidade da Corte é também um fator decisório?

Tais questões se colocam diante do histórico de culpabilização de decisões como *Roe v. Wade* em relação ao acirramento do debate social em questões éticas e morais tal como o aborto. Assim, será finalizado o presente trabalho investigando quais contribuições podem ser retiradas da leitura do *backlash*, além de abordar perspectivas extralegais que podem contribuir para uma leitura constitucional democrática. É nesse sentido o que se passa a expor.

## **2. Contexto de instabilidade democrática e constitucional – a relação entre a deterioração dos sistemas político e constitucional**

Atualmente, são comuns argumentos em defesa da constatação de um estado de crise constitucional e democrática. Tal fenômeno pode, inclusive, ser observado em escala internacional. A começar pelo caso brasileiro, é notório, especialmente após as eleições de 2018, que a confiança no Estado, já minada por escândalos de corrupção, vem também sofrendo ataques na esfera do Poder Judiciário com o fomento de discursos populistas. No mesmo sentido, os Estados Unidos da América – EUA, vivenciam um período instabilidade política e constitucional desde as suas eleições presidenciais de 2016, que guarda semelhanças com o caso nacional.

Para melhor entender a teoria e aproveitar o que ela tem a oferecer para a práxis, opta-se no presente texto por iniciar a investigação com a averiguação do contexto atual, seus sintomas de instabilidade, desrespeito e afastamento da ordem democrática e constitucional até então vigente.

Primeiramente, cabe pontuar que o estado político e constitucional modelo nos países ocidentais consiste no Estado Democrático de Direito. Vale pontuar, ainda, que o paradigma jusfilosófico pós Segunda Guerra Mundial tomou como principal objetivo promover

a relação entre o direito e a ética. Assim, o chamado pós-positivismo<sup>2</sup> incorpora valores ao direito como fonte hermenêutica e positiva. Tais valores estão especialmente direcionados à promoção da dignidade da pessoa humana, do que se destaca o movimento de internacionalização de direitos fundamentais que, com *status* de direitos humanos, disseminam uma nova gama de direitos individuais e coletivos capazes de demandar prestações específicas dos Estados.

Nesses termos, o mundo pós Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), assistiu à difusão de direitos fundamentais em acordos internacionais e em cartas constitucionais, sendo recepcionados, assim, como direito do mais elevado grau.

## 2.1 O caso brasileiro

O caso brasileiro não foi diferente do acima observado. Na década de 1970 o Brasil e diversos países na América Latina viviam sob regimes de exceção, ditaduras que notoriamente desrespeitavam direitos individuais, relativizavam a dignidade da pessoa humana e arbitrariamente negava direitos fundamentais. A partir da década de 1980, o país vivenciou um processo de redemocratização, que culminou na confecção na Carta Constitucional de 1988.<sup>3</sup>

Parece natural e intuitivo que, após um período de grande trauma democrático e violador de direitos essenciais, tenha sido desejo do legislador constituinte salvaguardar, tão bem como podia, direitos fundamentais. Fala-se, assim, que a Constituição de 1988 tem como característica trazer um catálogo de direitos<sup>4</sup>, ou seja, um extenso rol de direitos fundamentais. Deriva daí sua classificação como analítica, o que junto ao seu grau considerável de rigidez,

---

<sup>2</sup> Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 270.

<sup>3</sup> Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/periodos-da-ditadura/>. Acesso em: 6 fev 2021.

<sup>4</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago, 2013. p. 205.

dificultando alterações por via parlamentar, colabora para a ampliação da esfera de atuação do Judiciário.

Além do citado acima, é preciso informar que outros traços da forma de Estado adotada pelo Brasil e outras previsões constitucionais, colaboraram para o largo escopo de atuação do Poder Judiciário. Destaca-se, em síntese, a grande fragmentação do poder político, o sistema presidencialista, proporcional, o multipartidarismo e o federalismo.

Insera-se aqui o entendimento clássico da ciência política brasileira, no sentido de que a combinação dos fatores acima citados culminaria em inúmeros entraves na realização de agendas políticas progressistas, favorecendo a manutenção do *establishment*. É neste sentido o seguinte trecho destacado:

Consiste em visão tradicional na ciência política brasileira a noção de que a combinação desses fatores centrífugos (presidencialismo, sistema proporcional, multipartidarismo e federalismo) geraria paralisias decisórias e ingovernabilidade, com o surgimento de vários *veto players* que obstarão a implementação da agenda do governo e a realização de efetivas mudanças no status quo. [...] sobreviveria o poder político de elites políticas e de oligarquias regionais, que se traduziria na construção da “base aliada” por meio das tradicionais técnicas clientelistas da “patronagem”, notadamente a distribuição de ministérios, cargos, emendas orçamentárias etc.<sup>5</sup>

Essa leitura encontra respaldo em uma análise histórica e social do desenvolvimento constitucional na América Latina. De acordo com Roberto Gargarella,<sup>6</sup> a estratégia de desenvolvimento constitucional dominante na América Latina pode ser entendida como “acumulação”. Pela acumulação, quando diferentes ideais políticos entram em conflito, os grupos adversários não disputam de forma a chegar a uma síntese ou consenso, mas insistem em obter o que inicialmente pretendiam e formam alianças que permitirão previsões legais dúbias, que em meio a inconsistências e contradições permite que sejam mantidas as pretensões iniciais de todos. O que se obtém a partir dessa estratégia é uma estrutura institucional e legal que reflete demandas diferentes e contraditórias.

Nesse âmbito de contradições, evidentemente surgem conflitos em interpretações constitucionais, o que embaraça a atividade do intérprete e, conforme diferentes leituras se

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>6</sup>GARGARELLA, Roberto. Latin America: Constitutions in Trouble. In: *Constitutional democracy in crises?* GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford & TUSHNET, Mark (Orgs.). Oxford University Press, 2018, p. 188.

colocam como legítimas, mina a confiança do cidadão na assertividade das decisões tomadas por sua Suprema Corte.

Ao fim, o que Gargarella aponta é um descompasso entre a forma estrutural da organização do Estado e as previsões extensas típicas do catálogo de direitos. A manutenção de estruturas de poder tradicionais frente à Cartas de Direitos progressistas evidencia um formato de governo ineficiente e incompatível com o ideal democrático, colaborando para o sentimento de instabilidade. Nesses termos, transcreve-se:

A decisão de descuidadamente combinar esses diferentes entendimentos de constitucionalismo e democracia parece nada atrativa e perigosa. A nova carta de direitos promete entregar coisas que o resto do texto constitucional, relacionado à organização dos poderes, está preparado para negar. As instituições políticas acabam em camisas de força, incapazes de expressar as visões da maioria, canalizar seus interesses políticos e satisfazer as expectativas sociais que a nova declaração de direitos encorajou. As novas constituições incorporam, assim, tensões internas de forma desnecessária, prejudicando o seu verdadeiro funcionamento.<sup>7</sup>

Assim, o histórico de desenvolvimento político e constitucional, bem como as opções que moldam o Estado Democrático Brasileiro, constituem condições favoráveis para a expansão do Poder Judiciário. Nesse sentido:

[...] federalismo aumenta a difusão do poder político no Brasil, estimulando a judicialização ante a necessidade de o Judiciário dirimir frequentes conflitos positivos e negativos travados entre “Poderes”, entes federativos, agências reguladoras, partidos políticos etc. Por outro lado, a estabilização da democracia brasileira aumenta a incerteza eleitoral, já que os adversários políticos têm natural receio de sofrer derrota nas urnas. Seguindo a esteira da teoria do seguro político de Ginsburg, há um estímulo mútuo entre os grupos políticos de entrincheirarem na Constituição as regras básicas do jogo democrático, a fim de preservar a possibilidade de ascenderem democraticamente ao poder, e normas substantivas, para que o núcleo mínimo de sua proposta política fique fora do alcance da política majoritária. Enfim, o sistema político instituído pela Constituição de 1988 apresenta condições políticas favoráveis à expansão do Judiciário.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Tradução livre do trecho: *The decision to carelessly combine those different understandings of constitutionalism and democracy seems unattractive - and dangerous. The new declarations of rights promise to deliver things that the rest of the constitution – the one related to the organization of powers – is prepared to deny. Political institutions thus became like a strait jacket, unable to express the views of the majority, channel their political demands, and satisfy the social expectations that the new declarations of rights encouraged. The new constitutions incorporate in that way internal tensions that unnecessarily damage their actual functioning.* Ibidem, p. 188.

<sup>8</sup> BRANDÃO, op. cit., p. 205. Contudo, há que se ressaltar que a Constituição de 1988 trouxe também meios de proporcionar coesão e governabilidade para a implementação da agenda do governo federal, especialmente pelo amplo rol de matérias reservadas à iniciativa do Executivo. “*Dai se vê que o Executivo brasileiro, além de controlar, em boa medida, a agenda do Congresso Nacional, é o principal legislador do país, ditando, através do apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária, o que é votado e aprovado no Congresso Nacional.*” Ibidem, p. 204.

Diante de um cenário de disputas políticas com pouca fidelidade democrática e pouco concretizador de direitos fundamentais, somaram-se as recentes crises econômicas mundiais, exacerbando as desigualdades sociais e a insatisfação geral do cidadão com o governo. Acrescenta-se, ainda, os igualmente recentes e grandes escândalos de corrupção entre os altos escalões do governo<sup>9</sup>, um ambiente perfeito para a proliferação de discursos populistas, em que determinadas figuras se colocam como *outsiders*.

É nesse tipo de ambiente que se pode verificar a vitória de uma proposta política que guarda pouca deferência ao sistema democrático e à ordem constitucional. É nesse ambiente que florescem propostas autoritárias, sustentadas por *fake news* e distorções críticas ao sistema tradicional de governo e organização estatal.

Nesse sentido, impõe-se a referência ao grave relato apresentado pela imprensa no sentido de que a Presidência da República não cumpriria decisão da Suprema Corte caso lhe fosse imposta a obrigação de entregar o aparelho de telefone pessoal do Presidente em decorrência de notícia-crime apresentada por partidos políticos. Assim teria transcorrido o episódio marcado pela frase: “Vou intervir!”, sintomático da instabilidade constitucional e democrática vivenciada.<sup>10</sup>

A ameaça grave e extremada pode fazer acreditar que o Estado Brasileiro se encontra em momento de crise constitucional. Contudo, vale ponderar aqui algumas considerações formuladas por Jack M. Balkin em seu texto *Constitutional Crises and Constitutional Rot*.

## 2.2 O caso estadunidense e o processo de deterioração constitucional

Balkin aborda o caso estadunidense afirmando que o Presidente Donald Trump teria como característica fraturar as normas políticas, precipitando uma crise constitucional.

---

<sup>9</sup> Vide a título exemplificativo: Entenda a Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 05 fev. 2021. E ainda: Os maiores escândalos de corrupção no Brasil - Em levantamento feito a pedido de Época NEGÓCIOS, a Controladoria Geral da União indentificou os cinco principais casos de desvio de recursos públicos já investigados pelo órgão federal. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil.html>. Acesso em: 05 fev. 2021.

<sup>10</sup> GUGLIANO, Monica. Vou intervir! O dia em que Bolsonaro decidiu mandar tropas para o Supremo. In: *Revista Piauí*. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/vou-intervir/>. Acesso em: 06 de fev. 2021.

Ressalva, entretanto, que o termo é utilizado de forma discricionária e pouco acurada, e caracteriza a situação como sendo na verdade um caso de “deterioração constitucional”, uma espécie de processo anterior à crise constitucional.

Para Balkin, a eleição de Trump é mero sintoma do processo de deterioração constitucional vivido no país há algum tempo. Assim, indica que crise constitucional é o que ocorre quando há um sério risco de a constituição falhar em seu objetivo central, qual seja, manter desentendimentos entre os limites da política comum, ao invés de partir para anarquia, violência ou guerra civil.<sup>11</sup> Nesse sentido, além do papel de proteger liberdades civis e dividir e restringir o exercício do poder, seria tarefa constitucional precípua, a manutenção da paz, bem como fazer com que as pessoas contendam no âmbito da arena política.<sup>12</sup>

Inicialmente, o autor pontua que disputas acerca do significado da lei e da Constituição são um aspecto normal da política estadunidense e que muitas dessas disputas recebem sua solução na Suprema Corte, sendo esta uma forma constitucionalmente regular. Ressalva o autor que, por muitas vezes, as pessoas se adiantam no debate, denominando de crise constitucional o que Mark Tushnet denomina de “*constitutional harball*”, significando a situação em que os atores políticos distendem ou desafiam convenções políticas que eram previamente consideradas regras não ditas do jogo político limpo, ainda que não legalmente exigidas<sup>13</sup>, visando obter vantagens políticas, o que gera revolta e represálias políticas.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup>BALKIN, Jack M. Constitutional crises and constitutional rot. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Orgs.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018.

<sup>12</sup> Vale apontar que à época da elaboração do trabalho comentado, não se poderia imaginar as recentes reviravoltas das eleições americanas de 2020, culminando na invasão ao Capitólio por apoiadores de Donald Trump que se negam a reconhecer o resultado das eleições desfavorável ao seu candidato. No entanto, analisando que a insurgência foi contida sem maiores consequências práticas – ainda que muito simbólicas –, acredita-se que se mantenha a opinião final do autor quanto à não configuração do quadro de verdadeira crise constitucional na sociedade estadunidense. Sobre o tema: SANCHES, Mariana. Invasão do Congresso nos EUA: ‘Banho de sangue é inevitável às vezes’: por dentro do ato que levou a invasão histórica e estado de emergência em Washington. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55572422>. Acesso em: 04 fev. 2021.

<sup>13</sup> Bom e recente exemplo consiste na celeuma envolvendo a última vaga disponível para indicação à Suprema Corte dos Estados Unidos. Com o falecimento da juíza Ruth Bader Ginsburg, Trump afirmou ser direito do Presidente indicar um candidato para o cargo e, contrariando o ocorrido em 2016, quando do falecimento do juiz conservador Antonin Scalia, o então presidente, Barack Obama, teve sua indicação à Corte barrada pelo Senado, que na ocasião era controlado pelos republicanos. À época, o líder do Senado, Mitch McConnell, afirmou que em virtude da proximidade das eleições, o povo americano deveria ter direito de voz na seleção para a Suprema Corte, de modo que a vaga precisaria aguardar a eleição do novo Presidente para ser preenchida. Tem-se aqui um claro caso de *hardball*, em que as regras políticas foram forçadas à benefício dos republicanos. Sobre o tema: TEIXEIRA, Sérgio Jr. *A guerra pela Suprema Corte: Por que a indicação é tão importante?* Disponível em: <https://exame.com/mundo/a-guerra-pela-suprema-corte-por-que-a-indicacao-e-tao-importante/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 103.

Necessário se faz, assim, diferenciar a crise constitucional da deterioração constitucional, sendo este um mal específico de democracias representativas, uma degradação das normas constitucionais que são cunhadas para operarem por um longo período de tempo. A deterioração constitucional se trata, assim, de um processo de desvalorização nas formas do sistema de governo que mantém uma república democrática saudável. Com a deterioração, o sistema passa a ser cada vez menos democrático e menos constitucional, uma vez que os representantes não se mostram engajados em representar interesses públicos, mas sim em manter a si no poder e agradar grupos restritos e influentes, gerando na prática uma espécie de oligarquia.<sup>15</sup>

Com o processo de deterioração constitucional se desenvolvendo, a população passa a confiar cada vez menos no governo, o que faz com que as pessoas favoreçam demagogos que exaltam o povo, incitam diferenciações, raiva e ressentimento. Utilizam-se, ainda, do desvio da atenção dos eleitores para figuras de inimigos e culpados, se alimentando do medo das pessoas da perda da posição social que possuem.<sup>16</sup> Enumera, nesse quadro, os chamados “quatro cavaleiros da deterioração constitucional”:

O primeiro fator é a perda da confiança, tanto no governo quanto nos demais cidadãos. O segundo fator é a polarização, a qual faz com que cidadãos entendam seus concidadãos como inimigos implacáveis ao invés de membros de uma empreitada comum; isso também leva as pessoas a desperdiçarem atenção e energia em conflitos simbólicos e de soma zero em detrimento da questão social. Um terceiro fator é o aumento da desigualdade econômica, que gera raiva e ressentimento, levando a população a buscar por bodes expiatórios e inimigos como causa para seus infortúnios. O quarto fator é a política dos desastres, um termo cunhado por Stephen Griffin. Política de desastres consiste em séria falha no processo decisório pelos representantes públicos, o que faz com que o povo perca a fé no governo.<sup>17</sup>

Analisando os quesitos destacados por Balkin, ganha relevo o cenário brasileiro descrito anteriormente, sendo necessário atentar para o alerta formulado pelo mesmo autor, no sentido de que quando as pessoas não mais hesitam em usar seu poder para proveito próprio e

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>17</sup> Tradução livre do trecho: *The first factor is loss of trust, both in government and in one's fellow citizens. The second factor is polarization, which causes members of the public to regard their fellow citizens as implacable enemies rather than members of a common enterprise; it also leads members of the public to waste their attention and energies on symbolic conflicts and zero-sum conflicts over social status. A third factor is increasing economic inequality, which creates anger and resentment, and leads the public to look for scapegoats and enemies who are the cause of its misfortunes. The fourth factor is policy disasters, a term coined by Stephen Griffin. Policy disasters are serious failures in decision-making by the public's representatives, which cause the public to lose faith in government* Ibidem.

quando as normas do jogo político limpo são deixadas de lado a democracia constitucional está ameaçada e, se empurrarmos longe demais os limites da democracia constitucional, entraremos em crise constitucional. Estaríamos vivendo hoje com os dias contados.<sup>18</sup>

### **3. Judicialização da Política: compromisso constitucional ou fator facilitador da crise?**

Em meio à instabilidade supramencionada, está o debate acerca da possibilidade de ação e extensão do papel das Cortes Constitucionais quando da prática do *judicial review*. Sobre a expansão do Judiciário, destaca-se aqui, dentre as principais correntes de análise doutrinária: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas.

As teorias conceitualistas apontam que a principal causa para a expansão do Judiciário decorre da ampliação e positivação de direitos fundamentais no mundo pós segunda guerra mundial. Por outro lado, as teorias funcionalistas associam a difusão do Judiciário aos sistemas políticos fragmentados, uma vez que os problemas de coordenação ente os diversos atores políticos precisam ser dirimidos pela via judicial. Já as teorias estratégicas partem da ideia inicial de que o Judiciário é o mais frágil e dependente entre os poderes do Estado, de modo que o exercício e consequente ampliação de seus poderes dependerá necessariamente da adesão dos demais poderes.<sup>19</sup>

A partir do apresentado no ponto 2, tem-se que a melhor leitura recomenda a não aplicação das teorias de forma exclusivista, uma vez que complementarmente são capazes de cobrir aspectos da prática não abrangidos quando vistas de forma isoladas. É assim que afirma Brandão:

Ocorre que tais teses são raramente exclusivas; antes, elas apresentam condições que, embora distintas, contribuem para a expansão do Judiciário, podendo estar presentes em diferentes medidas em determinado sistema político-constitucional. A análise da forma pela qual estas condições se apresentam em determinado sistema é importante para aferir a intensidade e as características da expansão do Judiciário.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>19</sup> BRANDÃO, op. cit. p. 213.

<sup>20</sup> Ibidem.

Considerada a conjugação de diversos fatores para a expansão do Judiciário e da atividade do *judicial review*, percebe-se que o papel das Cortes ao lidar com decisões que se imiscuem na política se localiza em uma certa zona cinzenta.<sup>21</sup> Ao Judiciário é legado dirimir conflitos entre os diferentes entes políticos, se pronunciar acerca da interpretação e efetivação do amplo rol de direitos constitucionais, além de tradicionalmente ser entendido no âmbito da democracia constitucional como o responsável por garantir aos grupos minoritários direitos e inclusão, que em regra não são deferidos por vias parlamentares, que tem mandatos atrelados diretamente ao sufrágio eleitoral. Esse breve e sintético panorama ratifica a necessidade do Judiciário se pronunciar sobre temas sensíveis política e socialmente, sendo ainda apontado como instância final do debate, considerando sua compreensão popular de intérprete final da Constituição.<sup>22</sup>

Interessante reproduzir aqui o conceito de judicialização da política como “o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas [...] por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.”<sup>23</sup> Ademais, as dimensões básicas do fenômeno são sistematizadas por Ran Hirschl nos seguintes termos:

(i) transferência de prerrogativas tradicionais dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário (p. ex., relações internacionais, política fiscal e segurança nacional), (ii) corroboração judicial de mudanças de regime, (iii) a fiscalização do processo democrático, (iv) justiça restaurativa, (v) questões que são a verdadeira razão de ser da política, notadamente a solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Vale apontar o que indica Friedman, no sentido de que juízes constitucionais – e o Judiciário de modo geral – não podem ser blindados da política ordinária da forma como a teoria normativa gostaria de nos fazer crer. É necessária uma teoria integradora, compromissada com o império da lei característico dos normativistas, mas ainda capaz de enxergar as amarras políticas que atam e envolvem os julgadores, o que seria possível pela complementariedade em relação aos teóricos positivos. FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. In: *Texas Law Review*, 2006. p. 261.

<sup>22</sup> Sobre o papel de intérprete final da constituição, necessário citar que já é atualmente contestado pela doutrina, do que se cita a reformulação da teoria da supremacia judicial realizada por Schauer. Estes autores, em síntese, refutam a tentativa de fundamentar a supremacia judicial com base no texto constitucional e na história. Argumentam, assim, que ainda que o texto constitucional apontasse expressamente a Suprema Corte como detentora da última palavra, subsistiriam problemas relativos à exegese judicial ser ou não a mais adequada. Ademais, apesar da histórica estadunidense reiterar o poder às Cortes, não significa que hoje os norte-americanos aceitam a tese em debate. Assim, percebem a determinação da instituição política responsável pela interpretação final da Constituição como questão lógica e pré-constitucional de design institucional-normativo. SCHAUER, Frederick. *Judicial Supremacy and the Modest Constitution in Judicial Supremacy*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 178.

O presente trabalho delimitará o debate aos pronunciamentos acerca de questões morais complexas, o que, contudo, não prejudica a ampliação dos comentários ao escopo geral do debate sobre judicialização da política. São diversos os temas sociais e políticos que chegam a Corte Constitucional devido a diferentes interpretações das normas, demandando do, até então entendido como intérprete maior, o pronunciamento final sobre questão socialmente controversa.

Pode-se citar aqui, à título exemplificativo, a grande alteração provocada na sociedade estadunidense a partir do julgamento emblemático do caso *Brown v. Board of Education*, que no contexto das leis de segregação racial que dividiam a sociedade norte-americana, assegurou o avanço da inclusão de pessoas pretas em diversos espaços sociais. Por outro lado, ao pensar no caso *Roe v. Wade*, temos um caso de aumento da polarização social após a tomada de decisão pela Suprema Corte, que autorizou a realização do procedimento de aborto pelas mulheres. Tal decisão judicial foi sempre desafiada e limitada por outros meios políticos, especialmente legislações e políticas públicas locais, que contaram com o apoio de parte da população que se coloca contra a autorização ao procedimento por motivos religiosos e morais.

Vale pontuar que, no Brasil, a possibilidade de levar tais debates ao Supremo Tribunal Federal foi ampliada a partir da concessão de legitimidade à sociedade civil e partidos políticos para postularem diretamente na Corte<sup>25</sup>. Contudo, apesar da clara abertura ao debate com a população e menores representações parlamentares, é preciso reconhecer que também ocorreu verdadeira extensão dos debates políticos. O Judiciário passou a ser uma segunda arena para aqueles que perdem no processo decisório estritamente parlamentar, prolongando a disputa de interesses quanto à interpretação constitucional de determinado tema. É o que se denomina de *adversarial legalism*, à luz do conceituado por Robert Kagan.<sup>26</sup>

Práticas como o *adversarial legalism* contribuem para delegar à Corte decisões acerca de temas controversos e referentes à direitos ligados a minorias sociais. Entretanto, como dito, a decisão da Corte por vezes não pacifica a questão, incitando ainda mais o

---

<sup>25</sup> Vide Lei nº 9.868/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal). Acesso em: 10/02/2021.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 195.

descontentamento social e abrindo espaço para reviravoltas parlamentares, já que o Legislativo não estará adstrito ao decidido pelo Judiciário, permitindo o ativismo congressual<sup>27</sup> e o *backlash*.

Interessante observar que em momentos como o presente, em que se percebe a ascensão da direita e extrema direita na arena política, o Judiciário pode ser lido de forma romântica como a última instância que garantirá o respeito aos direitos fundamentais. Em que pese o entendimento clássico ver assim o papel da Corte, deve-se atentar para a necessária deferência ao caráter representativo parlamentar. A crença em uma elite judiciária capaz de “decidir melhor”, deve ser ponderada frente à dispersão e diversidade propiciada pelo sistema eleitoral, reconhecendo-se que o Judiciário constitui uma instância de poder ainda separada das massas e capaz de representar interesses de antigas elites tradicionais.

Lembra-se, aqui, a teoria do seguro político de Ginsburg, segundo a qual há uma relação de proporcionalidade entre a certeza eleitoral e a expansão do Judiciário. O que se pretende traduzir aqui é uma garantia de que o grupo político vencedor dos processos eleitorais não poderá excluir totalmente o grupo perdedor. Quanto maior for o risco de os grupos políticos relevantes perderem cargos eletivos, maior será o incentivo à constitucionalização e judicialização, visando resguardar interesses da elite pela via judicial.<sup>28</sup>

Ainda que fosse plenamente possível depositar no Poder Judiciário a crença da correta e justa interpretação acerca dos significados constitucionais, há que se considerar o que uma decisão contrária ao clamor da população significa em termos de credibilidade da instituição e custos democráticos gerais. Assim, dois fatores devem ser especialmente considerados quando da tomada de decisões, quais sejam, o apoio popular à Corte e o suporte dos demais atores políticos.<sup>29</sup>

A ponderação desses interesses no processo decisório pode se mostrar estratégica para a capacidade da Corte influenciar de fato debates sociais relevantes, sempre à luz dos

---

<sup>27</sup>Ativismo congressual consiste na Atitude do Congresso Nacional de reação legislativa às interpretações constitucionais proferidas pelo STF. É uma forma de participação mais efetiva nos assuntos de índole constitucional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=ATIVISMO%20CONGRESSUAL>. Acesso em: 14 set 2021.

<sup>28</sup> BRANDÃO, op. cit., p. 205.

<sup>29</sup> A análise parte da consideração complementar das teorias conceitualistas, funcionalistas e estratégicas, destacando que, de acordo com a última, os julgadores precisam calcular o que os outros atores políticos, além da população, farão a partir de sua decisão. Considera-se, assim, o juiz como figura inserida desde sempre em um contexto político, não isolado nem abstrato. FRIEDMAN, op. cit., p. 274.

interesses ratificados pela Constituição. Quanto ao apoio popular, claramente serve para trazer legitimidade às decisões da Corte. Por isso, questiona-se a possibilidade da Corte agir sistematicamente de forma contramajoritária, uma vez que perderia a confiança da população em sua capacidade decisória e conseqüentemente perderia legitimidade e possibilidade de se posicionar futuramente em tópicos essenciais.

Já no que tange ao apoio dos demais atores políticos, cita-se a célebre frase de Hamilton, afirmando que o Poder Judiciário não detém o cofre nem a espada.<sup>30</sup> O Judiciário necessariamente depende da adesão dos outros poderes para materializar suas decisões, do que igualmente se beneficia de uma avaliação estratégica.

Nesse sentido, questiona-se como deve agir hoje o Judiciário ao se deparar com julgamentos sensíveis de temas controversos. Entende-se que para garantir sua missão institucional não pode se omitir diante de violações graves à direitos fundamentais, mas cabe exercer ponderação para selecionar temas em que antagonizará com os demais poderes ou desagradará repetidamente a maior parte da população. Como dito anteriormente, demanda conjugação entre a fidelidade às diretrizes legais, tal como prega a teoria normativa, com as demais teorias disponíveis, que permitem considerar no processo decisório fatores externos e até mesmo políticos.

#### **4. Caminhos para pautas feministas no Brasil e o que se depreende a partir do *backlash* em *Roe v. Wade***

Inicialmente, cabe pontuar que a noção de direitos reprodutivos foi construída a partir da prática política das mulheres em torno de suas demandas na esfera reprodutiva. Entre o século XIX e primeira metade do XX, surgiram os movimentos feministas que pleiteavam especialmente direitos civis como o voto e acesso à educação. Foi também nesse período que as mulheres passaram a reivindicar direitos relacionados ao seu corpo, fecundidade e saúde, tornando o tema amplamente político.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Tradução livre baseada no trecho: *Given that the judiciary, in Hamilton's words, possesses neither the purse nor the sword, positive scholars wonder: How could judges wield such affirmative power?* Ibidem, p. 309.

<sup>31</sup> ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). *Pensamento Feminista Brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

Entretanto, é importante ressaltar que por algum tempo as questões referentes ao corpo e a reprodução feminina eram consideradas questões privadas e subsidiárias à direitos civis e políticos clássicos dentro do próprio movimento feminista. Nesse sentido:

Por muito tempo as questões referentes às mulheres foram postas como pontos separados de uma agenda que privilegiava a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção. A concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres. Implícita nessa nova abordagem para o comportamento reprodutivo, está a crença de que a sexualidade é também uma instância da vida a ser exercida com liberdade e autonomia. [...] a forma mecanicista como foi tratada a contraposição entre maternidade obrigatória versus contracepção moderna e liberadora mostrou-se insuficiente tanto no nível teórico quanto político. [...] Nessa nova perspectiva, a concepção, o parto, a contracepção e o aborto são percebidos como fatos interligados em que a impossibilidade de acesso a qualquer um deles remete a mulher a um lugar de submissão.<sup>32</sup>

O campo de ação referente aos direitos reprodutivos inicialmente se instaura nos Estados Unidos e na Europa, mas atualmente já passou por um processo de internacionalização, do que se cita a ocorrência de dois momentos tidos como fundamentais:

No Tribunal Internacional do Encontro sobre Direitos Reprodutivos (Amsterdã, 1984) os temas tratados estavam ampliados e a utilização da contracepção para fins controlistas foi profundamente questionada. [...] Na Conferência das Nações Unidas da Década da Mulheres (Nairóbi, 1985), a promoção dos direitos da reprodução “como uma aquisição fundamental das mulheres para uma justa posição na sociedade” tornou-se um objetivo universal das ativistas feministas.”<sup>33</sup>

Pensando no caso brasileiro, vale apontar que nos anos 1970, o tema da sexualidade e direitos reprodutivos não eram prioridade da pauta feminista, uma vez que a conjuntura da ditadura militar e a aliança com a Igreja Católica eram pontos centrais na luta por liberdade e igualdade. Com a ampliação dos espaços democráticos, o debate sobre o corpo avança nos anos 1980. Em 1985, pode-se dizer que o termo “direitos reprodutivos” já é amplamente utilizado pelo movimento feminista brasileiro, buscando debater contracepção, esterilização, aborto, concepção e assistência à saúde.<sup>34</sup>

É neste cenário que se instaura a Assembleia Nacional Constituinte e mulheres se mobilizam por todo o país para garantir seus direitos. O Conselho Nacional dos Direitos da

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 166.

Mulher pressiona por uma nova ordem constitucional que perceba as mulheres como cidadãs plenas e, para tanto, os direitos reprodutivos são reivindicados como ponto essencial.<sup>35</sup>

Entretanto, em que pese a Constituição Federal de 1988 assegurar a igualdade entre gêneros como direito fundamental nos termos do seu art. 5º, inciso I, é à legislação infraconstitucional que cabe zelar por demandas específicas, como no caso da Lei Maria da Penha, um marco no combate à violência de gênero.

Quanto ao aborto, especificamente, o tratamento legal ainda se dá na esfera criminal, uma vez que é crime tipificado entre os artigos 124 e 128 do Código Penal Brasileiro,<sup>36</sup> que traz como exceção à punição as interrupções gestacionais quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou em caso de estupro (artigo 128, incisos I e II).

Atualmente, pode-se dizer que há certo consenso dentro da pauta feminista quanto à necessidade de descriminalização do aborto para garantir a plena igualdade da mulher e efetivação de seus direitos humanos específicos, sendo a descriminalização do aborto considerada ponto central da agenda política. É nesse sentido que se cita:

[...] a questão que se mostra mais importante é de se resolver qual o meio mais próprio para garantir o princípio da liberdade individual. Por outro lado, discute-se qual a função do Estado na normatização da sua prática, incluindo a prestação do serviço na rede pública.<sup>37</sup>

Entende-se, assim, que a agenda feminista precisa orientar sua ação para a práxis política no sentido de obter resultados efetivos que agreguem liberdade e igualdade à vida das mulheres hoje. A articulação para a promoção da descriminalização do aborto é essencial para tal avanço. Nesses termos, necessário avaliar as possibilidades de alterações legais por vias parlamentares e ainda avanços pela via judicial, campo onde tem sido fomentado o debate de forma mais frequente em anos recentes.

Contudo, já feitas as considerações acerca do fenômeno da judicialização da política, é necessário ponderar a demanda com os custos constitucionais e democráticos de sua efetivação. Para pensar essa relação expõe-se agora a análise do caso *Roe v. Wade* e o consequente *backlash* desencadeado na sociedade estadunidense.

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>36</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.html). Acesso em: 10 fev. 2021.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 168.

#### 4.1 O caso *Roe v. Wade*<sup>38</sup> e considerações para avanços da pauta feminista

Sobre o tema, vale trazer algumas considerações feitas por Post e Siegel em seu trabalho intitulado *Roe Rage*<sup>39</sup>, que analisa os efeitos da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso de 1973, que garantiu o acesso ao aborto legal e seguro. Nesse trabalho, a questão que se mostra mais importante é de se resolver qual o meio mais adequado para garantir o princípio da liberdade individual. Discute-se também qual a função do Estado na normatização da sua prática, incluindo a prestação do serviço na rede pública. O citado trabalho parte dos conceitos de constitucionalismo democrático e *backlash*, sobre os quais explana-se brevemente o que se segue.

O conceito de constitucionalismo democrático traz, diante do contexto do Estado Democrático de Direito, casos em que, perante o Judiciário, o conflito deve ser tomado como um fator positivo para o desenvolvimento do direito constitucional. Assim, seria uma característica natural de uma sociedade plural – *nomos* heterogêneo – a discordância e a disputa de valores. Se toma como premissa do constitucionalismo democrático o fato de que a autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática, a qual, por sua vez, depende da capacidade de inspirar no povo o reconhecimento desta como representante dos seus valores. Nesse sentido, há no constitucionalismo democrático uma confiança na legitimidade dos valores constitucionais que prevalecerão em caso de disputas.

Nesse processo de legitimidade constitucional os Tribunais exercem um papel essencial, pois cabe a eles a autoridade para declarar o significado de um direito. Os cidadãos esperam que as Cortes protejam importantes valores sociais e que contenham o governo diante de eventuais abusos e desrespeitos à Constituição. Contudo, a legitimidade da Corte, assim

---

<sup>38</sup>Sobre o caso *Roe v. Wade*, vale destacar que o julgamento sofreu revés na Suprema Corte Americana em junho de 2022. O presente artigo foi elaborado no ano de 2021 e por isso suas referências se baseiam no entendimento pela autorização de acesso ao aborto legal e seguro nos Estados Unidos. Entende-se que a virada no entendimento da Suprema Corte apenas ratifica as considerações aqui colocadas sobre os efeitos do *backlash* e a possibilidade de revés social, legal e até mesmo jurídico, uma vez que o tema permanece vivo na sociedade e em disputa por diferentes setores sociais e políticos.

<sup>39</sup> POST, Robert & SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. In: *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 2007, p. 373-433. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 12 fev. 2021.

como a legitimidade de qualquer poder democrático, depende diretamente da confiança que inspira povo. Se o Judiciário interpreta a Constituição de forma contrária aos valores da sociedade é esperado que existam objeções, resistência e reação aos julgamentos. O constitucionalismo democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público tem na construção e legitimação das decisões judiciais.<sup>40</sup>

Cabe pontuar que dentro de um pluralismo democrático, em que se tem na sociedade grande discordância acerca dos valores que devem ser adotados e promovidos pelo Estado, é inquestionável que as reações populares de setores dissonantes da interpretação dada pelas Cortes, engrandecem a legitimidade do sistema jurídico democrático. A tais reações se refere o fenômeno do *backlash*. Este deve, assim, ser entendido como uma reação que surge na sociedade decorrente de decisões emitidas pelo Poder Judiciário quando realiza a interpretação da Constituição, ou seja:

*Backlash* expressa o desejo legítimo de um povo livremente influenciar o conteúdo da Constituição, ainda assim o *backlash* ameaça a independência legal. *Backlash* é onde a integridade do império da lei confronta a necessidade de nossas ordens constitucionais adotarem uma democracia legítima.<sup>41</sup>

Interessante apontar que ao longo do texto os autores colocam em comparativo com o constitucionalismo democrático a teoria minimalista defendida por Cass Sunstein<sup>42</sup>. A teoria de Sunstein defenderia, em linhas gerais, que os Tribunais decidam tão somente com base em provas apresentadas no âmbito do caso concreto, evitando se imiscuir em questões morais e, assim, evitando a reação social entendida como *backlash*.

Nesses termos, a teoria minimalista aponta o *backlash* como algo a ser evitado, ao passo que o constitucionalismo democrático entende o *backlash* como parte do jogo democrático, sendo mais um nível do debate que perpassa os Tribunais, atribuindo significado e legitimidade à Constituição. De acordo com esse segundo entendimento de *backlash*, trazido pelo constitucionalismo democrático, deve-se entender que o conceito de *backlash* não cuida

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>41</sup> Tradução livre do trecho: *Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy.* POST e SIEGEL, op. cit., p. 4.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 32.

apenas de reações a decisões negativas que retrocedem direitos, mas tão somente decisões que se pronunciam acerca de pontos controversos para a sociedade<sup>43</sup>.

Especificamente sobre *Roe v. Wade*, descrevem os autores que, em uma população heterogênea como é a americana, o aborto é um tema extremamente controverso, que sofre grande resistência e é sempre debatido com paixão tanto pelo movimento *pro life* quanto pelo movimento *pro choice*. Assim, seria natural existir forte resistência à uma decisão judicial que se pronuncie a respeito do tema adotando um dos lados como correto, uma vez que existem antagônicas leituras constitucionais que se pretendem legítimas. Os autores seguem para questionar a real influência do julgamento relativo ao aborto para a presente ascensão da direita conservadora e religiosa, dando voz a ponderações como a seguinte:

Linda Gordon, então, destacou que foi o engajamento do feminismo em relação ao aborto – mais do que a decisão da Corte em *Roe* – que provocou de forma tamanha os oponentes do aborto. “Uma explicação melhor para a disseminação de sentimentos intensos antiaborto foi que o aborto mudou de significado a partir da reinterpretação pelo revigorado movimento das mulheres”. “A maior razão para essa calorosa paixão acerca das questões reprodutivas é precisamente o fato de que elas parecem expressar o núcleo central do movimento pela libertação das mulheres e por isso se tornou o maior foco de *backlash* contra o feminismo.”<sup>44</sup>

Nesse sentido, resumem o contexto que coloca o *backlash* posterior ao julgamento como sintomático de polarizações e debates calorosos que já se colocavam na sociedade antes da ação da Suprema Corte. Descrevem assim:

Em resumo, recentes estudos sobre os anos de 1970 sugerem que a resistência à liberação do aborto começou antes de *Roe* como um amplo movimento Católico; e que somente alguns anos depois de *Roe* que um número significativo de evangélicos protestantes se juntou em um movimento pan-cristão de oposição ao aborto como

---

<sup>43</sup> Interessante apontar a noção de que o *backlash* pode ser entendido como algo positivo, o que exemplifica a partir da reação verificada após o julgamento do caso *Bowers v. Hardwick*. No caso citado, a Suprema Corte entendeu não ser inconstitucional a lei do estado da Geórgia que permitia a criminalização da sodomia. Esta decisão foi posteriormente objeto de *overruling* por meio da decisão emitida em *Lawrence v. Texas*. Para que tal lei fosse declarada inconstitucional foi essencial a mobilização social a partir do movimento *gay rights*, o qual pode ser entendido também como *backlash* em relação à primeira decisão citada. Assim, demonstra-se que o *backlash* é uma ferramenta que pode ser utilizada de forma positiva quando se pensa em evolução de entendimentos judiciais para uma visão progressista, ampliadora de direitos fundamentais.

<sup>44</sup> Tradução livre do trecho: *Linda Gordon has thus emphasized that it was the feminist embrace of the abortion right - rather than the Court's decision in Roe - that so provoked opponents of abortion. "A better explanation of the spread of intense antiabortion feeling was that abortion had changed its meaning through its re-interpretation by the revived women's movement." "The major reason for the heightened passion about reproduction issues is precisely that they seemed to express the core aims of the women's liberation movement and thus became the major focus of the backlash against feminism."* Ibidem, p 50

símbolo do humanismo secular e desintegrados dos valores familiares; e que esse movimento assumiu uma forma política a partir da liderança e recursos dos republicanos conservadores e estrategistas, como Paul Weyrich. O *backlash* antiaborto que tanto traumatizou liberais, reflete uma visão constitucional capaz de preservar a posição da família tradicional e resistir à secularização do Estado Americano.”<sup>45</sup>

Dessa forma, entendem os autores que as Cortes podem endereçar os debates sociais e o eventual *backlash* por meio do confronto às controvérsias morais de forma mais profícua do que quando as evitam. O Judiciário, para eles, teria recursos para a promoção da integração social que a corrente minimalista e o medo do *backlash* não são capazes de abarcar.

Os juízes podem, sim, canalizar e mediar conflitos, guiar o diálogo público e as práticas sociais em uma empreitada em prol da delineação dos significados constitucionais.<sup>46</sup> Nesses termos, ratificam a proposta por um constitucionalismo democrático que explore a profunda e inevitável interdependência entre a lei constitucional e a política, uma vez que a Constituição incorpora um *nomos*, e a fidelidade a esse *nomos* demanda engajamento que é tanto jurídico quanto político.<sup>47</sup>

#### **4.1 A descriminalização do aborto pela via judicial no Brasil**

No que tange ao direito ao aborto, faz-se interessante destacar que também se verifica paulatinamente a ocorrência de *backlash* na sociedade brasileira. A partir de decisões pontuais do Supremo Tribunal Federal em prol de descriminalização do aborto e do acesso ao aborto seguro e legal, já se insurgem de forma direta parcela da população que discorda da descriminalização, bem como representantes do Poder Legislativo e Executivo, que refletindo o interesse de seus eleitores, buscam endurecer o tratamento legal dado ao tema.

---

<sup>45</sup> Tradução livre do trecho: *In summary, recent scholarship on the 1970s suggests that resistance to the liberalization of abortion began before Roe as a largely Catholic movement; that it was not until some years after Roe that significant numbers of Protestant evangelicals joined a pan-Christian movement opposing abortion as a symbol of secular humanism and disintegrating family values; and that this movement assumed political shape with the leadership and resources of conservative Republican strategists like Paul Weyrich. The antiabortion backlash that has so traumatized liberals reflects a constitutional vision that would preserve traditional family roles and resist secularization of the American state.* Ibidem, p. 56.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 66.

Destaca-se quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54<sup>48</sup>. Nesta, pretendia-se que a Corte Constitucional conferisse ao Código Penal interpretação conforme a Constituição e declarasse que o aborto de fetos anencéfalos não configura crime. Decidiu o Supremo que os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez nessas circunstâncias não cometem o crime de aborto.

Cita-se ainda a declaração da Corte ao julgar o Habeas Corpus nº 124.306<sup>49</sup>, em que se analisava o pleito de liberdade provisória impetrado por dois médicos presos em flagrante no momento em que supostamente estariam realizando um aborto com o consentimento da gestante e por isso incorrendo no crime previsto no artigo 126 do Código Penal. Na ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao analisar o *writ*, entendeu que não estavam presentes os pressupostos da prisão preventiva, sendo que um desses pressupostos consiste na existência de crime, nos termos do artigo 312 do Código Penal. Apontou o citado Ministro que não haveria motivo para a prisão preventiva pelo fato da gravidez estar ainda no primeiro trimestre, de modo que a punição prevista nos artigos 124 e 126 do Código Penal não seria compatível com a Constituição Federal por não recepção.

Ressalva-se acerca da citada decisão, que foi tomada pela 1ª Turma do Supremo, não sendo possível concluir que assim decidiria também o Plenário da Corte. Ademais, a discussão acerca da criminalização se deu no âmbito da análise da manutenção da prisão preventiva, não tendo sido determinado o trancamento da ação penal de forma definitiva.

Contudo, ainda que não represente uma descriminalização, a decisão sinalizou para a sociedade o entendimento de pelo menos parte da Corte Constitucional a respeito do aborto não ser tido como crime à luz da Constituição Federal de 1988. Naturalmente, como já explicitado no presente trabalho, o aborto consiste em questão polêmica, que divide a sociedade, decorrendo da decisão do Supremo uma natural reação social que reverbera nos demais Poderes do Estado.

Ademais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.581, que teve como Relatora a Ministra Carmem Lúcia e que, entre outros pontos, pugnava pela liberação do aborto

---

<sup>48</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 12 fev 2021.

<sup>49</sup> Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

nos casos em que há o diagnóstico do Zika vírus, foi julgada prejudica. Quanto ao tema do aborto, entendeu-se que a associação que pleiteava não teve sua legitimidade reconhecida.<sup>50</sup>

Além desse movimento omissivo do Judiciário, tramitam no Poder Legislativo diversos projetos de lei que buscam dificultar e impedir o aborto legal, bem como agravar a punição. Cita-se entre esses: Projeto de lei nº 478/2007<sup>51</sup>, mais conhecido como estatuto do nascituro; Projeto de lei nº 147/2019<sup>52</sup> e Projeto de lei nº 556/2019<sup>53</sup>, que buscam elevar a pena do crime de aborto, entre outros. Vale apontar que no ano de 2020 a Câmara dos Deputados observou um aumento de 80% de apresentação de projetos de lei envolvendo o tema aborto, o que representa aumento de 83% em relação às 12 proposições feitas no mesmo período de 2019.<sup>54</sup> Ademais, no âmbito do Executivo, igualmente se verificam medidas para embaraçar e dificultar o acesso ao aborto, do que se destaca a Portaria nº 2.282 de 2020, editada pelo Ministério da Saúde e que prevê que médicos informem à polícia sobre casos de aborto legal em pacientes que sofreram estupro.<sup>55</sup>

Assim, percebe-se que a recente ação da Corte Constitucional indo, ainda que de forma recalcitrante, em direção à descriminalização do aborto, já foi capaz de acender o debate popular com significativa influência no corpo político. Se constitui, assim, a apreciação da questão pelo Judiciário que demanda uma tomada de posição tal qual descrita por Post e Siegel: “A questão é qual visão constitucional influenciará o Tribunal; não é se a Corte expressará uma visão constitucional.”<sup>56</sup>

Reconhece-se como parte do papel da Corte se pronunciar em casos que pela sua temática compelem o debate popular acalorado e são capazes de gerar o *backlash*, sendo esse fenômeno parte do constitucionalismo democrático. Impõe-se considerar a profunda e

---

<sup>50</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344876705&ext=.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

<sup>51</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em: 12 fev. 2021.

<sup>52</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190620>. Acesso em: 12 fev. 2021.

<sup>53</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135119>. Acesso em: 12 fev. 2021.

<sup>54</sup> SOBRINHO, Wanderley Preite. *Câmara tem 83% mais projetos sobre aborto em 2020; maioria tenta restringir...* Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/14/projetos-de-lei-aborto-camara-dos-deputados.html>. Acesso em: 13 fev. 2021.

<sup>55</sup> Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em: 15 fev 2021.

<sup>56</sup> Tradução livre do trecho: *The question is wick constitutional vision will influence the Court; it is not whether the Court will express a constitucional vision.* POST e SIEGEL, op. cit., p. 66.

inevitável interdependência entre a lei constitucional e a política para entender que os pronunciamentos nos casos polêmicos e nos *hard cases* são ainda essenciais à garantia dos direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Vale lembrar que, à época do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*<sup>58</sup> havia nos Estados Unidos profundas discordâncias acerca da igualdade entre pessoas brancas e negras, mas atualmente é inegável a assertividade da decisão que impulsionou a sociedade norte-americana no combate ao racismo. Se tem aí a expressão máxima do papel da Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito, que deve usar o constitucionalismo democrático e o *backlash* como forma de impulsionar a sociedade para a realização dos ideais constitucionais.

Não se trata aqui de afastar totalmente a argumentação crítica a decisões que afetem o âmbito político, mas considera-las de forma consciente, constitucional e politicamente engajada. O que se quer dizer com isso é que o respeito às leis, ao sistema representativo, à separação dos poderes e a popularidade da Corte, devem ser sempre ponderados junto a efetivação de direitos fundamentais, proteção de minorias sociais e promoção das normas programáticas. O receio do *backlash* não pode engessar o Judiciário, uma vez que os diálogos quanto à interpretação da constituição devem ser fomentados em uma sociedade democrática e pluralista.

Com essas considerações finais, entende-se como importante ressaltar também a importância da mobilização social e de movimentos informais para a manutenção e impulsão de estruturas democráticas cada vez mais abrangentes. Ainda que de forma pouco definida, destaca-se a relevância das movimentações populares capazes de mobilizar as pessoas em seu cotidiano e, a partir daí, alterarem significativamente a ocupação de posições de poder. Nesse sentido, têm se mostrado promissoras leituras formuladas pela teoria crítica que apostam em assembleias espontâneas capazes de influenciar as instituições oficiais.<sup>59</sup>

Por fim, como exemplo revigorante, cita-se o movimento *Black Lives Matter - BLM*<sup>60</sup>, que no ano de 2020, em meio a uma pandemia e sob um governo autoritário e absurdo,

---

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 15 fev 2021.

<sup>59</sup> Nesse sentido, destaca-se a obra *Corpos em Aliança e a Política das Ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*, da autora Judith Butler.

<sup>60</sup> Disponível em: <https://blacklivesmatter.com/blm-demands/> Acesso em: 15 fev. 2021.

foi capaz de mobilizar indivíduos em luta por igualdade e motivar eleitores em número recorde<sup>61</sup> a irem às urnas defender o Estado Democrático de Direito. O BLM pode ser considerado um movimento restaurador por ser capaz de mobilizar ação política popular conjugada com expressões sensíveis que se traduzem de diversas formas na arte para declarar sua essência emancipatória. Nesse sentido, pode-se vênia para encerrar o presente ponto com um trecho do poema *A Litany for Survival*, em que Audre Lorde tão bem expressa ação democrática espontânea:

e quando nós falamos nós temos medo  
que nossas palavras não serão ouvidas  
nem bem-vindas  
mas quando nos silenciemos  
nós ainda temos medo

Então é melhor falar  
e lembrar  
que nós nunca fomos feitos para durar.<sup>62</sup>

## Conclusão

De acordo com as noções desenvolvidas ao longo do texto, entende-se ser essencial que a ação do Poder Judiciário esteja alerta para as críticas tão bem colocadas à uma extrema judicialização da política. Entretanto, entende-se que tal consciência não deve paralisar as Cortes Constitucionais de se imiscuírem nas questões que fluem entre uma certa zona imprecisa de política e direitos fundamentais.

Ainda que seja essencial a Corte considerar o apoio popular como fonte de legitimidade e o apoio dos demais Poderes como possibilidade de efetivação de suas decisões, o desrespeito à estrutura democrática e constitucional e a não concretização de direitos fundamentais, igualmente colaboram para o descrédito do Judiciário.

---

<sup>61</sup> MELLO, João Ozório de. *Sem obrigação de votar, eleitores batem recorde nos Estados Unidos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-26/obrigacao-votar-eleitores-batem-recorde-votacao-eua>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>62</sup> Tradução livre do trecho: *and when we speak we are afraid/ our words will not be heard/ nor welcomed/ but when we are silente/ we are still afraid/ So it is better to speak/ remembering/ we were never meant to survive*. LORDE, Audrey. *A Litany for Survival*. Disponível em: <https://www.poetryfoundation.org/poems/147275/a-litany-for-survival>. Acesso em: 15 fev. 2021.

Em um cenário de instabilidade constitucional e política, além de atuação estratégica e negocial, por vezes é essencial a promulgação de vozes capazes de ecoar discordância. Tão importante quanto o esforço pela manutenção do jogo político de longo prazo é o acolhimento da oposição ou minorias como posições sociais que não serão obliteradas pela perda em eleições majoritárias. Como dito ao longo do presente texto, é preciso que o grupo político perdedor ainda se veja como parte do desenho democrático.

Assim, ainda que ratificadas todas as considerações acerca do cuidado quando da atividade do *judicial review* ou de tomada de decisões que se imiscuem em aspectos políticos em linhas gerais, ainda é importante papel do Judiciário se mostrar como instância aberta ao diálogo com minorias sociais e parlamentares.

Por fim, retoma-se a ideia fundamental de que ao Judiciário não pode ser imposto o papel único de garantidor de direitos fundamentais sistematicamente contramajoritário, do que se insiste nos movimentos espontâneos capazes de mobilizar politicamente cidadãos que alterem distribuições parlamentares, influenciem decisões judiciais e pressionem por desenhos institucionais radicalmente compromissados com a democracia.

## Referências

ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). *Pensamento Feminista Brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

BALKIN, Jack M. *Constitutional crises and constitutional rot*. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Orgs.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago, 2013.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. In: *Texas Law Review*, Vol. 84, 2006. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=877328>. Acesso em: 28 ago. 2022.

LORDE, Audrey. *A Litany for Survival*. Disponível em: <https://www.poetryfoundation.org/poems/147275/a-litany-for-survival>. Acesso em: 15 fev 2021.

GARGARELLA, Roberto. Latin America: Constitutions in Trouble. In: *Constitutional democracy in crises?* GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford & TUSHNET, Mark (Orgs.). Oxford University Press, 2018, p. 188.

POST, Robert & SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 2007, p. 373-433. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SCHAUER, Frederick. *Judicial Supremacy and the Modest Constitution in Judicial Supremacy*. In: *California Law Review*. Vol. 92, No. 4. 2004, p. 1045-1067. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3481317>. Acesso em: 29 ago. 2022.

### Artigos jornalísticos

GUGLIANO, Monica. Vou intervir! O dia em que Bolsonaro decidiu mandar tropas para o Supremo. In: *Revista Piauí*. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/vou-intervir/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MELLO, João Ozório de. *Sem obrigação de votar, eleitores batem recorde nos Estados Unidos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-26/obrigacao-votar-eleitores-batem-recorde-votacao-eua>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SANCHES, Mariana. *Invasão do Congresso nos EUA: 'Banho de sangue é inevitável às vezes': por dentro do ato que levou a invasão histórica e estado de emergência em Washington*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55572422>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SOBRINHO, Wanderley Preite. *Câmara tem 83% mais projetos sobre aborto em 2020; maioria tenta restringir...* Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/14/projetos-de-lei-aborto-camara-dos-deputados.html>. Acesso em: 29 ago. 2022.

TEIXEIRA, Sérgio Jr. *A guerra pela Suprema Corte: Por que a indicação é tão importante?* Disponível em: <https://exame.com/mundo/a-guerra-pela-suprema-corte-por-que-a-indicacao-e-tao-importante/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

Recebido em: 29.08.2022

Avaliação: 13.09.2022

Avaliação: 06.09.2022